

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

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, ARGUMENTAÇÃO E PONDERAÇÃO

**Porto Alegre
2010**

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, ARGUMENTAÇÃO E PONDERAÇÃO

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. Luís Afonso Heck

**Porto Alegre
2010**

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIn. – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag. Reg. – Agravo Regimental
Ag. Reg. RExt. – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
Ag. Reg. A. P. – Agravo Regimental em Ação Penal
Ag. Reg. S. T. A. – Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada
al. – Alínea
Ap. Cív. – Apelação Cível
Ap. Crim. – Apelação Criminal
AP Ag. Reg. – Ação Penal – Agravo Regimental
App – Court of Appeals
BVerfGE – Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha
C. Civ. – Câmara Cível
C. Crim. – Câmara Criminal
Cap. – Capítulo
Comp. Sent. – Compilación de Sentencias
Col. Orig. – Coletânea Original
DJ – Diário da Justiça
D. C. – District of Columbia, District Court, U. S.
Dec. – December
Dez. – Dezembro
Ed. – Edited
ed. – edição
fr. – Frase
HC – Habeas Corpus
j. – julgamento
Jun. – June
MC ADIn. – Medida Cautelar em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
Minn. – Minnesota Reports
n. – número
N. W. 2d. – North Western Report, Second Series
Org. – Organizador
Out. – Outubro
S. – Seite
Seç. – Seção
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STF – Supremo Tribunal Federal
SAT – Suspensão de Antecipação de Tutela
Sept. – September
T – Turma
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TP – Tribunal Pleno
Trad. – Tradução; Traducción
Trans. – Translated
R. – Regra
RHC – Recurso em Habeas Corpus

R.P. – Regra da Ponderação

Rdn. – número de margen

Recl. – Reclamação

Recl. Ag. Reg. – Reclamação em Agravo Regimental

Reex. Nec. – Reexame Necessário

R. Esp. – Recurso Especial

RExt. – Recurso Extraordinário

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

ROMS. – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

U. S. – United States Supreme Court

VP – Vice-Presidência

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
I - AS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS.....	20
1.1 O MODELO DE REGRAS E DE PRINCÍPIOS.....	20
1.2 AS NORMAS E AS DISPOSIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO POSIÇÕES FUNDAMENTAIS JURÍDICAS DEFINITIVAS E <i>PRIMA FACIE</i>	30
2. A TIPOLOGIA DAS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	34
2.1 COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SENTIDO RESTRITO..	35
2.2 COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SENTIDO AMPLO.....	41
II – A LINGUAGEM, A TEORIA DO DISCURSO E AS REGRAS DA ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA.....	47
1. A LINGUAGEM COMO ATIVIDADE GUIADA POR REGRAS.....	47
1.1 OS JOGOS DE LINGUAGEM.....	52
1.2 OS ATOS DE FALA.....	55
1.2.1 Os tipos.....	57
1.2.2 As regras.....	61
1.2.3 A verdade do conteúdo proposicional.....	69
2. OS JUÍZOS MORAIS COMO IMPERATIVOS PRESCRITIVOS.....	75
3. AS RAZÕES PARA O JUÍZO MORAL.....	82
4. A TEORIA DO DISCURSO.....	91
4.1 A PRAGMÁTICA UNIVERSAL E OS ATOS DE FALA.....	92
4.2 A AÇÃO COMUNICATIVA.....	103
4.3 A RACIONALIDADE COMUNICATIVA.....	109
4.4 VERDADE E JUSTIFICAÇÃO.....	115
4.5 A ÉTICA DO DISCURSO E A CORREÇÃO NORMATIVA.....	124
5. AS REGRAS DA ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA.....	135
5.1 AS REGRAS FUNDAMENTAIS.....	140
5.2 AS REGRAS DA RAZÃO.....	141
5.3 AS REGRAS DA CARGA DE ARGUMENTAÇÃO.....	142
5.4 AS FORMAS DE ARGUMENTOS.....	143
5.5 AS REGRAS DE FUNDAMENTAÇÃO.....	145
5.6 AS REGRAS DE TRANSIÇÃO.....	147
5.7 A CORREÇÃO E OS LIMITES DO DISCURSO PRÁTICO.....	148
III – O DISCURSO JURÍDICO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	155
1. O DISCURSO PRÁTICO E O DISCURSO JURÍDICO.....	155
1.1 AS DISCUSSÕES JURÍDICAS COMO QUESTÕES PRÁTICAS.....	157

1.2 O PROCESSO JUDICIAL COMO DISCURSO JURÍDICO.....	163
1.3 A PRETENSÃO DE CORREÇÃO.....	168
2. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	180
2.1 A JUSTIFICAÇÃO ARGUMENTATIVA INTERNA.....	184
2.2 A COERÊNCIA: CRITÉRIOS E PRINCÍPIOS.....	198
2.3 A JUSTIFICAÇÃO ARGUMENTATIVA EXTERNA.....	212
2.3.1 A interpretação jurídica como argumentação.....	215
2.3.1.1 Os argumentos e as regras da interpretação jurídica.....	217
2.3.1.2 Os argumentos linguísticos.....	217
2.3.1.3 Os argumentos genéticos.....	220
2.3.1.4 Os argumentos sistemáticos.....	222
2.3.1.5 Os argumentos práticos gerais.....	224
2.3.1.6 As regras, as primazias e a estrutura da justificação interpretativa.....	226
2.3.1.7 A argumentação interpretativa constitucional.....	233
2.3.2 A argumentação dogmática: as proposições da dogmática jurídica.....	241
2.3.2.1 A fundamentação e a verificação das proposições dogmáticas.....	245
2.3.2.2 As funções da dogmática jurídica e a argumentação prática geral.....	248
2.3.3 A argumentação pelo uso dos precedentes da jurisprudência.....	251
2.3.3.1 As razões dos precedentes da jurisprudência.....	256
2.3.3.2 A regra da carga de argumentação.....	265
2.3.4 A argumentação prática: o uso das proposições práticas gerais.....	267
IV – A PONDERAÇÃO RACIONAL.....	273
1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO.....	273
2. O PRINCÍPIO PARCIAL DA IDONEIDADE.....	274
3. O PRINCÍPIO PARCIAL DA NECESSIDADE.....	278
4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO RESTRITO: A PONDERAÇÃO.....	284
4.1 A IRRACIONALIDADE DA PONDERAÇÃO?.....	287
4.2 A ESTRUTURA DA PONDERAÇÃO.....	299
4.2.1 Os passos.....	300
4.2.1.1 O grau da intensidade da intervenção.....	305
4.2.1.2 O grau da importância da realização.....	311
4.2.1.3 A relação entre os graus.....	316
4.2.1.4 A fórmula peso.....	322
4.2.2 As razões.....	329
4.3 O ENFRAQUECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?.....	343
4.4 A LEGITIMIDADE DA PONDERAÇÃO.....	350
4.4.1 A dogmática dos espaços.....	352
4.4.1.1 O espaço estrutural.....	354
4.4.1.2 O espaço epistêmico.....	359
4.4.1.2.1 O espaço epistêmico empírico.....	359
4.4.1.2.2 O espaço epistêmico normativo.....	365
4.4.2 A representação argumentativa.....	368
CONCLUSÃO.....	371
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	376

RESUMO

O objetivo central desta investigação é demonstrar que a ponderação é racional. A proposição normativa particular concreta resultante de um caso de colisão de direitos fundamentais resolvido pela ponderação pode ser justificada racionalmente. O que se pretende sustentar é que o problema não está *na* ponderação, mas *como* ela é realizada para solucionar os casos de colisão de direitos fundamentais. A ponderação somente pode pretender racionalidade quando sustentada por razões dadas conforme regras. A proposição decisiva desta investigação é a de que a ponderação, como atividade argumentativa, deve observar as regras da argumentação racional. Essas regras são as regras da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, formuladas pela teoria do discurso prático geral e do discurso jurídico. Elas configuram a base das regras próprias da ponderação racional.

Palavras-chave: Ponderação racional. Colisão de direitos fundamentais. Justificação. Razões. Racionalidade. Regras. Argumentação prática geral. Argumentação jurídica. Regras da ponderação racional.

ABSTRACT

The goal of this research is to show that balancing is rational. The particular concrete normative statement resulting from a collision of constitutional rights resolved by balancing can be justified rationally. The aim is to sustain that the problem is not balancing itself, but *how* it is used to solve the cases of collision of constitutional rights. The balancing can be rational only if supported by reasons given under rules. A crucial proposition of this research is that the balancing, as argumentative activity, must observe the rules of rational legal reasoning. These rules are the rules of the general practice argumentation and the rules of the legal reasoning, raised by the theory of general practical discourse and legal discourse. They make the basis of its own rules of rational balancing.

Keywords: Rational balancing. Collision of constitutional rights. Justification. Rationality. Reasons. General practice argumentation. Legal reasoning. Rules of rational balancing.

INTRODUÇÃO

As discussões sobre *como* são aplicadas as normas jurídicas e *como* devem ser justificadas as decisões judiciais estão ainda abertas, especialmente quando é o caso de aplicação de normas constitucionais do tipo “é livre a manifestação do pensamento” ou “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, constantes do catálogo de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal. Antes mesmo de as Constituições de diversos Estados darem início à positivação da Declaração dos direitos do homem de 1948, movimento cujo marco inicial pode ser remetido à Lei Fundamental de Bonn de 1949, já se podia perceber alguma preocupação em torno da questão atinente à aplicação (*Anwendung*) das normas jurídicas e da justificação (*Rechtfertigung*)¹ das decisões judiciais.

Em poucos casos e, mesmo assim, somente até um determinado número de passos do desenvolvimento do raciocínio judicial, a justificação dedutiva do modelo lógico-subsumtivo de aplicação das normas jurídicas é capaz de explicar a racionalidade das decisões judiciais. Nos chamados casos fáceis, sustenta-se que a proposição normativa particular conclusiva do silogismo judicial, que estabelece algo como devido, permitido ou proibido, decorre de uma relação de implicação lógica entre premissas normativas e premissas fáticas. A ideia é a de que a aplicação das normas jurídicas, nesses casos, resolve-se como uma questão de subsunção lógico-dedutiva. O problema é que, na grande maioria dos casos de aplicação das normas jurídicas, a justificação das decisões judiciais não pode ser alcançada pelo raciocínio exclusivamente dedutivo. As razões dos limites da justificação dedutiva são bem conhecidas, recaindo sobre variáveis como a *i*) ambiguidade ou abertura semântica das normas jurídicas; *ii*) inexistência de normas jurídicas para aplicação direta do modelo lógico-subsumtivo às

¹ Embora existam algumas diferenças entre os conceitos de justificação (*Rechtfertigung*) e de fundamentação (*Begründung*), eles podem ser empregados como sinônimos na medida em que apresentam caráter amplamente intercambiável. Por um lado, o conceito de justificação é mais amplo que o conceito de fundamentação, pois se pode falar de justificação de uma proposição tanto quando o falante a considera fundamentada apenas para evitar embaraços ou constrangimentos como quando o falante a tem como efetivamente fundamentada. Por outro lado, o conceito de justificação é mais estreito. Cuida-se de justificação quando, sobretudo, são apresentadas razões frente a dúvidas ou objeções. De qualquer sorte, daqui para frente, observado o contexto, os conceitos de justificação e fundamentação serão empregados como sinônimos (Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, S. 53).

hipóteses fáticas; *iii*) possibilidade de aplicação de duas ou mais normas jurídicas, cada uma indicando uma solução diferente da outra e *iv*) injustiça da aplicação da norma jurídica². Assim, se antes do constitucionalismo iniciado na segunda metade do século passado a discussão sobre a aplicação das normas jurídicas e a justificação das decisões judiciais já era pertinente³, com maior propriedade ela deve ser colocada quando se entende que a Constituição e, principalmente, as normas dos direitos fundamentais irradiam para o todo do ordenamento jurídico⁴.

Nesse contexto, uma questão central é *como* são aplicadas as normas de direitos fundamentais, especialmente quando o aplicador do Direito (*Rechtsanwendende*) se encontra diante de um caso de colisão de normas de direitos fundamentais. Aplicar a norma direito fundamental P_1 implica que está ordenada a consequência jurídica exigida por P_1 (R) e aplicar a norma P_2 implica que está ordenada a consequência jurídica exigida por P_2 (S). Dois exemplos servem para ilustrar as dificuldades colocadas para a justificação das decisões judiciais nos casos de colisão de normas de direitos fundamentais. Nestes dois casos, coloca-se o problema da passagem das normas jurídicas constitucionais à proposição normativa particular concreta determinada na decisão judicial.

Como primeiro exemplo, pode ser considerada a disposição do art. 196 da Constituição Federal, que diz que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Além dessa disposição, a do art. 1º, III, da Constituição Federal, estabelece que a

² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 17-18.

³ Cf. KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke, 1960; HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961; KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976; ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991; MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1993; LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Aufl. Berlin: Springer-Verlag, 1991. ZIPPELIUS, Reinhold. *Juristische Methodenlehre*. 10. Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2006. Ver, ainda: WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision*. Stanford: Stanford University Press, 1961; FRANK, Jerome. *Law & the Modern Mind*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009. Estudos mais recentes sobre a aplicação das normas jurídicas e justificação das decisões judiciais no Direito norte-americano e no Direito britânico, ver em DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986; MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005; MacCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978; HALPIN, Andrew. *Reasoning with Law*. Oxford: Hart Publishing, 2001; BURTON, Steven J., *An Introduction to Law and Legal Reasoning*. Austin: Wolters Kluwer, 2007; SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009; ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008; MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2005; POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

⁴ Cf. BVerfGE 7, 198; SCHWABE, Jürgen (Col. Orig.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Galdes Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 381-394.

dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado brasileiro. A partir dessa normalização constitucional, coloca-se a questão sobre a possibilidade de um indivíduo, afirmando-se titular do direito fundamental à saúde, deduzir contra o Estado a pretensão material consistente no fornecimento periódico de medicamento importado ou, até mesmo, a realização de uma intervenção cirúrgica⁵. O que deve ser dado a conhecer pela decisão judicial é como se dá a passagem do estabelecido na norma de direito fundamental do art. 196 da Constituição Federal, que estabelece o dever abstrato, para a proposição normativa particular concreta, que estabelece a conduta específica devida pelo Estado, consistente no fornecimento de um medicamento determinado ou na realização de um determinado procedimento cirúrgico. O reconhecimento de posição fundamental jurídica definitiva se torna discutido porque outras normas constitucionais falam em seu desfavor, especialmente as que se referem à divisão dos poderes e à disponibilidade dos recursos orçamentários. Contra a pretensão deduzida para o reconhecimento de posição fundamental jurídica definitiva de fornecimento permanente de um medicamento importado e de custo elevado, ainda, podem ser colocadas as posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outras pessoas, igualmente titulares do direito fundamental da norma de direito fundamental da disposição do art. 196 da Constituição Federal.

Como segundo exemplo, pode ser considerada a disposição do art. 5º, X, da Constituição Federal, que diz que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Na hipótese de uma revista ou jornal de grande circulação nacional pretender publicar informações relativamente à intimidade, vida privada, honra e imagem de alguém, pode-se colocar, entre outras, as pretensões de impedir a publicação, de impedir a publicação de parte do conteúdo das informações, de realizar resposta e prestar esclarecimentos em mesmo espaço ou de indenização em dinheiro por dano moral⁶. Nesse caso, coloca-se a questão de que a decisão judicial deve explicitar as razões pelas quais uma – art. 5º, IV, da Constituição Federal – e não a outra disposição constitucional – art. 5º, X, da Constituição Federal – deve conduzir a solução do caso concreto.

Esses casos de colisão de normas de direitos fundamentais configuram casos de colisão de direitos fundamentais. A questão que pode ser imediatamente colocada diz respeito

⁵ Cf. STF, Ag. Reg. REExt. 271286, 2. T, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000; STF, REExt. 242859, 1. T, j. 29/06/1999, DJ 17/09/1999.

⁶ Cf. STJ, REsp. 1025047, 3. T, j. 26/06/2008, DJ 05/08/2008.

a como são resolvidos os casos de colisão de direitos fundamentais. Ao lado dessa questão, outras tantas podem ser discutidas. Entretanto, algumas podem ser destacadas como centrais.

Um grupo dessas questões diz respeito aos fundamentos e aos pressupostos para uma colisão de direitos fundamentais. A análise dessa questão pressupõe a caracterização das normas de direitos fundamentais e a possibilidade de colisão de direitos fundamentais. Esta análise, por seu lado, pressupõe uma discussão sobre os conceitos de normas jurídicas e das normas jurídicas de direitos fundamentais. O sistema jurídico pode ser compreendido como um sistema de normas jurídicas, que são as regras e os princípios ou se trata de um sistema puro de regras ou puro de princípios? Se o sistema jurídico é um sistema de regras e de princípios, as normas de direitos fundamentais são regras ou princípios? E se as normas de direitos fundamentais são princípios, qual é a consequência dessa compreensão? Os direitos fundamentais, uma vez entendidos como princípios, configuram posições jurídicas definitivas ou apenas *prima facie*?

Outro grupo de questões sobre como são resolvidos os casos de colisão de direitos fundamentais é o que tem no centro a questão da justificação racional da proposição normativa particular concreta da decisão judicial que julga a colisão de direitos fundamentais. A distinção das normas jurídicas entre regras e princípios autoriza formular que as regras se aplicam mediante subsunção e os princípios são aplicados por meio da ponderação. Então, se direitos fundamentais são princípios e os princípios são aplicados mediante ponderação, o critério para resolver os casos de colisão de direitos fundamentais é a ponderação? Se afirmativa a resposta, a questão que deve ser colocada imediatamente é se a ponderação é racional ou se não passa de um artifício para manifestações de irracionalidade e subjetividade do aplicador do Direito. Contra a racionalidade da ponderação, podem ser apresentadas importantes objeções. Elas podem ser reunidas deste modo. Primeiro, à ponderação é objetado que se trata de uma atividade irracional e subjetiva, conduzindo ao decisionismo. A razão para a irracionalidade está na incomensurabilidade. Os direitos fundamentais não podem ser medidos e comparados. Segundo, contra a ponderação se sustenta que ela conduz ao ilegítimo enfraquecimento dos direitos fundamentais.

Uma verificação da prática dos tribunais recolhida da jurisprudência permite inferir que o princípio da proporcionalidade tem sido apresentado como critério para resolver os casos de colisão de direitos fundamentais. Os mais diversos casos de colisão de direitos fundamentais são solucionados com referência ao princípio da proporcionalidade ou à ponderação. Essa constatação indica aceitação da proposição de que os casos de colisão de direitos fundamentais se resolvem pela ponderação. Ainda que poucas decisões judiciais

explicitem isto, a ponderação é o princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito. O princípio da proporcionalidade é completado pelos princípios parciais da idoneidade e da necessidade.

Contudo, permanece aberta a questão sobre como se dá a ponderação e como a proposição normativa particular concreta do caso decidido deve ser justificada. É que uma análise mais detalhada das razões dos precedentes da jurisprudência autoriza duas formulações. A primeira é a de que o princípio da proporcionalidade é decisivo para resolver os casos de colisão de direitos fundamentais. A segunda é a de que somente em poucas vezes são dadas as razões pelas quais o princípio da proporcionalidade é decisivo. O que parece faltar na grande maioria dos casos são as razões pelas quais o princípio da proporcionalidade contribui para a solução da colisão de direitos fundamentais. As decisões judiciais não costumam deixar claro como exatamente o princípio da proporcionalidade determina que uma norma de direito fundamental e não outra fundamenta a proposição normativa particular do caso concreto decidido. É como se fosse suficiente apenas dizer que o caso deve ser resolvido como base no princípio da proporcionalidade, nada mais devendo ser acrescentado. O princípio da proporcionalidade parece ser algo mágico, bastando sua simples referência para que o caso de colisão de direitos fundamentais seja bem decidido.

Se esse diagnóstico está correto, igualmente corretas estão as objeções normalmente dirigidas contra a ponderação. Ela levaria à irracionalidade e à subjetividade, não sendo passível de controle intersubjetivamente racional. O argumento dessas objeções é que as proposições normativas particulares concretas resultantes da ponderação não podem mesmo ser justificadas racionalmente.

O objetivo central desta investigação é demonstrar que a ponderação é racional. A proposição normativa particular concreta resultante de um caso de colisão de direitos fundamentais resolvido pela ponderação pode ser justificada racionalmente. Assim, a hipótese de trabalho é formulada como segue: o problema não está *na* ponderação, mas no *como* ela é realizada. A ponderação somente pode pretender racionalidade quando sustentada por razões dadas conforme regras. A proposição decisiva desta investigação é a de que a ponderação, como atividade argumentativa, deve observar as regras da argumentação racional. Essas regras são as regras da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, formuladas pela teoria do discurso prático geral e do discurso jurídico. Elas configuram a base das regras próprias da ponderação racional.

Estas formulações estão inspiradas na obra de Robert Alexy, destacando-se a *Theorie der juristischen Argumentation*⁷ e *Theorie der Grundrechte*⁸, cuja influência no Direito brasileiro pode ser facilmente constatada pelo grande número de referências de seu pensamento em livros, artigos e também nos precedentes da jurisprudência⁹. A repercussão de seus trabalhos é também importante no Direito europeu, conforme deixa saber a intensidade das discussões suscitadas a partir de seus escritos, como se pode verificar na publicação coletiva organizada por George Pavlakos *Law, Rights and Discourse*¹⁰, resultado das discussões realizadas na série de *Workshops in Analytical Jurisprudence*, da Queen's University, Belfast, em junho de 2004. Igualmente, essa importância pode ser confirmada pelas discussões desenvolvidas por Jürgen Habermas, Neil MacCormick, Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik, Ota Weinberger, Martin Borowski, Jaap Hage, Jan-Reinard Sieckmann, Martin Kriele¹¹, entre tantos outros.

A justificação das proposições desta investigação está estruturada em quatro pontos: *i*) a colisão de direitos fundamentais; *ii*) a linguagem, a teoria do discurso e as regras da argumentação prática; *iii*) o discurso jurídico e a argumentação jurídica; *iv*) a ponderação racional. A relação entre eles pretende justificar a proposição de que os casos de colisão de

⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991; Ver trad. para a língua espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987; ver trad. para a língua portuguesa: *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001.

⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994; ver trad. para língua espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001; ver trad. para língua inglesa: *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002; ver trad. para língua portuguesa: *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁹ No primeiro livro de Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, publicado em 1987, e no segundo, *Theorie der Grundrechte*, publicado em 1985, estão os pontos centrais de sua obra, completada por escritos mais recentes. A evolução da obra de Alexy nos últimos trinta anos mantém firme as bases iniciais de seu pensamento: a teoria do discurso é a melhor teoria da racionalidade prática, pois somente ela pode dar conta da correção prática ou da verdade; a tese do caso especial: o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático; os direitos fundamentais são princípios e, assim, mandamentos de otimização sujeitos à ponderação (Cf. ALEXY, Robert. Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Years. *Inédito*. Texto disponibilizado por Robert Alexy a Luís Afonso Heck).

¹⁰ Cf. PAVLAKOS, George. *Law, Rights and Discourse* (Ed.) Oxford: Hart Publishing, 2007.

¹¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992; MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005; AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987; PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. London: Springer, 2008; WEINBERGER, Ota. *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Bunker & Humblot, S. 159-232, 1983; BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998; HAGE, Jaap C. *Reasoning with Rules*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997; SIECKMANN, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle der Rechtssystemns*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1990; KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1979.

direitos fundamentais se resolvem mediante ponderação racional realizada sob as exigências das regras da argumentação jurídica.

O primeiro ponto se destina a demonstrar que colisões de normas de direitos fundamentais são possíveis, pois elas são inerentes às Constituições com catálogos de direitos fundamentais. A justificação dessa proposição pretende ser alcançada com base na proposição de que as normas de direitos fundamentais são princípios – também podem ser regras, dado o caráter dúplice das normas de direitos fundamentais – e na descrição de um conjunto de colisões de direitos fundamentais de diversos tipos. Que as normas de direitos fundamentais são princípios pressupõe um sistema jurídico de regras e de princípios e que as normas jurídicas sejam regras ou princípios. Na base dessa teoria dos direitos fundamentais como princípios está o conceito semântico de norma, que pressupõe a distinção entre norma e proposição normativa. Com isso, pode ser pretendida a justificação da proposição de que as normas de direitos fundamentais configuram posições fundamentais jurídicas *prima facie* e definitivas e a de que o reconhecimento das últimas depende da ponderação entre todos os princípios em colisão.

O segundo ponto é o começo da justificação da proposição de que a ponderação é uma atividade argumentativa guiada pelas regras da argumentação jurídica. A fim de que seja justificada essa proposição, antes, deve ser demonstrado que a argumentação jurídica é uma atividade regulada por regras. Essa proposição encontra fundamentação na teoria do discurso prático e nas regras da argumentação prática geral. A união entre a teoria do discurso prático geral e o discurso jurídico está em que ambos tratam de questões práticas e colocam a pretensão de correção. Tanto um como o outro se ocupam da justificação racional das proposições normativas. A proposição central da teoria do discurso e da argumentação prática geral é que os juízos de valor e os juízos de dever podem ser justificados racionalmente. A proposição central da teoria do discurso jurídico e da argumentação jurídica é que as proposições normativas da aplicação das normas jurídicas podem ser justificadas racionalmente. Que a aplicação das normas jurídicas seja justificada racionalmente é uma exigência do Estado de Direito e da democracia.

A teoria do discurso e as regras da argumentação prática geral encontram seu ponto de partida na filosofia da linguagem do segundo Wittgenstein¹², seguindo com a teoria dos

¹² A filosofia de Wittgenstein costuma ser dividida em duas partes. A primeira parte tem com obra mais importante o “Tractatus lógico-philosophicus”, publicado em 1921 (Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trans. D. F. Pears and B. F. McGuinness. London: Routledge, 2001). A segunda tem como destaque a obra “Investigações filosóficas” (*Philosophische Untersuchungen*), publicada em 1953 (Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. 5. Ed. Petrópolis: Vozes,

atos de fala de Austin e de Searle¹³. O ponto comum é que a linguagem é uma atividade guiada por regras. A partir do conceito de jogos da linguagem e dos diferentes tipos de fala, podem ser formuladas as condições, as exigências e, finalmente, as regras que devem ser cumpridas para o sucesso dos respectivos atos de fala. Essas condições, exigências e regras constituem o fundamento para a possibilidade da justificação racional das proposições normativas. Uma discussão sobre a justificação das proposições normativas não pode dispensar a teoria metaética de Hare¹⁴. A sua importância está na análise das formulações sobre os atos de fala – principalmente a distinção entre atos ilocucionários e atos perlocucionários, destacando que somente os últimos não são passíveis de justificação racional. Além das críticas ao emotivismo e ao relativismo moral, a contribuição de Hare é decisiva pela formulação do princípio da universalizabilidade, usado na teoria do discurso de Habermas e na teoria do discurso prático geral de Alexy. Como a justificação racional das proposições normativas não trata de outra coisa que não da apresentação de razões para a fundamentação das proposições normativas mesmas, as formulações de Baier¹⁵ e de Toulmin¹⁶ são importantes. Elas tratam exatamente da análise das razões apresentadas para a justificação de juízos morais. A estrutura e as regras apresentadas sobre *como* devem ser dadas essas razões são relevantes para a teoria do discurso prático geral e para a formulação das regras da argumentação prática geral.

Entretanto, o núcleo da fundamentação da teoria do discurso prático geral e das regras da argumentação prática geral está na teoria do discurso de Habermas. Essa teoria diz que os juízos de valor e de dever e, assim, as proposições normativas, podem ser justificadas racionalmente do mesmo modo que as proposições empíricas descritivas do estado das coisas, pois ambas são passíveis de verdade. A diferença é que a verdade das proposições descritivas corresponde à correção das proposições normativas. O decisivo para a teoria do discurso é que as questões práticas podem ser decididas de modo racional no âmbito de uma argumentação prática, desenvolvida a partir de uma ação comunicativa dirigida ao acordo ou ao entendimento mútuo. A razão é alcançada pela força do melhor argumento obtido em uma

2008). Daí a origem das referências ao *primeiro* e ao *segundo* Wittgenstein ou ao *jovem* e ao *tardio* Wittgenstein, normalmente encontradas nas obras de filosofia.

¹³ Cf. AUSTIN John. L., *How to Do Things with Words*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975; SEARLE, John R. *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

¹⁴ Cf. HARE, R. M. *The Language of Morals*. Oxford: Clarendon Press, 1952; HARE, R. M. *Freedom and Reason*. Oxford: Oxford University Press, 1963; HARE, R. M. *Sorting out Ethics*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

¹⁵ Cf. BAIER, Kurt. *The Moral Point of View*. New York: Random House, 1958.

¹⁶ Cf. TOULMIN, Stephen. *The uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958; TOULMIN, Stephen. *An Examination of the Place of Reason in Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950; TOULMIN, Stephen. *Reason in Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1964.

situação ideal de fala, que pressupõe determinadas condições, conhecidas como pretensões de validade (*Geltungsansprüche*) e que devem ser observadas por todo aquele falante que pretende estabelecer um entendimento com um ou com outros falantes. O resultado de uma argumentação prática em que são cumpridas as pretensões de validade é a obtenção de um acordo racionalmente motivado ou intersubjetivamente controlável. Essas formulações encontram fundamentação na teoria da ação comunicativa e na teoria do discurso de Habermas, desenvolvidas a partir da chamada virada linguística e inseridas no âmbito da pragmática universal. A fim de que essas formulações sejam compreendidas, os pressupostos da pragmática universal devem ser colocados em relação com os diversos tipos de atos de fala. O resultado é a racionalidade comunicativa e a justificação racional das proposições normativas. Nessa racionalidade do tipo procedimental, a correção normativa é alcançada a partir da ética do discurso. Ela se acha assentada na práxis argumentativa realizada na situação ideal de discurso orientada pelo princípio ético-discursivo (*diskursethiken Grundsatz*) *D* e pelo princípio da universalização (*Universalisierungsgrundsatz*) *U*¹⁷.

É a partir da teoria do discurso que pode ser alcançada a racionalidade prática. Cuida-se da concepção kantiana da racionalidade prática, que se contrapõe à hobbesiana e à aristotélica. Diante da primeira, ela leva à idéia de que a maximização da utilidade individual deve ser completada pela generalizabilidade, pois a correção não pode ser dispensada. Perante a segunda, pode ser mostrado que ela não é meramente formal e vazia de conteúdo. Ela leva aos direitos do homem e à democracia. Assim, a teoria do discurso deixa saber como a razão prática “torna-se real sem recusar formas de vida e concepções da vida boa diferentes”¹⁸.

As regras da argumentação prática geral são as regras fundamentais, as regras da razão, as regras da carga da argumentação e as regras de transição¹⁹. As regras fundamentais são aquelas cuja satisfação é colocada em toda e qualquer ação comunicativa desenvolvida para a justificação de uma proposição normativa. As regras da razão dizem respeito às exigências de fundamentação de toda e qualquer afirmação. As regras da carga da argumentação se referem à distribuição do ônus da argumentação no discurso. As regras de

¹⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. Wahrheit und Rechtfertigung. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 271-318, 1999; HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987; HABERMAS, Jürgen. Was heißt Universalpragmatik? In: HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 353-441, 1989. HABERMAS, Jürgen. Eine genealogische Betrachtung zum Kognitiven Gehalt der Moral. In: HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung der Anderen*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 11-64, 1997.

¹⁸ Cf. ALEXY, Robert. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo e direito discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 113.

¹⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

fundamentação dizem respeito ao conteúdo das proposições normativas, sendo informadas pelo princípio da universabilidade. Por fim, as regras de transição disciplinam a transição do discurso prático para o discurso teórico. A teoria do discurso diz que a observação dessas regras garante a correção da proposição normativa resultante do discurso. Contudo, a aplicação das regras do discurso tem seus limites, pois ela pode conduzir à necessidade discursiva, à impossibilidade de discurso e à possibilidade discursiva. Daí, então, a necessidade do discurso jurídico.

O terceiro ponto é central. A pretensão de justificação racional da ponderação pressupõe o discurso jurídico e argumentação jurídica. O que se pretende demonstrar é que a racionalidade da ponderação requer união entre argumentação e ponderação. As objeções dirigidas contra a ponderação somente podem ser superadas quando a sua aplicação observar as regras da argumentação jurídica. O ponto de partida é a tese do caso especial (*Sonderfall*) de Alexy²⁰. Ela diz que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O seu pressuposto é a identificação entre o discurso prático geral e o discurso jurídico. Esse pressuposto está atendido se pode ser demonstrado que ambos tratam de questões práticas e colocam pretensão de correção. A partir disso, pode ser discutido se a justificação racional das proposições normativas está condicionada às exigências colocadas pelas regras do discurso prático geral e pelas regras do discurso jurídico. Estas dizem que a justificação das proposições normativas depende de sua referência ao sistema de normas jurídicas dadas autoritativamente, ao uso dos precedentes da jurisprudência e uso das proposições da dogmática jurídica. A justificação argumentativa de uma proposição normativa deve ser realizada conforme as regras da justificação argumentativa interna e da justificação argumentativa externa. As primeiras cuidam da relação entre as premissas e as conclusões no conjunto todo das razões de justificação. O objetivo é liberar a justificação das inconsistências lógicas. Além disso, elas servem para iluminar a cadeia total de argumentos e, como isso, indicar a existência de saltos lógicos. As segundas se ocupam da justificação das próprias premissas apresentadas para a justificação interna. Como essas premissas são as normas jurídicas, as proposições da dogmática e os precedentes da jurisprudência, as regras da justificação argumentativa externa se referem à interpretação jurídica, ao uso das proposições da dogmática e ao uso dos precedentes da jurisprudência para a justificação das proposições

²⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994; ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; ALEXY, ROBERT. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995; ver trad. para língua portuguesa: *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; ALEXY, Robert; The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, Dec., p. 374-384, 1999.

normativas. A interpretação jurídica é a argumentação jurídica. Os cânones da interpretação são discursivos, configurando argumentos que devem observar regras e primazias próprias. Igualmente, as regras sobre o uso das proposições da dogmática jurídica dizem sobre o papel dessas proposições nas razões de justificação das proposições normativas. Por fim, as regras sobre o uso dos precedentes da jurisprudência regulam como as razões das decisões anteriores contam para a justificação das proposições normativas das decisões judiciais presentes. Como os precedentes ocupam um lugar central na justificação das decisões judiciais, a observância dessas regras, especialmente a que se refere à carga da argumentação, é decisiva para a racionalidade das proposições normativas.

O quarto ponto é o da justificação da ponderação racional. Se direitos fundamentais são princípios passíveis de colisões que se deixam solucionar pela ponderação e se a racionalidade das decisões judiciais depende da argumentação jurídica, então deve ser estabelecida a conexão entre argumentação e ponderação. O resultado a ser alcançado é a ponderação racional justificada pela argumentação racional.

A ponderação tem lugar no princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito e diz com cumprimento dos mandamentos de otimização conforme as possibilidades jurídicas. A primeira lei da ponderação ou lei da ponderação material pode ser formulada assim: quanto maior o grau de intensidade da intervenção em um princípio P_i , maior deve ser o grau de importância da realização de outro princípio P_j . A questão que se costuma colocar é se a atribuição desses graus pode ser controlada intersubjetivamente. Além disso, argumenta-se que esses graus não podem ser comensurados. Essas questões dizem respeito à principal objeção dirigida contra a ponderação. Elas apontam para a irracionalidade da ponderação. Ao seu lado, são colocadas as objeções de que a ponderação enfraquece os direitos fundamentais e a de que a jurisdição não detém legitimidade para ponderar.

O que se pretende demonstrar é que essas objeções podem ser superadas. A racionalidade da ponderação pode ser justificada. O problema não está *na* ponderação em si mesma, mas no *como* ela é aplicada para resolver os casos de colisão de direitos fundamentais, como já dito. Se a proposição normativa particular concreta de um caso de colisão de direitos fundamentais parece ser um resultado obtido pela intuição do aplicador do Direito, ao invés de resultar de uma relação de precedência de um princípio sobre o outro, alcançada a partir de um conjunto coerente de razões, estruturado em premissas e conclusões sobre graus de intensidade de intervenção e de importância de realização, o problema não é da ponderação, mas de como se chegou a tal proposição normativa particular concreta. Quem se propõe resolver uma colisão de direitos fundamentais por intermédio da ponderação não pode

desprezar a estrutura da ponderação mesma. A ponderação deve observar determinados passos. Eles são destinados à atribuição dos graus de intensidade de intervenção e de importância de realização dos direitos fundamentais em colisão e, além disso, ao estabelecimento de uma relação entre os graus atribuídos. Que esses graus podem ser atribuídos e relacionados deve ser justificado. Uma ilustração dessa estrutura é dada pela fórmula peso. Essa é uma parte da ponderação racional. Ela deve ser completada por outra, que é alcançada pelas razões da ponderação. Se razões não são apresentadas, não há decisão racional. Nenhuma ponderação pode ser realizada racionalmente sem que sejam dadas as razões para a justificação dos graus atribuídos a cada uma das variáveis da fórmula peso. Somente se observada essa exigência é que a proposição normativa particular concreta do caso de colisão de direitos fundamentais decidido encontra justificação racional. As razões da ponderação devem ser dadas conforme as regras da argumentação jurídica e as regras próprias da ponderação racional. O cumprimento dessas regras assegura racionalidade à ponderação.

Assim, a essência desta investigação é dar conta da justificação racional das proposições normativas particulares concretas resultantes da ponderação aplicada para a solução dos casos de colisão de direitos fundamentais. A proposição é a de que a justificação racional é alcançada pela ponderação racional. Esta pressupõe que as razões da ponderação sejam dadas conforme as regras da argumentação jurídica e as regras próprias da ponderação.

I – AS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS

A compreensão de que o sistema de normas jurídicas é um modelo de princípios e de regras é o ponto de partida para a identificação das normas de direitos fundamentais como princípios, que ordenam que algo seja alcançado na melhor medida do possível, cumpridos em diferentes graus, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. O resultado é que os direitos fundamentais são passíveis de colisão e de ponderação, configurando posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*.

Essas formulações colocam no centro o modelo de regras e de princípios. O sistema jurídico é um todo integrado por regras e princípios. Com isso, coloca-se a exigência de que critérios para a distinção entre as regras e os princípios sejam apresentados. Igualmente, os conceitos de disposições de direitos fundamentais, de normas de direitos fundamentais e de posições jurídicas fundamentais são essenciais.

1.1 O MODELO DE REGRAS E DE PRINCÍPIOS

O modelo de sistema jurídico do Estado de Direito constitucional democrático não pode ser outro senão um modelo de regras e de princípios.

Os problemas de um sistema jurídico constituído exclusivamente por regras são bem conhecidos. O característico desse modelo é a relação de vinculação e de abertura. Quando regras podem, sem mais, determinar a decisão de um caso, o sistema jurídico manifesta alto grau de vinculação. Quando, contudo, não é esse caso, como ocorre na hipótese em que o sistema jurídico não dispõe de uma regra para a decisão de um caso, o juiz está livre para se valer de critérios extrajurídicos – no modelo de sistema guiado exclusivamente por regras, o juiz somente está vinculado juridicamente por regras. Segundo Alexy, a determinação e a vinculação, neste modelo, é uma questão de tudo ou nada. O juiz está ou não está absolutamente vinculado à determinação da regra. O sistema jurídico constituído

exclusivamente por regras não resolve e tampouco indica quais critérios devem ser seguidos para a solução do problema das chamadas lacunas de abertura²¹.

Um sistema jurídico de princípios puro, por outro lado, não seria a melhor solução, pois a sua alta indeterminação aniquilaria a irrenunciável exigência da segurança jurídica²². Além disso, esse modelo implica a substituição da vinculação pela ponderação e, com isso, perda de clareza e univocidade normativas para a Constituição²³. Essas são as razões pelas quais o modelo de sistema jurídico deve ser o modelo combinado de regras e de princípios. Trata-se de um modelo constituído tanto por regras como princípios que, por isso, carrega a força vinculante das regras e não apresenta lacunas de abertura, pois sempre haverá um princípio ao qual o aplicador do Direito poderá recorrer²⁴.

Os critérios mais consistentes para a distinção entre as regras e os princípios devem ser remetidos ao argumento da separação forte de princípios e regras, desenvolvido por Dworkin e Alexy, que aponta para a distinção qualitativa entre as regras e os princípios²⁵.

A distinção entre as regras e os princípios, segundo Dworkin, está no modo de aplicação diferenciado das regras e dos princípios e na solução para os casos de conflitos de regras e de colisão de princípios. As regras são aplicadas na forma do tudo ou nada, de tal sorte que no caso de incidência de uma regra somente duas alternativas são possíveis: *i*) a regra é válida, vinculando juridicamente pela via das consequências normativas estabelecidas e, assim, vale para conduzir a proposição normativa singular da decisão judicial – uma regra, mesmo válida, pode ser deixada de lado quando incidir alguma exceção que lhe possa ser apresentada. Isso, contudo, não afasta a forma tudo ou nada de aplicação das regras, pois a exceção possui o mesmo modo de aplicação tudo ou nada da regra; *ii*) a regra é inválida e, portanto, incapaz de vincular juridicamente qualquer decisão judicial. Os princípios, diferentemente das regras, não determinam obrigatoriamente a decisão a ser tomada, mas contêm os fundamentos que falam a favor de uma ou outra decisão. Além disso, os princípios apresentam uma dimensão de peso que não aparece nas regras. No caso de uma colisão de

²¹Cf. ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 220; ALEXY, Robert. *Sistema jurídico e razão prática*. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 167.

²² Cf. ALEXY, *Rechtssystem und praktische Vernunft...*, S. 223; ALEXY, *Sistema jurídico e razão prática...*, p. 169.

²³ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 106.

²⁴ Cf. ALEXY, *Rechtssystem und praktische Vernunft...*, S. 223; ALEXY, *Sistema jurídico e razão prática...*, p. 169; ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 140; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 53-54.

²⁵ Segundo Heck, a tese de Dworkin deve ser complementada pela de Alexy (Cf. HECK, Luís Afonso. *Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy*. In: LEITE, George Salomão. (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57).

dois princípios, aquele que apresenta um peso relativamente maior supera o outro, de peso menor, constituindo fundamento para a decisão judicial. Isso, contudo, não significa que o princípio de menor peso seja inválido e, por força disso, deva ser despedido do ordenamento jurídico²⁶.

A partir desses critérios, Alexy deixa saber que as regras são mandamentos definitivos e os princípios são mandamentos de otimização. A distinção entre as regras e os princípios forma o fundamento teórico-normativo da subsunção e da ponderação²⁷.

As regras são normas que ordenam definitivamente e, por isso mesmo, mandamentos definitivos, que devem ser cumpridos exatamente conforme o determinado²⁸. Se uma regra vale, então, está ordenado fazer exatamente o fixado no espaço do fático e do juridicamente possível. Por isso mesmo, é correto fixar que as regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam algo definitivamente. O dever estabelecido pelas regras é sempre definitivo. A maioria das regras ordena algo para o caso de que determinadas condições se dêem, de tal sorte que são normas condicionadas. Quando os pressupostos da regra estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica estabelecida. Assim, quando uma regra vale e é aplicável, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela determina. Se não se aceita isso, somente duas alternativas estão abertas: a regra deve ser declarada inválida e, assim, excluída do ordenamento jurídico ou deve ser inserida uma exceção na regra, criando-se, então, uma nova regra.

A forma de aplicação das regras é a subsunção²⁹. A disposição do art. 166, I, do Código Civil, estabelece que o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz é nulo. Assim, sempre que ocorrer a situação de fato de uma pessoa, absolutamente incapaz, celebrar um negócio jurídico, tem-se a consequência jurídica da nulidade desse negócio jurídico. A disposição do art. 1.238 do Código Civil diz que aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé, podendo requerer que o juiz assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no cartório de registro de imóveis. Assim, aquele que preencher esses pressupostos, adquire a propriedade. O que essas hipóteses deixam

²⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. The Model of Rule I. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 22-28.

²⁷ Cf. ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 131-132; ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 77.

²⁸ Cf. ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3. Sept. 2000, p. 295.

²⁹ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 132. Ver, ainda, ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

demonstrar é que sempre que uma situação de fato concreta *S* realiza a previsão *P*, vigora para essa situação de fato a consequência jurídica *C*. Isso significa que para cada caso *P*, vigora *C*.

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são mandamentos a serem otimizados, de tal sorte que admitem cumprimento em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas – as possibilidades jurídicas são exatamente os princípios em sentido contrário³⁰. Os princípios contêm um dever ideal e, por isso mesmo, não contêm um dever definitivo, mas um dever *prima-facie*. Como mandamentos ideais, exigem mais do que é possível realmente. Segundo Alexy, os princípios são mandamentos a serem otimizados, muito embora, ainda não exatamente, possam ser compreendidos como mandamentos de otimização. Dois planos devem ser considerados: o plano do objeto e o do metaplano. No plano do objeto, os princípios são mandamentos ideais e, portanto, mandamentos a serem otimizados. Nesse plano, os princípios são objetos de ponderação. No metaplano é que se encontram os mandamentos de otimização, quando se diz o que deve ser feito com o que se encontra no plano do objeto. Por isso mesmo, é correto dizer que mandamentos de otimização exigem que seus objetos, os mandamentos a serem otimizados, sejam realizados em medida tão ampla quanto possível. Os mandamentos de otimização, na verdade, têm a estrutura de regras, que devem ser cumpridas ou não cumpridas³¹.

Princípios colidem com outros princípios e, por isso, a forma típica de aplicação dos princípios é a ponderação. Somente a ponderação leva do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo³². Assim, por exemplo, a disposição do art. 1º, III, da Constituição Federal, enuncia o princípio de que o Brasil é um Estado democrático e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana; a disposição do art. 5º, IV, da Constituição Federal enuncia a norma de que é livre a manifestação do pensamento; a disposição do art. 5º, VI, da Constituição Federal enuncia a norma no sentido de que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos; a disposição do art. 5º, IX, da Constituição Federal enuncia a norma no sentido de que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; a disposição do art. 5º, X, da Constituição Federal enuncia que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e

³⁰ Cf. ALEXY, On the Structure of Legal Principles..., p. 295.

³¹ Cf. ALEXY, Robert. A institucionalização da razão..., p. 37. Sem embargo disso, Alexy sugere que se preserve a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização por expressar de forma mais simples do que tratam os princípios (Cf. HECK, Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy..., p. 82-83).

³² Cf. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 64.

imagem das pessoas; a disposição do art. 5º, XV, da Constituição Federal diz a que é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz; a disposição do art. 5º, XVII, da Constituição Federal enuncia que é plena a liberdade de associação para fins lícitos; a disposição do art. 5º, XXII, da Constituição Federal enuncia que é garantida a propriedade; a disposição do art. 5º, XXIII, da Constituição Federal enuncia que a propriedade atenderá a sua função social; a disposição do art. 196 da Constituição Federal enuncia que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado; a disposição do art. 215, *caput*, da Constituição Federal enuncia a norma de que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais e, por fim, a disposição do art. 225 da Constituição Federal enuncia 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. Essas disposições apresentam normas que são princípios e, portanto, mandamentos a serem otimizados em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Por isso mesmo, essas normas estabelecem posições fundamentais jurídicas e deveres jurídicos *prima-facie*. Somente após a ponderação é que será possível a configuração de posições fundamentais jurídicas e de deveres definitivos, passíveis de exigibilidade judicial.

A compreensão do sistema de normas jurídicas como um modelo de regras e de princípios permite a identificação das normas de direitos fundamentais como princípios ou como regras. É que as normas de direitos fundamentais apresentam um caráter duplo e podem ser identificadas como princípios ou como regras. Uma norma de direito fundamental pode ser uma regra, um princípio ou pode ser apresentada de forma tal que reúna um princípio e uma regra. Neste último caso, a norma apresenta um caráter duplo na medida em que reúne um princípio e uma regra. É o que ocorre quando na formulação da norma de direito fundamental é incluída uma cláusula restritiva como um princípio sujeito à ponderação com outros princípios³³. Quando a norma de direito fundamental é uma regra, ela pode ser aplicada pela subsunção, sem necessidade de ponderação com outra norma³⁴. Quando, contudo, a norma de direito fundamental é um princípio, coloca-se a questão da sua aplicação mediante ponderação e da justificação da decisão judicial da ponderação mesma.

³³ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 122-123.

³⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 124.

A discussão dessa questão coloca a exigência de que sejam bem compreendidos os conceitos de disposições de direitos fundamentais, de normas de direitos fundamentais e de direitos fundamentais.

1.2 AS NORMAS E AS DISPOSIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito semântico de norma pressupõe a distinção entre norma (*Norm*) e proposição normativa (*Normsatz*)³⁵. A norma é o significado ou a unidade de sentido da proposição normativa que, por seu lado, é o conjunto de signos linguísticos contido em uma disposição de direito fundamental que estabelece que algo está ordenado, proibido ou permitido, ou que atribui a alguém uma competência de direito fundamental³⁶. Uma disposição de direito fundamental é um caso especial de proposição – uma proposição normativa de direito fundamental. Essa proposição normativa, como conjunto de signos linguísticos, distingue-se da norma como o significado que se atribui à proposição³⁷. Uma mesma norma pode ser dada por intermédio de diferentes proposições normativas. Assim, a norma segundo a qual ninguém pode ser privado de liberdade sem o devido processo pode ser expressa tanto pela proposição normativa *i*) nenhuma pessoa pode ser privada de liberdade sem o devido processo como também pela proposição *ii*) é proibido privar a liberdade de alguém sem o devido processo. A disposição de direito fundamental do art. 225, *caput*, da

³⁵ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 42. A mais precisa tradução de *Normsatz* para a língua portuguesa é *proposição* normativa. Contudo, a expressão *Satz* tem sido normalmente traduzida para *enunciado*, em português (Cf. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 53), *enunciado*, em espanhol (ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 50) e *statement*, em inglês (ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...*, p. 21; AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 1; HARE, *Sorting ou Ethics...*, p. 103). Em português, ainda se encontra a tradução de *Satz* para *sentença* (ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, p. 142). Segundo Alexy, deve-se distinguir entre proposição (*Satz*), manifestação (*Außerung*) e declaração (*Aussagen*). Uma proposição é uma sequência de signos sonoros ou escritos. Uma declaração é o uso de uma proposição em uma determinada situação e uma declaração é o que uma proposição expressa, ou seja, o seu significado (Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 53). Na tradução para a língua espanhola, contudo, *Außerung* está traduzido para *oración* e *Aussagen* para *proposición* (ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, p. 51). Na tradução para língua portuguesa, *Außerung* está traduzido por *expressão* e *Aussagen* se acha traduzido para *proposição* (Cf. ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica...*, p. 142). Aqui, será preferida a expressão *proposição* a *enunciado*, muito embora a última possa ser igualmente empregada, especialmente quando a expressão *enunciado* é empregada em lugar de enunciado descritivo. Assim, em alguns casos, para facilitar a compreensão – a expressão inglesa *statement*, normalmente, tem sido traduzida para a expressão portuguesa *enunciado* – e quando não comprometida a unidade do texto, será usado *enunciado* em lugar de *proposição*. Ver Cap. II.

³⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 54. A mais precisa tradução de *Grundrechtsbestimmung* para a língua portuguesa é *determinação* de direito fundamental. Contudo, é corrente a tradução para *disposição* de direito fundamental, em português (Cf. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 66), *disposición* de derecho fundamental, em espanhol (ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales...*, p. 63) e *constitutional rights provision*, em inglês (ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...*, p. 31). Aqui, será mantida a expressão *disposição* de direito fundamental, mais frequente e menos pesada do que a mais precisa e menos conhecida *determinação* de direito fundamental.

Constituição Federal, contém o seguinte conjunto de signos linguísticos: todos têm direito ao meio ambiente são e 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 presentes e futuras gerações. Desta proposição normativa de direito fundamental pode se retirar a norma de direito fundamental segundo a qual a todos está garantido o direito ao ambiente são e ecologicamente equilibrado. Em lugar da proposição normativa de direito fundamental (*Grundrechtsnormsatz*) pode ser empregada uma expressão menos pesada como disposição de direito fundamental (*Grundrechtsbestimmung*)³⁸.

A relação existente entre proposição normativa e norma corresponde à que existe entre proposição descritiva e afirmação. Ainda que se possa afirmar que a diferença entre as proposições normativas e as proposições descritivas seja a de que somente estas podem ser verdadeiras ou falsas, o decisivo para caracterizar a distinção entre elas é que por intermédio das proposições descritivas se expressa o estado das coisas ou o mundo objetivo como, por exemplo, que o “carro é vermelho” e, com as proposições normativas se expressa que algo é ordenado, proibido ou permitido. Assim, as proposições descritivas ou enunciados proposicionais expressam que “algo é o caso” e as proposições normativas expressam que “algo deve ser o caso”³⁹. Um elemento decisivo desta concepção semântica do conceito de norma é a distinção entre o conceito de norma e o conceito de validade de norma. O que isso significa é que os elementos de validade de uma norma não contam para considerá-la como norma. Nessa concepção, não somente normas válidas são normas. Segundo Alexy, se por “norma” somente se entende “norma válida”, dizer “esta é uma norma inválida” é uma contradição. O conceito semântico de norma é o mais adequado para cuidar das questões da dogmática jurídica e da aplicação do Direito, pois permite responder aos problemas de compatibilidade lógica entre duas normas; de como as normas devem ser interpretadas e aplicadas e de quando elas são válidas ou inválidas⁴⁰.

Uma distinção importante é a que se deve fazer entre proposição normativa e norma, por um lado, e afirmação de validade de uma norma e a imposição de uma norma, por outro lado. Segundo Alexy, quem afirma que uma norma é válida ou impõe uma norma realiza uma

³⁷ BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 27; BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien...*, S. 109.

³⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 54.

³⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 46.

⁴⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 48-49. Uma norma é válida quando satisfaz os critérios de validade estabelecidos. Em uma teoria sociológica de validade, contam como critérios de validade os fatos sociais do tipo obediência habitual, vinculada a um sentimento de obrigatoriedade ou da alternativa de obediência ou a aplicação de uma sanção para o caso de desobediência. Em uma teoria jurídica de validade, o critério está na

ação – especificamente um ato de fala (*Sprechakt*)⁴¹, abandonando o plano da semântica para ingressar no da pragmática. Assim, por exemplo, no marco de um determinado sistema normativo podem ser formuladas “proposições de validade normativa” (*Normgeltungssätze*) sobre quais são as normas válidas. Essas proposições, sem qualquer discussão, possuem o valor de verdade – podem ser verdadeiros ou falsos. Nesta mesma classe das proposições de validade normativa podem ser incluídas as afirmações descritivas sobre a interpretação das proposições normativas. Igualmente, as proposições descritivas sobre ações de imposição de normas são importantes para as afirmações descritivas sobre a validade das normas⁴².

O elevado grau de indeterminação normativa de quase todas as disposições de direitos fundamentais autoriza que de uma mesma disposição de direito fundamental pode ser retirada a norma diretamente estabelecida e tantas outras quantas lhe possam ser associadas (*zugeordnet*). As normas de direitos fundamentais não são apenas aquelas diretamente expressadas pelas disposições de direitos fundamentais, mas também aquelas que podem ser formuladas a partir da abertura semântica das expressões integrantes da proposição normativa de direito fundamental⁴³. As disposições de direitos fundamentais são ricas em indeterminações normativas, que se caracterizam pela pluralidade de significados normativos. Cuida-se de uma indeterminação normativa sempre que de uma disposição jurídica não se pode retirar de maneira exaustiva o conjunto total de seu significado normativo⁴⁴. Segundo Bernal Pulido, nenhuma disposição de direito fundamental, por mais específica que pareça, permite conhecer *a priori* todas e cada uma das normas de direitos fundamentais estabelecidas direta ou indiretamente⁴⁵. As causas da indeterminação normativa podem ser remetidas: *i*) a indeterminação semântica; *ii*) a indeterminação sintática; *iii*) a indeterminação estrutural; *iv*) a redundância e, em alguns casos, *v*) a indeterminação pragmática⁴⁶. A indeterminação semântica resulta da ambiguidade, vagueza e abertura valorativa das expressões ou termos da disposição de direito fundamental. Uma expressão é ambígua quando seu significado pode ser estabelecido a partir da aplicação de diferentes regras semânticas, o que é corrente nas disposições de direitos fundamentais lidas a partir de uma pluralidade de concepções de

existência de uma norma superior que autoriza a imposição de uma norma inferior. Uma teoria ética da validade conta com uma fundamentação moral da norma (Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 49).

⁴¹ Nesse ponto, expressamente, Alexy remete à teoria dos atos de fala de Austin (Cf. AUSTIN, John L. *How to Do Things with Words*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975) e Searle (Cf. SEARLE, John. *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969).

⁴² Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 51-53.

⁴³ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 58.

⁴⁴ Cf. BIX, Brian. *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 65.

⁴⁵ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 99-100.

⁴⁶ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 102.

mundo, de justiça e de variadas convicções políticas e ideológicas existentes na sociedade. Uma expressão é vaga quando não resulta evidente o enquadramento de certa situação da vida concreta à hipótese normativa abstrata dada, conforme uma determinada interpretação. Uma expressão é valorativa quando emprega termos como bom, dignidade, adequado ou razoável, que exigem a formulação de juízos de valor do intérprete – dignidade humana, art. 1º, III, da Constituição Federal; tratamento desumano ou degradante, art. 5º, III, da Constituição Federal. A indeterminação sintática resulta das incertezas provocadas pelas relações entre as expressões que compõem a disposição de direito fundamental⁴⁷. A indeterminação estrutural surge quando da disposição de direito fundamental podem ser retiradas normas que podem ser cumpridas por cursos de ação diversos – a grande maioria dos direitos fundamentais sociais pode ser cumprida por intermédio de diferentes cursos de ação – direito à saúde, art. 196 da Constituição Federal; direito à educação, art. 205 da Constituição Federal; direito ao meio ambiente, art. 225 da Constituição Federal; direitos da criança, do adolescente e do idoso, arts. 226 a 230 da Constituição Federal. Assim, por exemplo, da disposição do art. 196, *caput*, da Constituição Federal, que diz que “a saúde é um direito de todos e um dever do Estado” podem ser formuladas as seguintes normas: *i*) “todos têm direito à saúde” – diretamente expressada e *ii*a) “todos têm direito àquilo que no conceito de saúde pode ser incluído”; *ii*b) “todos têm direito à internação hospitalar”; *ii*c) “todos têm direito à assistência médica”; *ii*d) “todos têm direito à vacinação”; *ii*e) “todos têm direito a medicamentos”. Afora a abertura semântica da expressão “saúde”, a disposição do art. 196, *caput*, da Constituição Federal, apresenta uma abertura estrutural na medida em que permite formular normas do tipo: *ii*f) “todos têm direito a que o Estado crie mecanismos de proteção à saúde”; *ii*g) “todos têm direito a que Estado crie organismos e procedimentos para a realização do direito à saúde”. A norma diretamente expressada “todos têm direito à saúde” resulta de uma tradução literal, automática e direta, em termos prescritivos ou deônticos, da disposição de direito fundamental “a saúde é um direito de todos” do art. 196, *caput*, da Constituição Federal. Assim, a norma diretamente expressada é a tradução da disposição de direito fundamental para a linguagem do dever (*Sollen*), ordenando reconhecer o direito à saúde. As normas de direitos fundamentais associadas formam parte *prima facie* do conceito semântico ou do âmbito normativo das disposições de direitos fundamentais. Essas normas são estabelecidas com validade *prima facie* decorrente da validade das disposições de direitos fundamentais e adquirem a validade definitiva no momento da concretização. Não se cuida da criação de uma nova norma, mas de uma afirmação sobre a interpretação de norma no sentido de que se deve atribuir validade definitiva

⁴⁷ Sobre a argumentação interpretativa constitucional, ver Cap. III, n. 2.3.1.7.

a uma norma associada ao âmbito normativo de uma disposição de direito fundamental⁴⁸. A redundância ou concorrência de direitos fundamentais se apresenta quando uma mesma norma pode ser associada ao mesmo tempo a duas ou mais disposições de direitos fundamentais, disso resultando incerteza quanto ao regime jurídico que deve ser aplicado ao caso – o direito de reunião dos membros de um sindicato pode ser remetido tanto à disposição do direito fundamental de associação como à do direito fundamental de reunião. Uma disposição de direito fundamental é acometida de indeterminação pragmática quando provoca incerteza em relação ao tipo de ato fala que representa, deixando de explicitar se o caso é de uma proibição, ordenação, permissão, programa, objetivo, afirmação, desejo, etc. – as disposições que estabelecem programas ou determinações de objetivos estatais⁴⁹.

Segundo Alexy, há uma relação de precisão e uma relação de fundamentação entre as normas diretamente expressadas e as normas associadas. Estas são necessárias quando a norma diretamente expressada por intermédio do texto deve ser aplicada a casos concretos. Não fosse essa relação de precisão, da norma diretamente expressada não se poderia retirar o que está ordenado, proibido ou permitido. A relação de fundamentação está em que a norma diretamente expressada é razão das normas associadas. As discussões em torno dos direitos fundamentais, em grande medida, estão relacionadas ao estabelecimento de quais são as normas que podem ser associadas às normas diretamente expressadas. Uma norma associada vale como norma de direito fundamental se a sua associação a uma norma de direito fundamental diretamente expressada descansa em uma argumentação racional e fundamentação correta⁵⁰. O mais importante protagonista da interpretação das disposições de direitos fundamentais é o Tribunal Constitucional e é quem deve suportar a carga da fundamentação correta da validade definitiva das normas associadas às disposições de direitos fundamentais. A afirmação de norma associada deve restar sustentada por um conjunto de razões apresentadas a partir de argumentos apoiadores da concretização da disposição de direito fundamental. Não se trata apenas de um dever de fundamentação, mas de um dever de fundamentação correta, pois, sob pena de cair em uma contradição performativa, toda a decisão jurisdicional coloca uma pretensão de correção e, assim, uma fundamentação correta⁵¹.

⁴⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 52-53; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 116.

⁴⁹ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 116.

⁵⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 61.

⁵¹ Sobre contradição performativa e pretensão de correção, ver Cap. II, n. 5 e Cap. III, n. 1.3.

1.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO POSIÇÕES FUNDAMENTAIS JURÍDICAS DEFINITIVAS E PRIMA FACIE

Os direitos fundamentais guardam estreita relação com os direitos do homem.

A assembléia geral das Nações Unidas aprovou a Declaração dos direitos humanos de 1948, constituindo-se em um consenso sobre valores fundamentais. Segundo Alexy, essa Declaração colocou vários problemas, destacando-se três: *i*) como os direitos do homem podem ser reconhecidos ou fundamentados – problemas epistêmicos; *ii*) quais direitos devem ser reconhecidos – problemas substanciais, quando se coloca a questão do reconhecimento, além dos direitos de liberdade e de igualdade clássicos, dos direitos sociais; *iii*) como os direitos do homem devem ser positivados e garantidos – problemas de institucionalização⁵². Os direitos do homem são direitos universais que competem a todos os homens. Além disso, são direitos morais na medida em que a sua validade não depende de sua positivação, mas pressupõe a validade de uma norma moral passível de justificação perante cada um, dada a sua correção material. Outra marca dos direitos do homem é que são direitos preferenciais que devem ser positivados na Constituição. Os direitos do homem detêm prioridade frente ao Direito positivo, pois representam a medida de sua legitimidade. Eles são direitos fundamentais, pois cuidam das carências e necessidades do homem que devem ser protegidas e fomentadas pelo Direito. Um interesse ou carência é fundamental quando sua violação ou não satisfação acerta o âmbito nuclear da autonomia. Por fim, os direitos do homem são direitos abstratos na medida da exigência de sua limitação ou restrição por outros direitos ou pela proteção de bens coletivos como, por exemplo, o ambiente⁵³.

Os direitos fundamentais são direitos individuais positivados na Constituição, representando, em geral, a intenção de transformação dos direitos humanos em Direito positivo⁵⁴. Segundo Borowski, podem ser apresentados três conceitos de direitos fundamentais: *i*) conceito formal; *ii*) conceito material; *iii*) conceito procedimental. O conceito formal diz que o critério para determinar a categoria dos direitos fundamentais é pertencer ao catálogo de direitos fundamentais dado pela Constituição. O conceito material diz que os direitos fundamentais são os direitos do homem transformados em Direito positivo constitucional. Os direitos fundamentais são os direitos admitidos na Constituição com a intenção de se conceder caráter positivo aos direitos do homem. O conceito procedimental diz

⁵² Cf. ALEXY, Direitos fundamentais no estado constitucional democrático..., p. 42-44.

⁵³ Cf. ALEXY, Direitos fundamentais no estado constitucional democrático..., p. 45-48.

⁵⁴ Cf. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales...*, p. 33.

que são direitos fundamentais os direitos que são tão importantes que a decisão sobre a sua garantia ou não garantia não pode ser confiada à maioria parlamentar ordinária. Este critério procedimental se refere a quem pode decidir sobre o conteúdo dos direitos fundamentais – o legislador constituinte ou o legislador ordinário – e está ligado aos critérios formal e material⁵⁵.

Os direitos fundamentais são direitos subjetivos passíveis de exigibilidade judicial na medida em que são garantidos por normas jurídicas vinculantes. Direito subjetivo, conceitualmente, não é um poder da vontade e nem um interesse juridicamente protegido, mas uma posição jurídica. O poder da vontade e o interesse juridicamente protegido são razões que devem ser levadas em conta para que existam direitos subjetivos no sentido de posições jurídicas⁵⁶.

O conceito de posição jurídica exige a distinção entre o conceito de norma e o de posição. Se uma norma é o expressado por uma disposição de direito fundamental, a proposição “é livre a manifestação do pensamento” do art. 5º, IV, da Constituição, expressa uma “norma universal”. A partir dessa norma, pode-se formular a “norma individual” de que *A* tem, frente ao Estado, o direito de expressar livremente o seu pensamento. Assim, o sujeito *A* se encontra em uma “posição” em que tem, frente ao Estado, o direito de manifestar livremente o próprio pensamento. Da mesma forma, se vale a norma individual que diz que o sujeito *A* tem frente ao sujeito *B* um direito *g*, então o sujeito *A* encontra-se em uma posição jurídica que está caracterizada por ter frente ao sujeito *B* um direito a *g*⁵⁷.

A importância da concepção dos direitos subjetivos como posições jurídicas aparece nas relações normativas expressadas por predicados diádicos do tipo “o sujeito *A* tem um direito a *g* frente ao sujeito *B*” ou por predicados triádicos do tipo “*A* tem frente ao sujeito *B* um direito a *g*”. Há, assim, propriedades normativas de pessoas e ações e as relações normativas entre pessoas e entre pessoas e ações. A norma que proíbe o sujeito *A* de fazer *h* resulta por conferir a este mesmo sujeito a propriedade de alguém a quem está proibido fazer *h*. A propriedade do sujeito *A*, que pode ser expressa pela proposição monádica “alguém a quem está proibido fazer *h*” é a posição em que o sujeito *A* é colocado por intermédio da norma⁵⁸. Assim, as posições jurídicas de direitos fundamentais são relações jurídicas entre os

⁵⁵ Cf. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales...*, p. 34-35.

⁵⁶ Cf. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales...*, p. 43. Segundo Alexy, a partir da compreensão de direitos subjetivos como posições jurídicas e relações jurídicas é possível distinguir entre: *i*) razões para os direitos subjetivos; *ii*) direitos subjetivos como posições jurídicas e relações jurídicas e *iii*) impenibilidade jurídica dos direitos subjetivos (Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 164).

⁵⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 163.

⁵⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 164.

indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado, constituindo uma espécie da ampla gama de relações jurídicas existentes no Direito⁵⁹.

Um sistema de posições fundamentais jurídicas apresenta uma tríplice divisão das posições em *i*) direitos a algo; *ii*) liberdades e *iii*) competências⁶⁰. A estrutura fundamental da posição jurídica de direito a algo é formulada por Alexy com a proposição que concebe uma relação triádica do tipo “A tem frente a B um direito a g. Trata-se de uma relação triádica porque contém o titular do direito A, o destinatário do direito B e o objeto do direito g. O objeto do direito será sempre uma ação positiva ou negativa do destinatário, disso resultando a distinção entre os chamados “direitos de defesa” e os ordinariamente chamados “direitos a prestações”⁶¹. Os direitos a ações negativas frente ao Estado são divididos em três grupos: *i*) direitos a que o Estado não impeça ou crie obstáculos a determinadas ações do titular do direito; *ii*) direitos a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do direito; *iii*) direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito⁶². No primeiro grupo estão os direitos fundamentais a que o Estado não impeça ou crie obstáculos a determinadas atividades dos indivíduos e têm como objeto as omissões estatais em relação, por exemplo, à liberdade de opinião, à liberdade de movimento e à liberdade de associação. Uma proposição sobre um destes direitos pode ser formulado assim: A tem frente ao Estado um direito a que este não estorve a realização da ação h⁶³. O segundo grupo dos direitos fundamentais a ações negativas corresponde aos direitos a que o Estado não afete propriedades ou situações do titular do direito, cuja proposição pode ser formulada do seguinte modo: A tem frente ao Estado um direito a que este não afete a propriedade g de A. É o caso, por exemplo, do direito à inviolabilidade do domicílio⁶⁴. O terceiro grupo de direitos fundamentais a ações negativas do Estado corresponde aos direitos de que são titulares os indivíduos a não eliminação de determinadas posições jurídicas, cuja proposição pode ser assim formulada: A tem frente ao Estado um direito a que não elimine a posição jurídica PJ de g⁶⁵. Por seu lado, os direitos a ações positivas são divididos em dois grupos: *i*) aqueles cujo objeto é uma ação fática – prestações materiais e *ii*) aqueles cujo objeto é uma ação normativa – imposições de normas⁶⁶.

⁵⁹ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 81.

⁶⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 171.

⁶¹ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 173.

⁶² Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 174.

⁶³ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 176.

⁶⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 177.

⁶⁵ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 179.

⁶⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 180.

Em geral, quem fala em um direito fundamental como, por exemplo, o direito fundamental à vida ou à liberdade de manifestação, não se refere somente a posições jurídicas individuais, mas um direito fundamental como um todo. Um direito fundamental como um todo é um feixe de posições fundamentais jurídicas reunidas, por uma disposição de direito fundamental, em um direito fundamental. O que reúne as diferentes posições fundamentais jurídicas em um direito fundamental como um todo é sua associação a uma disposição de direito fundamental, pois às posições fundamentais jurídicas correspondem sempre as normas que as conferem⁶⁷. Há uma relação de implicação necessária entre as normas de direitos fundamentais e as posições fundamentais jurídicas. Sempre que se coloca a existência de uma posição fundamental jurídica se coloca também, implicitamente, a validade da norma que a estabelece⁶⁸.

As normas e as posições podem ser divididas segundo: *i*) as posições de que se trate no sistema das posições jurídicas básicas; *ii*) o grau de generalidade; e *iii*) tenham elas, ou não, o caráter de regras ou princípios, ou seja, configurando posições definitivas ou *prima facie*. Entre as normas e as posições existem relações de tipos muitos distintos, que podem ser agrupadas em três tipos: uma relação de precisão, uma relação de meio/fim, que tem grande importância nas normas de organização e de procedimento, e uma relação de ponderação, consistente na relação que se corresponde com a lei de colisão, entre uma posição *prima facie* e uma posição definitiva⁶⁹. A partir disso, quatro coisas podem ser chamadas de direito fundamental como um todo: *i*) um feixe de posições jurídicas definitivas; *ii*) um feixe de posições definitivas, incluídas as relações entre elas existentes; *iii*) um feixe de posições definitivas e *prima facie*; e *iv*) um feixe de posições definitivas e *prima facie*, incluídas as relações entre elas existentes. Por isso, o direito fundamental como um todo consiste em um feixe de posições definitivas e *prima facie* vinculadas reciprocamente nas três formas descritas e associadas a uma disposição de direito fundamental⁷⁰.

A formulação de direitos fundamentais como princípios corresponde a de que as normas de direitos fundamentais são princípios. As normas de direitos fundamentais são mandamentos a serem otimizados, cumprindo-se em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas são outros direitos fundamentais que entram em jogo na ponderação, disso resultando o grau de realização dos direitos fundamentais. Os princípios e, assim, os direitos fundamentais, são ponderados, pois esta é

⁶⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 224.

⁶⁸ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 84.

⁶⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 226.

⁷⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 227-228.

sua forma de aplicação. É daí que resulta a relação de implicação recíproca entre o caráter de princípio de uma norma de direito fundamental e o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: “o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa”⁷¹.

A justificação da formulação dos direitos fundamentais como princípios ganha ainda mais força quando são apresentadas as colisões de direitos fundamentais.

2. A TIPOLOGIA DAS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma Constituição com um catálogo de direitos fundamentais é o que basta para que existam colisões de direitos fundamentais. Segundo deixa saber Alexy, “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais”⁷². Colisão de direitos fundamentais não é outra coisa senão colisão de princípios. Não somente dois princípios podem colidir, mas também vários outros. É possível que cada um dos direitos fundamentais em jogo na colisão tenha somente um único titular, mas podem ser muitos os titulares de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*. Mas não somente dois ou mais princípios podem colidir, senão podem entrar no jogo da colisão as dimensões de bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.

Daí, então, que o conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser formulado de modo restrito ou amplo. No primeiro caso, somente direitos fundamentais colidem, independentemente dos sujeitos titulares das posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*. Nesse caso, não entra no jogo da colisão a integridade de bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. No caso de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, direitos fundamentais colidem com normas ou princípios que têm como objeto bens coletivos. A configuração de posições fundamentais jurídicas definitivas implica intervenção em alguma dimensão dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos ou a proteção da integridade de um bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido implica intervenção em alguma posição fundamental jurídica definitiva ou *prima facie*.

⁷¹ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 132; BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales...*, p. 50.

⁷² Cf. ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56-57.

2.1 COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SENTIDO RESTRITO

Nas colisões de direitos fundamentais em sentido restrito, a realização de um direito fundamental repercute negativamente sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Nesse caso, os direitos fundamentais colidentes podem ser idênticos ou distintos.

Um primeiro caso é aquele no qual, nos dois lados da colisão, está afetado o mesmo direito fundamental como um direito de defesa. Um caso de colisão de direitos fundamentais idênticos e distintos sujeitos é aquele no qual dois grupos de pessoas pretendem, ao mesmo tempo, ocupar o mesmo espaço público para a realização de uma manifestação política⁷³. Esse é o caso em que se tem, de um lado, o direito à livre manifestação de um grupo de pessoas e, de outro lado, o direito à livre manifestação de outro grupo de pessoas. Os dois grupos de pessoas detêm posições fundamentais jurídicas *prima facie* à livre manifestação do pensamento a partir da disposição de direito fundamental do art. 5º, IV, da Constituição Federal. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a decisão *Blinkfüer* retrata um caso de colisão entre posições fundamentais jurídicas *prima facie* da disposição do art. 5º, al. 1ª, fr. 1ª, da Lei Fundamental, de sujeitos distintos. Nesse caso, o autor do recurso constitucional, editor chefe do pequeno semanário *Blinkfüer*, ajuizou ação de indenização por perdas e danos contra os conglomerados editoriais da *Axel Springer* e *Die Welt*, em razão de convocação ao boicote, feita por circular enviada aos distribuidores e varejistas (bancas de jornal), parceiros das grandes editoras, a fim de que os demais órgãos de imprensa não publicassem em seus produtos a programação da TV e da Rádio da Alemanha oriental. O Tribunal Federal, órgão jurisdicional ordinário de última instância, reconheceu na conclamação ao boicote um legítimo exercício da liberdade de imprensa. No julgamento do recurso constitucional apresentado contra a decisão judicial, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu que uma convocação ao boicote fundada na expressão de uma opinião determinada encontra proteção na disposição de direito fundamental do art. 5º, al. 1ª, fr. 1ª, da Lei Fundamental. Contudo, os meios empregados por aquele que expressou a convocação ao boicote devem ser admitidos constitucionalmente. Uma convocação não encontra proteção constitucional se vai além da força dos argumentos intelectuais e retira dos destinatários a possibilidade de uma decisão conforme sua completa liberdade interior e livre de qualquer

⁷³ Na cidade de Porto Alegre, a chamada “esquina democrática”, localizada no cruzamento da Rua dos Andradas – conhecida como Rua da Praia – com a Avenida Borges de Medeiros, é tradicional espaço público sempre disputado para manifestações políticas.

pressão econômica. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, se os réus tivessem se limitado a expressar a opinião sobre a publicação da programação das estações da região central da Alemanha nos jornais e revistas, a sua atividade estaria no âmbito normativo da disposição do art. 5º, al. 1ª, fr. 1ª, da Lei Fundamental. No caso, como os réus detinham o poder econômico sobre as distribuidoras de revistas e de jornais, o não atendimento à convocação ao boicote poderia implicar aos “furadores do boicote” a interrupção das entregas e, conseqüentemente, a inviabilidade da atividade econômica dos distribuidores. O Tribunal Constitucional Federal acolheu o recurso constitucional, reconhecendo violação à disposição do art. 5, al. 1ª, fr. 1ª, da Lei Fundamental, realizando uma ponderação dos direitos fundamentais de liberdade de imprensa do editor chefe do semanário Blinkfüer e da Axel Springer e Die Welt⁷⁴.

Outro caso de colisão de direitos fundamentais idênticos é o que se dá entre o direito à vida daquele que toma outrem como refém e o direito à vida do próprio refém na hipótese de uma ação policial. Nessa situação, duas pessoas detêm posições fundamentais jurídicas *prima facie* à vida da disposição do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Sob outro enfoque, ainda, cuida-se de um mesmo direito fundamental, uma vez como direito de defesa e outra como direito de proteção do outro⁷⁵. Aqui, além disso, pode entrar em jogo um terceiro elemento que é o “dever de proteção perante a totalidade dos cidadãos”, cujo objeto imediato é o bem coletivo à segurança pública⁷⁶.

Em alguns casos, ocorre a colisão entre posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um mesmo direito fundamental, mas com cursos de ação diferentes. É o caso da liberdade de associação, cuja disposição do art. 5º, XVII, da Constituição Federal, configura posições *prima facie* positivas e negativas. Dessa mesma disposição de direito fundamental pode ser retirada a norma de “A tem o direito a se associar a B” assim como “A tem o direito a não se associar B”. O mesmo se dá com relação ao direito fundamental à liberdade de crença da disposição do art. 5º, VI, da Constituição Federal, que inclui no seu âmbito normativo posições fundamentais jurídicas *prima facie* positivas e negativas para: *i*) ter e praticar uma crença; *ii*) não ter uma crença e ficar livre da prática de uma crença e, ainda, *iii*) deixar de ter

⁷⁴ Cf. BVerfGE 25, 256; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 400-409.

⁷⁵ Cf. ALEXY, *Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no estado de direito social...*, p. 57

⁷⁶ Cf. ALEXY, *Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no estado de direito social...*, p. 57-58.

uma crença⁷⁷. Um importante caso da colisão entre uma posição fundamental jurídica positiva e uma posição fundamental jurídica negativa de um mesmo direito fundamental – direito fundamental à liberdade de crença da disposição do art. 4º, da Lei Fundamental – julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão é o da decisão em que se discutiu a respeito de o Estado determinar a colocação de crucifixos nas salas de aula das escolas públicas. Cuidava-se de um caso em que se controvertia sobre o direito fundamental à liberdade de crença da disposição de direito fundamental do art. 4º, al. 1ª, da Lei Fundamental, em relação à disposição do § 13, al. 1ª, fr. 3ª, do Regulamento do Ensino Obrigatório – VSO – para as Escolas Públicas da Baviera, que ordenava que em toda sala de aula fosse colocado um crucifixo. O Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu nula a disposição do § 13, al. 1ª, fr. 3ª, do Regulamento Escolar para a Escola Fundamental da Baviera, por incompatível com a disposição do art. 4º, al. 1ª, da Lei Fundamental, que protege a liberdade de crença. A decisão para ter ou não uma crença é um assunto do indivíduo e não do Estado, de tal sorte que o Estado não lhe pode prescrever nem lhe proibir uma crença ou uma religião. Integra o conjunto de posições fundamentais jurídicas do direito fundamental à liberdade de crença não somente a liberdade para ter uma crença como também a liberdade para se comportar e viver conforme a própria convicção religiosa. A disposição do art. 4, al. 1ª, da Lei Fundamental, deixa a cargo do indivíduo decidir quais os símbolos religiosos serão por ele conhecidos e quais serão rejeitados. Neste caso, então, instalou-se a colisão entre a posição fundamental jurídica *prima facie* de liberdade negativa dos não cristãos com a posição fundamental jurídica *prima facie* de liberdade positiva dos cristãos. O Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que a obrigatoriedade de colocação de crucifixos, que não podem ser separados de sua específica referência ao conteúdo religioso do cristianismo e simbolizam o núcleo essencial da convicção religiosa cristã, em salas de aula de escolas públicas, é incompatível com a disposição do art. 4, al. 1ª, da Lei Fundamental⁷⁸.

Outros são os casos de colisões de direitos fundamentais distintos, que se dão entre direitos fundamentais distintos de sujeitos titulares de direitos fundamentais distintos⁷⁹. É o caso do titular de direito fundamental afetado negativamente pela liberdade de manifestação de opinião de outro titular de direito fundamental. Nesse caso, tem-se colisão entre o direito

⁷⁷ Para um catálogo de posições fundamentais jurídicas do direito fundamental à liberdade religiosa, ver WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 72-75.

⁷⁸ Cf. BVerfGE 93, 1; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 366-377.

⁷⁹ Cf. ALEXY, *Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no estado de direito social...*, p. 59.

fundamental da liberdade de manifestação e o direito de personalidade em geral, que abarca a proteção da honra e da vida privada. Nesse mesmo âmbito estão os casos de colisão do direito fundamental da liberdade de imprensa com o direito de personalidade em geral, especialmente do direito à privacidade e intimidade.

Um caso paradigmático da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão é o de colisão entre o direito fundamental de liberdade de radiodifusão da disposição do art. 5º, al. 1ª, fr. 2ª, da Lei Fundamental e o direito ao desenvolvimento da personalidade da disposição do art. 2º, al. 1ª, da Lei Fundamental. Cuidava-se do caso conhecido como “assassinato de soldados de Lebach” e que dizia com a morte de quatro soldados, que guardavam um depósito de munição no lugarejo de Lebach, perpetrado durante um roubo de armas e munição. Os autores foram condenados à prisão perpétua e um terceiro, por ter participado como auxiliar, restou condenado à pena de seis anos de reclusão. Em atenção à repercussão desse fato, a ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*) produziu um documentário sobre o ocorrido, apresentando os dois principais envolvidos e o terceiro participante, com nomes, fotos, referências às ligações homossexuais entre eles, detalhes do crime, perseguição e prisão. O documentário seria transmitido em uma sexta-feira à noite, um pouco antes da soltura do terceiro participante e autor do recurso constitucional.

O Tribunal Constitucional Federal reconheceu que o direito fundamental de liberdade de radiodifusão da disposição do art. 5º, al. 1ª, fr. 2ª, da Lei Fundamental abrange posições fundamentais jurídicas *prima facie* tanto para a escolha do conteúdo a ser apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo de apresentação, incluindo a forma de programa, mas destacou que quando essa liberdade colide com outros bens jurídicos importa tomar em conta o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modelo de configuração e o efeito desejado. O Tribunal Constitucional Federal, negando prevalência absoluta de um valor constitucional sobre o outro, observou que a intensidade da intervenção no âmbito normativo do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade deveria ser ponderada com o interesse de informação da população. O Tribunal Constitucional Federal proibiu a transmissão do documentário, considerando justificada a intervenção no direito fundamental de liberdade de radiodifusão, em favor do direito à proteção da personalidade, que não admite que a televisão se ocupe da pessoa do criminoso e de sua vida privada por tempo ilimitado, além da notícia atual. O documentário sobre episódio já passado

e não atual comprometeria o processo de reintegração social do apenado que já havia cumprido sua expiação e se achava na iminência de ser solto⁸⁰.

Outro caso de colisão de direitos fundamentais distintos de titulares de direitos fundamentais distintos é o da decisão “Soldados são Assassinos” (*Soldaten sind Morder*) Tribunal Constitucional Federal alemão na qual se estabeleceu a colisão entre o direito fundamental dos pacifistas à liberdade de expressão do pensamento da disposição do art. 5º, al. 1ª, fr. 1ª, da Lei Fundamental e o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade geral dos militares, que resulta da combinação da disposição do art. 2º, al. 1ª, da Lei Fundamental, com a disposição do art. 1º, al. 1ª, da Lei Fundamental. Cuidava-se de um recurso constitucional interposto em face de condenações penais pela prática do crime de injúria contra militares por parte de pacifistas que, em quatro oportunidades, em espaços públicos, manifestaram as frases: “soldados são assassinos” ou “soldados são assassinos potenciais”. O Tribunal Constitucional Federal entendeu que as declarações pelas quais os recorrentes foram criminalmente condenados estavam inseridas no âmbito normativo do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, consubstanciando intervenções não justificadas no direito fundamental da disposição de direito fundamental do art. 5, al. 1ª, fr. 1ª, da Lei Fundamental. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, no estágio da interpretação normativa, a disposição do art. 5º, al. 1ª, fr. 1ª, da Lei Fundamental exige uma ponderação que deve ser feita no contexto dos elementos normativos entre, de um lado, o significado da liberdade de expressão e, de outro lado, do bem jurídico em cujo interesse se justifica a restrição ou limitação do direito fundamental de liberdade de expressão. Uma interpretação da disposição penal que dilata o conceito de injúria a ponto de extrapolar as exigências de proteção à honra ou às instituições ou, ainda, que não deixa qualquer espaço para a liberdade de expressão é incompatível com tal ponderação. Em conclusão, o Tribunal Constitucional Federal revogou as decisões e reenviou o processo à origem para que as declarações dos recorrentes fossem interpretadas à luz da disposição do art. 5º, al. 1ª, fr. 1ª, da Lei Fundamental, observando-se a distinção entre uma expressão geral depreciativa de “todos os soldados do mundo” e os soldados das Forças Armadas alemãs e, ainda, o conceito de “crítica ignominiosa” no sentido dado pela Constituição (*Verfassungskonform*)⁸¹.

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, um dos mais importantes casos de colisão entre os direitos fundamentais da liberdade de manifestação e da liberdade de

⁸⁰ Cf. BVerfGE 35, 202; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 486-494.

⁸¹ Cf. BVerfGE 93, 266; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 414-427.

informação e da imprensa, de um lado, e os direitos fundamentais de personalidade relacionados à intimidade, à vida privada, à honra e imagem, de outro lado, está colocado no julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental apresentada contra disposições da Lei 5.250/67, conhecida como a Lei de Imprensa. Na decisão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as disposições dessa normalização implicavam restrições não justificadas nos direitos fundamentais de liberdade de manifestação, de informação e de imprensa. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a Lei de Imprensa como um todo não se achava recepcionada pela Constituição Federal⁸².

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra o caso do julgamento de habeas corpus, manejado contra determinação judicial de condução coercitiva de pessoa para recolhimento de material indispensável à realização do exame de DNA. Na ação de investigação de paternidade em tramitação perante a 2ª Vara de Família e Sucessões de Porto Alegre, instado a respeito, o autor da medida constitucional de habeas corpus manifestou vontade de não se submeter ao exame pericial para análise dos grupos sanguíneos dos envolvidos. Em razão da recusa, o juiz, considerando o interesse de “duas menores” e o fato de que “uma das partes está faltando com a verdade e o exame dirime a dúvida”, determinou o comparecimento coercitivo do autor da medida de habeas corpus, “sob pena de condução sob vara”, acrescentando que “seu corpo é *objeto de direitos*, não sendo cabível invocar direito personalíssimo de disponibilidade do próprio corpo”. No julgamento da medida constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a preservação da dignidade humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo humano não autorizam provimento jurisdicional que implique determinação para comparecimento, “debaixo de vara” para coleta de material indispensável à realização do exame DNA. A realização do exame pericial contra a vontade da parte no processo judicial constitui violência ímpar, que discrepa da ordem constitucional. Entendeu-se como irrecusável o direito do autor da medida constitucional a não permitir que se lhe fosse retirado qualquer porção de sangue, principalmente porque existem outros instrumentos para avaliação da prova, inclusive o próprio comportamento não cooperativo da parte. Assim, no caso de colisão entre o direito fundamental da dignidade humana e o direito fundamental à intimidade, o Supremo Tribunal Federal acolheu a medida constitucional de habeas corpus para o fim de desconstituir a determinação judicial de condução coercitiva⁸³.

Um caso também significativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é o da reclamação apresentada pela mexicana Glória Trevi que, enquanto respondia a processo de

⁸² Cf. STF, ADPF 130, TP, j. 30/04/2009, DJ 06/11/2009.

⁸³ Cf. STF, HC 713734, TP, j. 10/11/1994, DJ 22/11/1996.

extradição e se encontrava presa nas dependências da Polícia Federal, resultou grávida e deu luz a uma criança. A extraditanda atribuiu aos agentes policiais a prática de crime de estupro, mas não permitiu o recolhimento de material para realização da perícia necessária. Na reclamação apresentada contra a decisão judicial que determinou o recolhimento de material genético da placenta e a entrega do prontuário médico, o Supremo Tribunal Federal examinou a colisão entre o direito fundamental à intimidade e à vida privada da disposição do art. 5º, X, da Constituição Federal, e o direito fundamental do preso à integridade física e moral da disposição do art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, de um lado, e, de outro lado, o direito fundamental da honra dos agentes policiais da disposição do art. 5º, X, da Constituição Federal. Além disso, entraram em jogo na colisão os bens jurídicos coletivos constitucionais relativos à honra da instituição da Polícia Federal, à moralidade administrativa, à persecução penal pública e à segurança pública. O Supremo Tribunal Federal, ponderando os princípios em colisão, entendeu justificada a intervenção nos direitos fundamentais da extraditanda consistente no recolhimento de material genético da placenta e não justificada a intervenção de recolhimento dos prontuários médicos⁸⁴.

2.2 COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SENTIDO AMPLO

Nas colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, há colisão de direitos fundamentais com bens coletivos. É o caso em que um direito fundamental colide com a integridade ambiental, a segurança pública interna, a saúde pública, entre outros bens coletivos constitucionalmente protegidos.

Esses casos de colisões de direitos fundamentais com bens coletivos podem ser demonstrados facilmente. É o caso da colisão do direito fundamental de propriedade com os bens coletivos ecológicos, do que resulta que o proprietário tem restringido o direito fundamental à propriedade, não podendo causar prejuízo à qualidade da água ou a outros bens ambientais. Não raras vezes, ingressa nesse tipo de colisão o direito fundamental de liberdade de iniciativa de uma atividade econômica daquele que deve suportar as limitações e restrições impostas pela proteção do ambiente. A configuração de posições fundamentais jurídicas definitivas do direito fundamental à propriedade da disposição do art. 5º, XXII, da Constituição Federal e, ainda mais acentuadamente das posições fundamentais jurídicas do direito fundamental à liberdade de iniciativa econômica da disposição do art. 170, *caput*, da

⁸⁴ Cf. STF, Recl. 2040, TP, j. 21/02/2002, DJ 27/06/2003.

Constituição Federal não se dá sem intervenção em posições fundamentais jurídicas *prima facie* do direito fundamental ao ambiente da disposição do art. 225, *caput*, da Constituição Federal e dos bens coletivos ambientais⁸⁵. Certamente, não por outras razões, a disposição do art. 5º, XXIII, da Constituição Federal dispõe que a propriedade deve atender a sua função social e a disposição do art. 170, III, da Constituição Federal dispõe que a liberdade de iniciativa econômica deve observar o princípio da função social da propriedade. Essa disposição é completada pela do art. 170, VI, da Constituição Federal, que estabelece que a ordem econômica deve observar o princípio da defesa do ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Em relação à propriedade urbana, a disposição do art. 182, § 2º, da Constituição Federal dispõe que a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências de ordenação do plano diretor das cidades e, em relação à propriedade rural, a disposição do art. 186, I e II, da Constituição Federal estabelece que a função social é cumprida quando a propriedade atende, segundo os critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, os requisitos do aproveitamento racional e da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e da preservação do ambiente. Além disso, a disposição do art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal incumbe ao Estado o dever de definir, em todas as unidades federadas, os espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos justificativos da proteção.

Em nível infraconstitucional, além das disposições da legislação especial ambiental, como, por exemplo, a Lei 4.771/95, que institui o Código Florestal, e a Lei 6.902/81, que dispõe sobre a criação de estações ecológicas e áreas de proteção ambiental, criando deveres ao proprietário, a disposição do art. 1.228, § 1º, do Novo Código Civil estabelece que a propriedade deve ser exercida conforme suas finalidades econômicas e sociais e de maneira tal que sejam preservados, segundo a lei, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como seja evitada a poluição do ar e das águas. Apesar desta já realizada ponderação, os casos de colisões de direitos fundamentais são correntes na jurisprudência.

Uma decisão significativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendeu que a limitação administrativa decorrente da criação da reserva florestal na Serra do Mar afeta

⁸⁵ A respeito da integridade do ambiente como um bem coletivo, ver ALEXY, Robert. Individuelle Rechte und Kollektive Güter. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 239;

o conteúdo econômico de propriedade particular, ensejando ao proprietário direito à indenização. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a disposição do art. 225, § 4º, da Constituição Federal deveria ser interpretada de modo “harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental”, especialmente com a disposição do art. 5º, XXII, da Constituição Federal, que “garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal”⁸⁶.

Um caso semelhante foi examinado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão quando o Tribunal Federal lhe apresentou, conforme a disposição do art. 100, al. 1ª, da Lei Fundamental⁸⁷, a questão constitucional sobre a compatibilidade de disposições da nova Lei de Gestão de Águas (*Wasserhaushaltsgesetz*), que condicionava o uso economicamente significativo de água subterrânea à concessão estatal, em face do direito fundamental à propriedade da disposição do art. 14, al. 1ª, fr. 2ª, da Lei Fundamental. Cuidava-se de alguém que explorava a extração de saibro, em área própria, onde havia lençóis freáticos, em conformidade com a Lei Prussiana de Águas de 1913. Em razão da nova Lei de Gestão de Águas de 1976, o pedido de autorização para prosseguimento da exploração foi negado pela autoridade administrativa. O prejudicado deduziu pretensão indenizatória e o Tribunal Federal submeteu ao Tribunal Constitucional Federal a questão da compatibilidade com a Lei Fundamental o fato de a Lei de Gestão de Águas não conceder o direito à indenização por causa da denegação da permissão do uso de água. O Tribunal Constitucional Federal decidiu no sentido da compatibilidade da Lei de Gestão de Águas com a Lei Fundamental quando, para salvaguardar uma exploração funcional da água, especialmente em atendimento ao público, submete os lençóis freáticos a um regime de Direito público separada da propriedade imóvel⁸⁸.

Um julgamento paradigmático do Supremo Tribunal Federal, no qual se colocou a colisão entre o direito fundamental de propriedade e a proteção do ambiente como bem coletivo, deu-se no exame de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade proposta em face de alteração de disposições do Código Florestal que autorizavam a

ALEXY, Robert. Direitos individuais e bens coletivos. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 181.

⁸⁶ Cf. STF, REExt. 134297, 1. T, j. 13/06/1995, DJ 22/09/1995.

⁸⁷ A disposição do art. 101, al. 1ª, da Lei Fundamental, estabelece que quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, deverá suspender o processo e requerer a decisão do tribunal de um Estado-membro, se se tratar da violação da Constituição de um Estado-membro, ou do Tribunal Constitucional Federal, se se tratar de violação da Lei Fundamental.

⁸⁸ Cf. BVerfGE 58, 300; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 755-760.

supressão de vegetação de preservação permanente. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção do ambiente, de tal sorte que a integridade ambiental não pode restar comprometida por interesses empresariais e motivações de índole meramente econômicas, principalmente porque a atividade econômica está subordinada, entre outros princípios gerais, à defesa do ambiente em todas as suas dimensões – natural, cultural, artificial e laboral. Acrescentou, ainda, que o princípio do desenvolvimento sustentável busca encontrar o “justo equilíbrio” entre as exigências da economia e da ecologia, estando afastado, de qualquer modo, o esvaziamento do “conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente”. O Supremo Tribunal Federal decidiu que normalização infraconstitucional atacada representava “expressivo avanço na tutela das áreas de preservação permanente”, pois estabelecia mecanismos para real controle do Estado de sorte a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental⁸⁹.

Outro precedente da jurisprudência do Supremo Tribunal, no qual se colocou um caso de colisão entre a proteção da saúde e da integridade ambiental e o livre exercício da atividade econômica, foi o relativo à autorização e licença para importação de pneumáticos usados para a indústria de pneus remoldados, recauchutagem e vulcanização de pneumáticos. A decisão do Supremo Tribunal Federal destacou a necessidade de que o exercício da atividade empresarial, tendo o lucro como legítima finalidade amparada pelo ordenamento jurídico, deve ser ponderada com as exigências da proteção da saúde e do meio ambiente, especialmente quando os interesses não se circunscrevem a um determinado setor da economia, apresentam uma dimensão global da gestão e tratamentos dos pneumáticos usados. Aludindo às consequências indesejáveis que da autorização e licença para importação dos pneumáticos usados resultaria para a saúde e o ambiente, a decisão destacou a existência de programas estatais de reaproveitamento sustentável dos pneumáticos usados já aqui produzidos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu o caso de colisão de direitos fundamentais a favor da proteção da saúde e do meio ambiente⁹⁰.

Outro caso é o da restrição à liberdade de iniciativa de uma atividade econômica e de trabalho, consistente na imposição da obrigação de que as indústrias de produtos de fumo colocassem nas respectivas embalagens advertências e informações a respeito das consequências e dos riscos à saúde do uso dos cigarros e congêneres. Essa questão foi examinada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no recurso constitucional apresentado

⁸⁹ Cf. STF, ADIn-MC 3540, TP, j. 01/09/2005, DJ 03/02/2006.

⁹⁰ Cf. STF, Ag. Reg. 1186, TP, J. 12/12/2007, DJ 29/02/2008.

pelos fabricantes de cigarros contra a constitucionalidade do § 3º, al. 1ª, fr. 1ª e fr. 2ª, do Decreto sobre a caracterização de produtos tabagísticos e sobre quantidades máximas de nicotina na fumaça de cigarros (*Verordnung über die Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen und über Höchstmengen von Teer im Zigarettenrauch*), que obrigava à inserção de avisos sobre os malefícios à saúde provocados pelos produtos de tabaco. O Tribunal Constitucional Federal não reconheceu intervenção nos direitos fundamentais da liberdade de expressão do pensamento, entendendo que “no momento em que os produtores de mercadorias tabagísticas são obrigados a transmitir nas embalagens avisos estatais, o Estado se vale destas embalagens, sem com isso atingir de resto a publicidade do produto”. Não seria o caso, por exemplo, se os fabricantes fossem obrigados a transmitir a opinião do Estado como se sua fosse, quando restaria atingida a liberdade de expressão do pensamento. O Tribunal Constitucional Federal entendeu que a obrigatoriedade de veiculação dos avisos nas embalagens de cigarros intervém na área de proteção do direito fundamental de liberdade do exercício profissional da disposição do art. 12, al. 1ª, da Lei Fundamental. Contudo, entendeu justificada essa intervenção em favor do bem comum e em consonância com o princípio da proporcionalidade⁹¹.

Uma colisão entre o direito fundamental da liberdade de manifestação cultural, resultante da combinação das disposições dos arts. 5º, IV, e 215, da Constituição Federal, e a proteção do ambiente da disposição do art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, colocou-se no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ação civil pública que visava proibir a tradicional prática cultural da Farra do Boi no Estado de Santa Catarina. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o dever de o Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão de manifestações, não dispensa a observância da norma da disposição do art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, que proíbe a prática de crueldade contra animais. A violência e a crueldade praticada contra os animais na tradicional manifestação cultural da farra do boi não encontram justificação constitucional⁹².

A questão que deve ser examinada é a de como são resolvidos os casos de colisões de direitos fundamentais. A resposta somente pode ser dada por uma teoria dos princípios, assumindo-se que os direitos fundamentais são princípios. Uma colisão de direitos fundamentais se resolve como uma questão de ponderação, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

⁹¹ Cf. BVerfGE 95, 173; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 649-655.

⁹² Cf. STF, REExt. 153531, 2. T, j. 03/06/1997, DJ 13/03/1998.

É a partir disso que fica colocada a discussão sobre a ponderação e racionalidade da decisão judicial que enfrenta um caso de colisão de direitos fundamentais com base no princípio da proporcionalidade e na ponderação. Fica aberta, portanto, a discussão a respeito da justificação das decisões judiciais. Uma das mais importantes críticas a esse modelo é que a aplicação do princípio da proporcionalidade não pode ser justificada racionalmente. A decisão judicial é ato puramente arbitrário e subjetivo, não sendo passível de justificação racional. Outra objeção, tão importante quanto, é que os direitos fundamentais perdem a condição de primazia rigorosa na medida em que são identificados como princípios e, então, podem ser ponderados. Além disso, uma ilegítima expansão material constitucional configura uma constitucionalização do ordenamento jurídico todo de tal modo a reduzir o espaço de conformação do legislador democraticamente legitimado e incrementar indevidamente o ativismo da função jurisdicional.

Essas objeções podem ser superadas.

O decisivo para a racionalidade da ponderação é como os direitos fundamentais em colisão são ponderados, colocando-se no centro a justificação da decisão judicial e, assim, a argumentação jurídica, entendida como um empreendimento guiado pelas regras. Como a argumentação jurídica descansa sobre a argumentação prática geral, as suas regras devem ser bem conhecidas. Os pressupostos da teoria do discurso e da argumentação prática geral estão na filosofia da linguagem, assentada nos jogos da linguagem e na teoria dos atos de fala. As exigências, as condições e as regras para o sucesso dos atos de fala configuram o ponto de partida para as condições de validade da pragmática universal. Sob as bases da racionalidade comunicativa, a justificação das proposições normativas é alcançada pelo princípio ético-discursivo e princípio da universalização. O próximo passo é dado com as regras teoria do discurso prático geral, que configura o fundamento da teoria do discurso jurídico e da argumentação jurídica. Uma ponderação racional somente será alcançada sob as bases de uma argumentação racional.

II – A LINGUAGEM, A TEORIA DO DISCURSO E AS REGRAS DA ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA

1. A LINGUAGEM COMO ATIVIDADE GUIADA POR REGRAS

Os casos de colisões de direitos fundamentais não se deixam resolver juridicamente sem valorações. Mesmo uma decisão judicial qualquer é um juízo de valor, pois pressupõe que a proposição normativa particular dada pelo juiz no caso decidido é melhor de que todas as outras possíveis. Então, se decisões judiciais não podem ser tomadas sem valorações, a questão que se coloca é como elas podem ser justificadas, pois decisões subjetivas e irracionais não podem ser admitidas no Estado de Direito democrático. Uma decisão judicial é uma decisão sobre algo que deve ser feito ou que deve ser omitido, implicando, pelo menos, uma ordem, uma proibição ou uma permissão. Cuida-se de uma questão prática, pois o juiz decide a respeito do que deve ser feito ou do que não deve ser feito. Igualmente, trata-se de uma questão prática porque a decisão judicial pode ser designada como boa ou não. Com isso, está colocada a coincidência entre as questões jurídicas e as questões práticas. Contudo, o ponto de contato decisivo é que tanto as proposições jurídicas como as outras proposições normativas colocam uma pretensão de correção. Tanto a proposição normativa do juiz “A deve pagar alimentos para B” como a proposição normativa da mãe, que diz para o filho “você deve cumprir suas promessas”, colocam a pretensão de correção. O juiz e a mãe expressam proposições normativas que julgam corretas. A diferença está em que a proposição do juiz deve sua correção ao Direito – e também à Moral – e a proposição da mãe tem sua correção verificada pela Moral. Igualmente, para ambos, coloca-se a questão de como elas podem ser justificadas.

Segundo Alexy, a forma mais simples de um discurso prático entre duas pessoas é a discussão sobre se algo deve ser feito ou não deve ser feito ou se algo é bom. Há duas possibilidades para que essas pessoas cheguem a um acordo. A primeira é aquela em que uma demonstra, justifica ou fundamenta para a outra que a sua afirmação é verdadeira. Nesse caso, trata-se de justificação de uma convicção moral ou das razões de validade de um juízo moral. A segunda possibilidade é conseguir o acordo de outra maneira, utilizando-se dos métodos de persuasão, de influência psíquica ou de propaganda. Nesse caso, na melhor das hipóteses, trata-se de uma explicação psicológica⁹³.

⁹³ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 54.

No âmbito das discussões das teorias metaéticas – dedicadas a discutir as questões morais não sob o ponto de vista moral substancial, mas sobre a possibilidade de argumentação racional de questões morais⁹⁴ – as teorias naturalistas e intuicionistas buscam tratar da justificação das proposições normativas.

Segundo o naturalismo, as proposições normativas são justificadas da mesma forma que as proposições descritivas. Assim, os procedimentos de comprovação das proposições descritivas servem para dar conta da justificação das proposições normativas. Na taxonomia de Hare, que divide as teorias éticas entre descritivismo e não descritivismo, o naturalismo é um tipo de descritivismo, pois sustenta que o significado de uma proposição moral é inteiramente determinado por suas condições de verdade, isto é, pelas condições sob quais seria correto dizer que ela é verdadeira. Conforme esse entendimento, o significado das proposições morais é obtido do mesmo modo que o significado das proposições de fatos ordinárias⁹⁵. Assim, cada proposição normativa seria uma proposição descritiva, podendo ser comprovada pelo mesmo procedimento de comprovação das ciências naturais e das ciências sociais de caráter empírico. Nesse caso, a ética seria a tradução das expressões normativas em descritivas.

Essa concepção deve ser rejeitada, pois não dá conta da justificação das proposições normativas. Segundo Alexy, o significado das expressões normativas (*normativen Ausdrücke*) não coincide integralmente com o das expressões descritivas (*descriptiven Ausdrücke*). As expressões sobre o bom e o devido não podem ser definidas mediante expressões empíricas e o discurso moral não pode ser reduzido ao discurso empírico⁹⁶. As condições de verdade das proposições morais dependem da correta aplicação de predicados morais como certo, errado e ruim para as ações ou pessoas, conforme o uso linguístico de falantes nativos da língua mesma⁹⁷. O problema das teorias naturalistas é desprezar o elemento prescritivo das proposições morais – a intenção de uma proposição normativa é fazer com que o seu destinatário atue conforme o que está por ela determinado – e buscar derivá-lo de proposições descritivas⁹⁸. Para afastar as pretensões naturalistas, Hare propõe que alguém, que alegue poder deduzir um juízo moral ou avaliatório a partir de proposições descritivas, baseando-se em alguma definição no sentido de que *V* – uma palavra de valor – significa o mesmo que *C* –

⁹⁴ Cf. HARE, R. M. *Sorting out Ethics...*, p. 44-45.

⁹⁵ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 48-49. Segundo Hare, um descritivista pensa que o único determinante adicional de significado para as proposições morais são suas condições de verdade e o não descritivista acha que as proposições morais, embora tenham condições de verdade, não dependem inteiramente dessas condições de verdade para seu significado (Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 54).

⁹⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 58.

⁹⁷ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 66.

uma proposição descritiva. Esse alguém deve se assegurar que *C* não contém nenhuma expressão avaliatória. Praticamente todas as definições naturalistas desmoronam nesse teste. Isso por que, para ser genuinamente naturalista (*genuinely naturalistic*), a definição não deve conter nenhuma expressão cuja aplicabilidade não tenha um critério definido que não envolva a formação de um juízo de valor (*making of a value-judgement*)⁹⁹.

O intuicionismo sustenta que as proposições sobre o bom e o devido não são observáveis empiricamente, mas sim propriedades não naturais que não podem ser apreendidas pela observação empírica e tampouco por intermédio de processo racional de análise e demonstração. O bom é indefinível e os deveres são impostos como algo evidente em si. Assim, os juízos morais são intuitivos e auto-evidentes¹⁰⁰. Diferentemente do naturalismo, segundo o qual as condições de verdade das proposições morais, que determinam o seu significado, precisam apresentar propriedades não morais por partes das ações ou das pessoas – portanto, propriedades moralmente neutras – o intuicionismo afirma que as condições de verdade consistem na posse de propriedades especificamente morais¹⁰¹. Contudo, o reconhecimento do bom e do devido somente pode ser alcançado pela faculdade da intuição moral (*faculty of moral intuition*)¹⁰². Se assim é, a justificação das proposições normativas é alcançada por intermédio de um sexto sentido ou de uma capacidade intelectual apriorística, não havendo espaço para qualquer argumento, de tal sorte a se poder dizer “é falso, porque é falso, e não há outra razão” (*it is untrue, because it is untrue, and there is no other reason*). Como observa Moore, “declaro falso, porque essa falsidade é evidente para mim, e considero que isso é uma razão suficiente para minha asserção” (*I declare it untrue, because its untruth is evident to me, and I hold that is a sufficient reason for my assertion*)¹⁰³.

O problema do intuicionismo é conduzir ao subjetivismo e ao relativismo. As intuições dependem de como as pessoas são educadas e, portanto, elas são relativas a culturas. Diferentes pessoas vivem intuições diferentes. Na verdade, o intuicionismo é um tipo de subjetivismo, não devendo surpreender o fato de que o intuicionismo leva ao relativismo¹⁰⁴. Quando se trata de uma proposição moral, o subjetivismo é um fato psicológico de que o falante aprova ou reprovava algum ato de uma pessoa. Se *A* diz que o mentir é errado e *B* diz que é certo, de acordo com o subjetivismo, *A* está fazendo uma proposição psicológica sobre

⁹⁸ Cf. HARE, *The Language of Morals...*, p. 82.

⁹⁹ Cf. HARE, *The Language of Morals...*, p. 92.

¹⁰⁰ Cf. VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Trad. João Dell’Anna. 29. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 246.

¹⁰¹ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 83.

¹⁰² Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 85.

¹⁰³ Cf. MOORE, G. E. *Principia Ethica*. New York: Dover Publications, Inc., 2004, p. 144.

seu próprio estado ou atitude mental e *B* está fazendo uma proposição psicológica sobre o seu próprio estado ou atitude mental. Segundo Hare, essas proposições são consistentes entre si, mas as proposições originais de que o ato é errado e de que o ato não é errado não são consistentes. Portanto, o subjetivista está enganado a respeito do que as proposições significam¹⁰⁵. Estabelecer condições de verdade das proposições a partir de uma faculdade de intuição moral leva a resultados diferentes, conforme as intuições de cada um que as examina. Se as intuições entram em conflito, os valores de verdade irão variar e não se poderá obter uma resposta consistente sobre proposições particulares porque elas dependerão de quem responder. Portanto, com o intuicionismo, os juízos de valor e as proposições normativas não podem ser justificadas racional e objetivamente.

Outra via para dar conta da justificação das proposições normativas é o emotivismo, segundo o qual nos juízos morais ou nas proposições normativas nada se afirma sobre fatos, propriedades ou qualidades, mas se expressa uma “atitude emocional subjetiva (Ayer)” ou se pretende “influir uma atitude emocional” ou provocar “determinado efeito emotivo (Stevenson)”¹⁰⁶. Assim, os juízos morais, para além da função expressiva, desempenham uma função de provocar certas emoções ou de produzir efeitos emocionais nas pessoas. Segundo Stevenson, o essencial dos juízos morais não é se referir a fatos, mas influenciar pessoas. As expressões morais são instrumentos de influência psíquica. Quando “*A* diz que *x* é errado”, isso significa que “*A* desaprova *x*” e assim que “você também deve desaprovar *x*”. Quando “*A* diz que *B* deve fazer *x*”, isso significa que “*A* desaprova se *B* não fizer *x*” e assim que “você também deve desaprovar se *B* não fizer *x*”. Por fim, quando “*A* diz que *x* é bom”, isso significa que “*A* aprova *x*” e assim que “você também deve aprovar *x*”. Desse modo, os juízos morais apresentam um significado descritivo e um significativo emotivo¹⁰⁷.

Em relação à justificação dos juízos morais, Stevenson formula uma teoria da argumentação moral sustentando que não existe nenhuma relação lógica, mas psicológica, entre as razões aduzidas a favor ou contra uma proposição normativa e a própria proposição normativa. Assim, a lógica está excluída da argumentação moral. Uma justificação racional somente é possível se fatos podem ser apresentados como razões. Diz-se persuasiva ou não racional a justificação na qual as razões apresentadas são outros meios que não fatos. Assim, por exemplo, quando o falante emprega expressões emotivas ou metáforas para influenciar o

¹⁰⁴ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 90.

¹⁰⁵ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 91.

¹⁰⁶ Cf. VÁZQUEZ, *Ética...*, p. 242-243; AYER, Alfred Jules. *Language, Truth and Logic*. New York: Dover Publications, Inc., 1952; STEVENSON, Charles. *Ethics and Language*. New Haven: Yale University Press 1960, 1944.

ouvinte. Ainda que reconheça que o elemento persuasivo está unido ao racional na grande maioria das argumentações morais, Stevenson nega que a passagem das razões às proposições normativas seja passível de validade, pois o uso do válido somente é adequado quando o resultado da justificação é passível de verdade¹⁰⁸.

O emotivismo acerta quando distingue os elementos expressivo e prescritivo dos juízos, pois não se pode negar que o juízo moral expressa a atitude do sujeito que atribui a certo ato humano uma propriedade que considera valiosa. O problema é que a avaliação não é exclusiva de um único sujeito particular, mas do homem enquanto ser social, conforme as necessidades e finalidades em uma determinada sociedade. O mesmo se pode dizer em relação a um juízo moral normativo. Não se trata de uma ordem arbitrária ou puramente subjetiva, mas de uma proposição normativa cujo cumprimento corresponde a determinadas necessidades como, por exemplo, regular as ações das pessoas de um determinado modo, conforme objetivos estabelecidos em uma comunidade. Assim, os juízos morais normativos não podem ser reduzidos a simples expressão de uma atitude emocional ou efeito emotivo que podem produzir nos outros¹⁰⁹. O resultado do emotivismo é o irracionalismo e o relativismo. Se não são as razões que fazem um juízo moral normativo válido, importando apenas as atitudes emotivas, o resultado é o irracionalismo. Segundo Hare, Stevenson mergulhou de cabeça no irracionalismo (*plunged headlong into irrationalism*), pois confundiu atos ilocutórios com atos perlocutórios ao se referir à pragmática, terceiro elemento da tríade sintática, semântica e pragmática. O problema se coloca quando se afirma que o significado dos imperativos é constituído por sua pragmática. O significado pode ser ilocutório e, assim, delimitado pelas regras da lógica, embora não seja governado por condições de verdade. O erro está em pensar que, uma vez que as proposições morais não têm seu significado determinado totalmente por suas condições de verdade, não pode haver argumentação moral racional¹¹⁰. Na verdade, o emotivismo faz desaparecer o problema da validade dos juízos morais normativos, pois se o juízo *a* expressa uma atitude emocional e o juízo *b* expressa outra, ambos são válidos. Assim, todos os juízos morais normativos podem ser válidos ou justificados, caindo-se no relativismo¹¹¹.

¹⁰⁷ Cf. STEVENSON, Charles. *Ethics and Language...*, p. 21-22.

¹⁰⁸ Cf. STEVENSON, *Ethics and Language...*, p. 33 e 113-114; ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation...*, p. 64.

¹⁰⁹ Cf. VÁZQUEZ, *Ética...*, p. 244.

¹¹⁰ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 113.

¹¹¹ Cf. VÁZQUEZ, *Ética...*, p. 245.

Segundo Alexy, o decisivo para a teoria emotivista de Stevenson foi desconhecer o caráter do discurso moral como uma atividade guiada por regras (*regelgeleiteten Tägkeit*)¹¹².

A justificação do discurso moral como uma atividade da linguística guiada por regras encontra suporte nos fundamentos da filosofia da linguagem de Wittgenstein, de Austin e de Searle, sobrevivendo daí o desenvolvendo das mais importantes teorias metaéticas destinadas à justificação dos juízos morais e das proposições normativas. Da filosofia do segundo Wittgenstein, importa recolher os conceitos de jogos de linguagem e de regras; de Austin e de Searle, interessa o conceito de atos de fala.

1.1 OS JOGOS DE LINGUAGEM

As palavras da linguagem denominam objetos e as proposições são o resultado das relações articuladas entre esses nomes. Toda a palavra tem um significado e este é atribuído à palavra. O significado é o objeto que a palavra designa¹¹³. Assim, a linguagem é compreendida como a representação do mundo. Uma proposição, quando verdadeira, mostra como as coisas são (*wie es sich verhält*) e diz que elas são assim. Isso somente é possível pelos jogos da linguagem (*Sprachspielen*) que fazem parte de uma determinada forma de vida (*Lebensform*). Somente no contexto de um determinado jogo de linguagem e de uma determinada forma de vida é que o significado das palavras pode ser apreendido. Esse significado, contudo, depende do uso da palavra no jogo de linguagem e no contexto de uma determinada forma de vida.

Os jogos de linguagem representam o uso da linguagem. Na linguagem utilizada para o entendimento entre o pedreiro *A* e o ajudante *B*, um jogo de linguagem pode ser descrito assim: na obra, há blocos, colunas, vigas e lajes, sendo que *B* deve repassar para *A* o material na ordem e sequência adequadas. Assim, para o entendimento de que as coisas possam ocorrer dessa forma, eles utilizam uma linguagem constituída das palavras “blocos”, “colunas”, “vigas”, “lajes”. Quando *A* grita uma das palavras, *B* traz aquela que apreendeu a trazer ao ouvir esse grito¹¹⁴. Quando uma criança aprende a falar, ela emprega a forma primitiva da linguagem. Não se trata de uma explicação da linguagem, mas de treinamento para o uso da linguagem. As crianças são educadas para usar as palavras e reagir de uma maneira ou de outra quando as palavras são usadas por outras pessoas. No aprendizado, o

¹¹² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, p. 68.

¹¹³ Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas...*, p. 15, § 1º.

¹¹⁴ Cf. WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas...*, p. 16, § 2.

educador chama a atenção da criança, apontando para determinado objeto e designando-o por um nome – “laje”¹¹⁵. Na prática do uso da linguagem, quando uma pessoa grita uma palavra para outra, esta age de acordo com a palavra gritada. Na instrução, o aluno é quem dá o nome aos objetos, pois ele diz a palavra quando o educador aponta para a pedra. O processo é fácil, pois o aluno repete a palavra que o educador pronuncia. Esses dois processos linguísticos – denominação de pedras e repetição de palavras – podem ser chamados de jogos da linguagem, que devem ser entendidos como a “totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada”¹¹⁶. Daí, então, a íntima relação entre a fala e as ações, pois há uma multiplicidade de coisas que são realizadas com a linguagem¹¹⁷. Portanto, os jogos de linguagem representam o uso e o funcionamento da linguagem. Um jogo da linguagem se dá quando, por exemplo: *A* ordena *B* “fechar a porta” e *B* fecha a porta, conforme o ordenado; *A* descreve um achado arqueológico; *A* narra uma colisão de carros; *A* conta uma história; *A* traduz um livro¹¹⁸.

O jogo de linguagem pode ser comparado ao jogo de xadrez, onde cada peça do jogo somente encontra significação a partir da soma dos lances a que se presta o jogo como um todo. O jogo de linguagem e o jogo de xadrez são atividades guiadas por regras. Os jogos são criações livres da vontade, mas são governados por regras. Elas são arbitrárias, mas alterá-las implica mudar o jogo. Quem quer jogar precisa saber jogar o jogo e, por isso, saber jogar pressupõe capacidade para apreender a técnica do jogo. O que faz diversas atividades serem jogos é uma “complicada rede de semelhanças que se sobrepõem umas as outras e se entrecruzam”¹¹⁹. As atividades chamadas de jogos de xadrez, jogos de tênis, jogos de futebol têm algo em comum, apresentando semelhanças, em maior ou menor escala. Os jogos pertencem à família dos jogos, pois apresentam traços importantes de semelhanças. Da mesma forma, os jogos das cores ou os jogos dos números. Cada grupo de jogos é configurado a partir das semelhanças de família (*Familienähnlichkeiten*)¹²⁰. Com isso, estão colocadas as coisas para compreensão do conceito de forma de vida. Participar de um jogo de linguagem pressupõe fazer parte de uma determinada forma de vida social ou cultural com suas regras e convicções fundamentais.

¹¹⁵ Cf. WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas...*, p. 17, § 6.

¹¹⁶ Cf. WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas...*, p. 18-19, § 7.

¹¹⁷ Cf. MEDINA, José. *Linguagem*. Trad. Fernando José R. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 20.

¹¹⁸ Cf. WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas...*, p. 27, § 23.

¹¹⁹ Cf. WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas...*, p. 52, § 66.

¹²⁰ Cf. WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas...*, p. 52, § 67.

A importância do conceito de jogo de linguagem está em remeter ao conceito de regra¹²¹. É na linguagem que tudo está regulado. A harmonia entre a linguagem e a realidade é estabelecida pelas regras da gramática, que a realidade se deve submeter para que sejam possíveis proposições sobre a realidade mesma¹²². A regra da sinalização de trânsito “pare” não é nada se não for lida e observada. É somente no uso que a sinalização de trânsito “pare” exprime uma regra. Esse uso, contudo, não está inscrito na sinalização. É a utilização da regra como guia que preenche o espaço entre a regra e sua aplicação. As pessoas somente seguem a orientação de uma placa de sinalização quando houver um uso continuado ou um costume¹²³. Por isso, não é possível que um homem possa seguir uma regra uma única vez, assim como não é possível que uma comunicação tenha sido feita uma única vez ou que uma ordem tenha sido dada ou entendida uma única vez. Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem ou jogar uma partida de xadrez pressupõe hábitos. Daí, “compreender uma frase significa compreender uma língua” e “compreender uma língua significa dominar uma técnica”¹²⁴.

Com isso, a obra tardia de Wittgenstein representa a transição da filosofia linguístico-analítica do atomismo lógico em direção ao princípio do convencionalismo. É o uso (*Gebrauch*) dos signos pelas pessoas que decide sobre o seu sentido. Não apenas o *significado* dos signos se torna a regra de sua aplicação, mas também o sentido das regras parece depender das *convenções* quanto a sua aplicação. Segundo Apel, para evitar que isso conduza a um decisionismo arbitrário irracional (*irrationalen Willkürdezisionismus*) se deve recorrer exatamente à ideia de que um único indivíduo não pode seguir uma regra uma única vez¹²⁵. Se isso fosse possível, não mais poderia ser respondida a pergunta sobre os critérios de sentido ou sobre a validade dos atos de fala. Ora, as ações, interpretações e uso da linguagem devem estar entrelaçados como partes elementares de uma forma social de vida. Na medida em que não há nenhuma garantia metafísica subjetiva ou objetiva para o sentido dos signos e validação das regras, o jogo de linguagem ganha o status transcendental, como horizonte de todos os critérios de sentido e validez. Por isso, os seres humanos, como essencialmente linguísticos, estão condenados a se entenderem uns com os outros quanto aos critérios de sentido e validação para as ações e cognições¹²⁶.

¹²¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, p. 73.

¹²² Cf. CHAUVIRÉ, Christiane. *Wittgenstein*. Trad. Maria Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 1991, p. 95.

¹²³ Cf. WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas...*, p. 112, § 198.

¹²⁴ Cf. WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas...*, p. 113, § 199.

¹²⁵ Cf. APEL, Karl-Otto. *Transformation der Philosophie. Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft*. Band 2. 6. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, S. 246-247.

¹²⁶ Cf. APEL, *Transformation der Philosophie...*, S. 279.

Segundo Alexy, a relevância dos conceitos de jogos da linguagem, regras e formas de vida, para o discurso prático racional, está na formulação, em primeiro lugar, de que o uso descritivo e explicativo da linguagem é apenas um de muitos outros possíveis e, por isso, não pode ser considerado como o uso essencial único da linguagem. Com isso, deve ser rejeitado o naturalismo que pretende exatamente a identificação das proposições normativas às proposições descritivas. Não existe nenhum motivo para reduzir a linguagem normativa à linguagem descritiva. Em segundo lugar, destaca-se a formulação de que os jogos da linguagem somente podem ser compreendidos a partir do uso e funcionamento da linguagem, tomando-se em conta comportamentos não verbais e outras circunstâncias fáticas. Por fim, a formulação de que os jogos de linguagem e, portanto, os discursos moral e jurídico, são atividades guiadas por regras¹²⁷.

Sobre isso, adverte Apel que a possibilidade de um acordo quanto aos critérios de correção das situações da vida pressupõe um acordo linguístico *a priori* vinculado por regras que não podem ser fixadas somente por convenções, mas que vêm possibilitar as convenções. Assim, por exemplo, é a norma do respeito a regras do contexto social que implica, entre outras, a norma do discurso verdadeiro. Essas metas-regras (*Metaregeln*) não pertencem a jogos da linguagem específicos ou a determinadas formas de vida, mas sim ao jogo de linguagem transcendental da comunidade ilimitada de comunicação (*transzendental Sprachspiel der unbegrenzten Kommunikationsgemeinschaft*)¹²⁸.

A correção dessa advertência está na necessidade de que os jogos de linguagem sejam justificados. Se existem diferentes formas de vida e representações do mundo e elas não podem ser justificadas, a pretensão de universabilidade do discurso moral deve ser abandonada, não restando senão o relativismo. Todos os discursos seriam relativos às diferentes formas de vida e representações do mundo¹²⁹.

1.2 OS ATOS DE FALA

Aos jogos de linguagem como adequados para dar conta da análise do uso da linguagem pode ser contraposto um sistema conceitual analítico mais sofisticado assentado no conceito de atos de fala formulado por Austin¹³⁰ e Searle¹³¹. O traço comum pode ser

¹²⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 75-76.

¹²⁸ Cf. APEL, *Transformation der Philosophie...*, S. 248.

¹²⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...* S. 76.

¹³⁰ Cf. AUSTIN, J. L. *How to Do Things with Words*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

¹³¹ Cf. SEARLE, John R. *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

remetido a que a tarefa da linguagem não se resume à descrição do mundo e que a atividade linguística é uma atividade guiada por regras. Segundo Searle, falar uma linguagem é participar de uma forma de conduta governada por regras (*rule-governed form of behavior*). Compreender, apreender e dominar uma linguagem pressupõe compreender, apreender e dominar um sistema de regras que faz com que o uso dos elementos da linguagem seja regular e sistemático. É uma reflexão sobre os usos dos elementos da linguagem que permite o conhecimento dos fatos que configuram as caracterizações linguísticas¹³². Praticar atos de fala é fazer enunciados descritivos, formular perguntas, fazer promessas, dar ordens, conselhos, assim como, também, fazer referências ou predicacões, mas isso somente é possível quando eles são realizados conforme determinadas regras sobre os usos de seus próprios elementos linguísticos¹³³.

Se falar é realizar atos conforme as regras, deve ser investigado a respeito de quais são as condições necessárias e suficientes para os diferentes atos de fala e, assim, determinar-se quais são essas regras. Desse modo, em primeiro lugar, coloca-se a questão de quais são os diferentes tipos de atos de fala no uso da linguagem.

Diferente do tradicionalmente sustentado na filosofia, nem todos os atos de fala são empregados para descrever estados de coisas ou fatos, pois existem outros que servem para manifestar interrogações, exclamações, ordens, desejos ou permissões¹³⁴. Essa formulação permite a distinção entre atos de fala constatativos (*constative*) e atos de fala performativos (*performative utterances*). Os atos de fala constatativos são usados para descrever um estado de coisas ou fatos, passíveis de verdade ou falsidade. Quando A diz “o carro é vermelho”, descreve um estado de coisas cuja verdade ou falsidade pode ser verificada empiricamente. Segundo Austin, deve-se preferir a designação de constatativos a descritivos, pois nem todos os atos de fala falsos ou verdadeiros são descritivos. Muitos atos de fala usados para manifestar perplexidade, usualmente, são entendidos como proposições descritivas, mas, na verdade, referem-se às circunstâncias ou ao modo como eles devem ser considerados. Esse é o problema conhecido como a falácia descritivista (*fallacy descriptive*)¹³⁵. Os atos de fala performativos ou as manifestações performativas (*utterances performative*) são atos que nada descrevem e, portanto, não podem ser verdadeiros nem falsos, mas realizam uma ação. Quando A, ao ensejo de uma cerimônia religiosa, diz “sim, aceito”, não está descrevendo um estado de coisas ou um fato, mas está realizando a ação de casar. O mesmo se pode dizer da

¹³² Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 12.

¹³³ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 16.

¹³⁴ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 1.

¹³⁵ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 3.

pessoa que faz uma promessa, uma aposta ou declara aberta uma audiência pública¹³⁶. Por isso mesmo, ao invés de outras – contratual, declaratória, Austin prefere designar o ato de fala como “manifestação performativa” por melhor expressar a realização de uma ação¹³⁷.

O grande mérito daquele que pode ser considerado o fundador da teoria dos atos de fala – muito embora a expressão tenha sido usada antes e depois por Wittgenstein, Searle, Habermas e outros – foi o de destacar que nem todos os atos de fala são da mesma espécie e obedecem às mesmas regras e que, para diferenciá-los uns dos outros é necessária a análise das frases que são usadas para realizá-los. Somente assim é possível verificar quais características de uma frase são peculiares a um determinado tipo de ato de fala e, desse modo, demarcar a sua emissão como uma realização daquele determinado ato de fala¹³⁸.

1.2.1 Os tipos

Na teoria dos atos de fala de Austin é decisiva a formulação de que dizer algo é fazer algo (*to say something may be to do something*). Quando alguém diz alguma coisa, faz alguma coisa (*in saying something we do something*) ou por dizer alguma coisa, alguém faz algo (*by saying something we do something*)¹³⁹. A partir daí, pode ser formulado que em cada ato de fala três atos diferentes podem ser apreendidos: ato locucionário; ato ilocucionário e ato perlocucionário.

O ato locucionário é a expressão de uma proposição com sentido e referência determinados. Quando alguém expressa “aposto”, três aspectos podem ser destacados. Em primeiro lugar, tem-se o som emitido a partir das cordas vocais do falante. Em segundo lugar, tem-se a identificação do som com uma determinada palavra do vocabulário reconhecida na comunidade do falante – “aposto” na linguagem portuguesa e “bet” na língua inglesa. Em terceiro lugar, há o sentido ou a referência da palavra usada. O ato de dizer algo (*saying something*) nessa acepção plena e normal (*full sense*) pode ser designado como ato locucionário¹⁴⁰.

Segundo Austin, realizar um ato de fala locucionário não é outra coisa se não realizar um ato ilocucionário, cuja determinação depende de como está sendo usada a locução. O *como* está sendo utilizada a locução e que determina o sentido ou a referência do ato de fala

¹³⁶ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 5-6.

¹³⁷ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words ...*, p. 7.

¹³⁸ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 7.

¹³⁹ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 91.

¹⁴⁰ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, p. 94

depende do contexto e das circunstâncias da manifestação performativa. O sentido de um ato de fala depende, então, de que maneira a locução está sendo usada. Um mesmo ato de fala pode significar uma advertência, uma sugestão ou uma ordem, conforme a ocasião e o contexto em que seja empregado. Olhar para a força ilocucionária dos atos de fala é cuidar da distinção entre realizar um ato *ao* dizer algo e realizar o ato *de* dizer algo¹⁴¹.

O ato ilocucionário é o ato de realizar um ato *ao* dizer algo (*in saying something*) como, por exemplo, uma advertência, um conselho ou uma ordem. Ao lado de realizar um ato locucionário e, assim, um ato ilocucionário, um ato de fala pode realizar um ato perlocucionário. É que o dizer alguma coisa (*by saying something*) a alguém pode produzir consequências sobre os seus sentimentos, pensamentos e ações. Uma ofensa verbal pode produzir sentimentos de tristeza, frustração, depressão, raiva e até mesmo reação física do ofendido contra o ofensor. Uma manifestação eloquente, recheada de ornamentos retóricos, pode levar um auditório às lágrimas ou ao riso. Assim, os atos de fala podem ser agrupados como atos de fala locucionários, que expressam um sentido e uma referência, configurando um significado, atos de fala ilocucionários, que é aquele cuja expressão diz algo, ou dito de outro modo, possui uma força – convencional – ao dizer algo, como, por exemplo, uma informação, uma ordem, um conselho ou uma advertência, e os atos perlocucionários, que são os atos de fala que produzem uma consequência pelo fato de dizerem algo, como, por exemplo, os atos de convencer, persuadir, dissuadir, entre outros¹⁴².

Essa configuração dos atos de fala – atos locucionários, atos ilocucionários e atos perlocucionários – é acolhida parcialmente em Searle, que propõe que os atos de fala são os atos de emissão, os atos proposicionais e os atos ilocucionários. Os diferentes tipos de atos de fala podem ser verificados a partir do exame de três formulações: *i*) “A fuma habitualmente”; *ii*) “A fuma habitualmente?” *iii*) “A, fuma habitualmente!” Em *i* tem-se a afirmação de que *A* fuma habitualmente; em *ii*, coloca-se a pergunta se *A* fuma habitualmente e em *iii* há uma ordem para que *A* fume habitualmente. Juntamente com esses três diferentes tipos de ato de fala, todos se referem à *A* e todos predicam a expressão “fuma habitualmente”. A partir disso, Searle sustenta que os atos de fala apresentam três gêneros distintos: *i*) atos de emissão, caracterizados pela emissão palavras (*performing utterance acts*); *ii*) atos proposicionais, caracterizados pela realização de referências e predicções (*performing propositional acts*); *iii*) atos ilocucionários, caracterizados pelos verbos enunciar, descrever,

¹⁴¹ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, p. 100.

¹⁴² Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, p. 107. Para um detalhamento mais preciso da distinção entre atos de fala ilocucionários e atos de fala perlocucionários, ver AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 123-132.

perguntar, ordenar, mandar, aconselhar (*performing illocutionary acts*)¹⁴³. A esses três tipos de atos de fala, Searle acrescenta os atos perlocucionários de Austin¹⁴⁴. Por outro lado, rejeita a distinção entre atos locucionários e atos ilocucionários proposta. A noção normal e plena de atos de fala que Austin chama de locucionários, Searle chama de atos ilocucionários¹⁴⁵.

Uma advertência importante é que não se trata de atos isolados e separados uns dos outros, mas algo que os falantes realizam simultaneamente. Assim, ao realizar um ato ilocucionário, o falante realiza também atos proposicionais e atos de emissão. Em algumas situações, um mesmo conjunto de palavras pode ser usado para a configuração de diferentes atos de fala. Os atos de emissão consistem apenas na emissão de uma seqüência ordenada de palavras. Por seu lado, os atos ilocucionários e os atos proposicionais consistem na emissão de uma seqüência ordenada de palavras dentro de frases, em um determinado contexto, conforme determinadas condições e exigências intencionais¹⁴⁶.

As referências não devem ser desprezadas como atos de fala, pois fazem parte do uso da linguagem para identificar, separar ou selecionar um objeto ou uma entidade de outros a respeito do que o falante vai dizer algo, formular alguma pergunta, expressar uma ordem, etc. As referências são usadas para identificar qualquer coisa que possa integrar o gênero “individual” (*individual*) ou “particular” (*particular*) e, em geral, respondem às perguntas “quem?”, “que?” e “qual?” como é o caso dos nomes próprios, das frases nominais que começam com artigo definido, com pronome possessivo ou com um nome, seguidas de um nome singular e pronomes¹⁴⁷. Elas podem ser gramaticalmente divididas assim: *i*) nomes próprios, como Platão, Brasil, João, etc; *ii*) frases nominais singulares; *iii*) pronomes, como este, isto, eu, tu, ela; *iv*) títulos, como ministro, comendador, duque, etc¹⁴⁸.

Uma observação que deve ser levada a sério é que nem toda a expressão referencial em um discurso configura uma referência. Nas frases “Sócrates é filósofo” e “Sócrates tem oito letras” somente a primeira configura um caso de uso normal de uma expressão para referir uma pessoa em particular. Na segunda frase não há referência ao filósofo Sócrates, mas à palavra Sócrates. Um nome próprio somente pode ser assim considerado se existe uma diferença genuína (*genuine difference*) entre o nome e a coisa nominada¹⁴⁹. O que isso

¹⁴³ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 24.

¹⁴⁴ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 25.

¹⁴⁵ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 23.

¹⁴⁶ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 25.

¹⁴⁷ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 27-28.

¹⁴⁸ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 81.

¹⁴⁹ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 74-75.

significa é que se deve fazer a distinção entre o uso e a menção de uma determinada expressão. Somente o primeiro caso configura uma referência e, portanto, um ato de fala.

A predicação também deve ser entendida como um ato de fala em um sentido não diferente da referência e dos atos ilocucionários. Segundo Searle, em “deves ir”; “vás”; “vais?” e “sugiro que vás” se predica a um sujeito uma variedade de atos ilocucionários diferentes. É interessante observar que a força ilocucionária atua sobre o predicado de maneira tal que determina o modo em que se relaciona com o objeto referido mediante o termo referencial. Se a sentença é interrogativa, seu caráter interrogativo determina que a força da sentença consiste em perguntar se o predicado é verdadeiro do objeto referido pelo sujeito; se a sentença é imperativa, a força ilocucionária imperativa determina que o objeto referido deve executar o ato especificado e assim por diante para outros exemplos¹⁵⁰. Do que se trata, portanto, é daquela parte do ato ilocucionário total que determina o conteúdo aplicado ao objeto a que se refere à expressão sujeito, deixando de lado o modo ilocucionário ao qual esse conteúdo se aplica¹⁵¹.

O que isso significa é que a predicação apresenta um conteúdo e que o modo pelo qual este conteúdo se apresenta é determinado pela força ilocucionária da sentença. Predicar a expressão *P* de um objeto *R* é colocar a questão da verdade da expressão predicativa em relação ao objeto ao qual se faz a referência. Ao se dizer “Sócrates é sábio”, “Sócrates é sábio?”, “Sócrates, sábio!”, o falante coloca a questão da verdade de “sábio” em relação a Sócrates. Por isso a relação entre predicação e verdade é bastante próxima, pois conhecer o significado de um termo e, portanto, de uma expressão predicativa, é conhecer as condições sob as quais se trata de uma expressão verdadeira ou falsa em relação a um determinado objeto. Se *A* afirma uma proposição em relação a um objeto, compromete-se com a existência no mundo de um estado de coisas no qual o predicado é verdadeiro em relação ao objeto. O predicado indica com qual estado de coisas concernente ao objeto se compromete o falante. Isso se deve a correção parcial de que “conhecer o significado de uma proposição é conhecer as condições sob quais ela é verdadeira ou falsa”. Para a correção total dessa formulação devem ser tomados em consideração os diferentes atos ilocucionários nos quais podem aparecer as proposições¹⁵².

¹⁵⁰ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 122.

¹⁵¹ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 123.

¹⁵² Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 124-125.

1.2.2 As regras

Se falar uma linguagem é participar de uma forma de conduta governada por regras e os diferentes atos de fala da linguagem foram dados a conhecer, deve-se investigar a respeito de quais são as condições necessárias e suficientes para os diferentes atos de fala e, assim, quais são essas regras. Existem regras gerais comuns para todo e qualquer ato de fala e regras específicas que colocam exigências para atos de fala específicos.

Uma primeira distinção das regras para os atos de fala é entre regras regulativas e regras constitutivas. As regras regulativas podem ser entendidas como regras meramente regulativas que nada criam ou nada definem quanto a novas formas de conduta, mas se limitam regular as formas de conduta existentes, que, aliás, existem independentemente das regras mesmas. As regras regulativas se restringem a regular uma atividade já existente e consolidada, cuja prática não é logicamente dependente das regras. As regras constitutivas, por outro lado, não se limitam a regular as condutas já existentes, mas criam ou definem novas formas de conduta. As regras do jogo de futebol não se limitam a regular o jogo, mas constituem a própria existência do jogo de futebol. A atividade de jogar futebol é constituída pelo fato de atuar conforme as regras dadas para o jogo de futebol. Cuida-se um tipo de atividade cuja existência depende logicamente das regras dadas¹⁵³.

Em geral, as regras regulativas são dadas nas formas “fazer x ” ou “se y fazer x ”; as regras constitutivas, além dessas formas, apresentam as formas “ x conta como y ” ou “ x conta como y no contexto C ”. Somente as regras constitutivas permitem responder satisfatoriamente a perguntas como “por que uma promessa cria uma obrigação?” ou por que, em um *game* de jogo de tênis, a primeira jogada conta 15, a segunda 30, a terceira 40 e a última *game*, pois, nelas, são decisivas as características de: *i*) “criar novas formas de conduta” e *ii*) “ x conta como y no contexto C ”¹⁵⁴. É intuitivo que as regras constitutivas criam novas formas de conduta. As regras meramente regulativas nada criam. As regras constitutivas criam as condutas praticadas conforme o que por elas está estabelecido. Uma conduta que está de acordo com as regras é qualificada de um modo diferente de uma conduta que não está conforme a regra, o que significa que as condutas são descritas ou especificadas conforme as regras dadas. A característica “ x conta como y no contexto C ” das regras constitutivas é muito importante para a compreensão da linguagem como uma atividade governada por regras. É essa característica que serve para justificar por que uma promessa implica a assunção de uma

¹⁵³ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 33-34.

¹⁵⁴ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 35.

obrigação ou por que, em um *game* de jogo de tênis, a primeira jogada conta 15, a segunda 30, a terceira 40 e a quarta *game*. Não se trata de uma simples questão de convenção, mas de concretização de convenções em regras. Não se pode negar que a linguagem inclui também convenções, mas não se pode pretender reduzir a linguagem às convenções. As linguagens são convencionais de tal sorte que um texto escrito em português segue as convenções da língua portuguesa e escrito em inglês segue as convenções da língua inglesa. Contudo, a linguagem requer regras e não apenas convenções. Que uma promessa conta como a obrigação de cumprir o prometido não é uma questão de convenção da linguagem portuguesa, mas é um assunto de regras. Assim como existem as regras que são subjacentes à contagem dos pontos em uma partida de tênis, existem as regras que governam os atos de fala. Em definitivo, Searle sustenta que a estrutura semântica de uma linguagem é uma realização convencional de um conjunto de regras subjacentes de tal sorte que os atos de fala são realizados conforme esse conjunto de regras constitutivas¹⁵⁵.

A partir disso, então, podem ser colocadas as condições e as regras para os diversos tipos de atos de fala.

Segundo Austin, os atos de fala performativos não podem ser verdadeiros ou falsos, mas bem ou mal sucedidos segundo as circunstâncias apropriadas (*appropriate circumstances*). Não tem sentido investigar se a manifestação “sim, aceito” ou “aposto” é uma proposição verdadeira ou falsa, mas sim se exigências, regras ou circunstâncias foram observadas para que a primeira seja entendida como a realização da ação de casar e a segunda como uma aposta. Uma aposta é uma aposta não simplesmente por que alguém diz “aposto”. Somente antes de realizada uma corrida de cavalos é possível que alguém possa realizar uma aposta, dizendo “aposto”. Depois de realizada a corrida, dizer “aposto” não implica realizar a ação de apostar. A manifestação resulta mal sucedida, fracassada ou infeliz (*unhappy*), pois não configura uma aposta. É isso que Austin chama da doutrina das coisas que podem dar certo ou errado (*doctrine of the things that can be and go wrong*) nos casos de manifestações performativas – doutrina das infelicidades (*doctrine of infelicities*)¹⁵⁶.

Um ato de fala performativo será bem sucedido quando as palavras forem apropriadamente manifestadas em relação às circunstâncias e exigências convencionalmente praticadas. Assim, as seguintes circunstâncias e exigências podem ser colocadas para o sucesso de uma manifestação performativa: *a.i*) um procedimento convencional aceito, que possua um certo efeito convencional, incluindo a expressão de certas palavras por

¹⁵⁵ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 37-38.

¹⁵⁶ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 14.

determinadas pessoas em certas circunstâncias; *a.ii*) as pessoas e as circunstâncias determinadas devem ser apropriadas ao procedimento convencional em questão; *b.i*) o procedimento deve ser executado corretamente por todos os participantes; *b.ii*) o procedimento deve ser executado corretamente por todos os participantes em todos os seus passos; *b.ii'*) nos casos em que, como ocorre normalmente, o procedimento coloca a exigência de que os participantes tenham certos pensamentos ou sentimentos ou o procedimento tem por objetivo comportamento específico de algum participante, aquele que participa deve efetivamente ter os pensamentos ou sentimentos exigidos e os demais participantes devem ter a intenção de se conduzirem adequadamente e, além disso, *b.ii''*) devem atuar assim efetivamente¹⁵⁷.

A violação de uma dessas regras leva ao insucesso da manifestação performativa. No caso da infração às regras *a.i*, *a.ii*, *bi* e *bii* a manifestação performativa não configura a ação. A expressão “sim, aceito” não realiza a ação de casar se proferida uma cena de teatro ou perante alguém que não tem autoridade para legitimamente celebrar casamento. Do mesmo modo, “eu juro” não configura um ato solene de juramento se não proferido em uma sessão pública de um tribunal ou perante uma autoridade administrativa legalmente investida de poder. Cuida-se, nesses casos, de um ato de fala nulo e sem valor (*null and void*), que não produz efeitos. No caso de infração às regras *b.ii'* e *b.ii''*, a manifestação performativa configura a ação, mas se trata de uma realização mal sucedida, como a que ocorre quando alguém diz prometer sem a intenção de fazer e muito menos de cumprir o prometido ou diz apostar sem ter a intenção de apostar¹⁵⁸.

A questão do sucesso ou insucesso das manifestações performativas não se coloca apenas em relação à emissão de palavras, mas também quanto a todos os atos convencionais que possuem o caráter ritual ou cerimonial¹⁵⁹. Igualmente, o sucesso ou o insucesso de uma manifestação performativa, como uma ação, está sujeito aos vícios das ações em geral. Assim, por exemplo, o insucesso de uma manifestação performativa pode resultar de coação externa, acidente, erro, ausência de intenção, etc¹⁶⁰.

Ao examinar o ato de fala ilocucionário de prometer, Searle propõe um sistema de condições e regras para aplicação geral aos atos ilocucionários mais sofisticado. O ponto central é que existem condições necessárias e suficientes para que um ato de fala seja realizado com êxito e de modo não defectivo. Cada condição é uma condição necessária para

¹⁵⁷ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 14-15.

¹⁵⁸ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 40-41

¹⁵⁹ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 18.

¹⁶⁰ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 20.

a realização com êxito e não defectiva do ato de fala e, além disso, o conjunto total das condições configura uma condição suficiente para a realização do ato de fala¹⁶¹. A partir desse conjunto de condições, podem ser apresentadas as regras para a realização dos atos de fala ilocucionários.

Segundo Searle, dado que um falante *S* emite uma sentença *T* na presença de um ouvinte *H*, ao emitir literalmente *T*, o falante *S* promete com sinceridade e não defectivamente *q* para *H* se e somente se dão as seguintes condições: *i*) as condições normais de *input* e *output*, o que significa as condições a partir das quais qualquer gênero de comunicação é possível – *input* se refere à capacidade de compreensão e *output* à capacidade de falar inteligível; o falante e ouvinte sabem falar a linguagem e sabem o que estão fazendo; não há impedimentos físicos e não se trata de uma encenação; *ii*) *S* expressa a proposição de que *p* ao emitir *T* – essa condição isola a proposição dos demais atos de fala, permitindo uma análise sobre as peculiaridades do ato de fala de prometer como ato de fala; *iii*) ao expressar que *p*, *S* predica um ato futuro *A* de *S* – nesta condição, cuida-se do conteúdo proposicional cujo significado é tal que se a expressão é verdadeira do objeto, então é verdadeiro que o objeto realizará um ato futuro *A*¹⁶²; *iv*) *H* prefere que *S* faça *A* a que não faça *A*, e *S* acredita que *H* prefere que ele faça *A* a que não faça *A* – uma promessa pressupõe que a pessoa a quem se prometeu algo deseje o que foi prometido e que aquele que fez a promessa tenha consciência desse desejo; *v*) não é óbvio nem para *S* nem para *H* que *S* fará *A* no curso normal dos acontecimentos – essa condição diz que carece de sentido prometer o que vai ser feito de qualquer modo, independentemente da promessa, ou seja, uma promessa somente faz sentido e não é defectiva se o prometido não é óbvio e não está no curso normal das coisas¹⁶³; *vi*) *S* tem a intenção de fazer *A* – cuida-se da condição de sinceridade (*sincerity condition*) e diz que o falante não somente deve prometer sinceramente como também deve acreditar no cumprimento do prometido; *vii*) *S* pretende, com a emissão de *T*, colocar-se na obrigação de fazer *A* – cuida-se de uma condição essencial (*essential condition*), pois prometer algo implica assumir a obrigação de fazer algo e o falante deve ter essa intenção; *viii*) *S* pretende produzir em *H* o reconhecimento *K* de que a emissão *T* conta como fato de *S* se colocar na obrigação de fazer *A*; *S* pretende produzir *C* por meio do reconhecimento de sua intenção e tem a intenção de que a sua intenção se reconheça por meio do conhecimento que *H* tem do significado de *T* – o que essa condição diz é que o falante tem a intenção de produzir um

¹⁶¹ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 54.

¹⁶² Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 57.

¹⁶³ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 58-59.

efeito ilocucionário fazendo com que o ouvinte reconheça sua intenção de produzir esse efeito e, além disso, tem a intenção de que esse reconhecimento se alcança em razão do fato de que o significado do que emite possa ser associado à produção desse efeito; *ix*) as regras semânticas do falado por *S* e *H* são tais que *T* é emitido correta e sinceramente se e somente se são dadas as condições *i* a *viii* – o que essa condição implica é que o significado de uma proposição é determinado pelo significado dos elementos desta proposição, pois as regras que governam a emissão da proposição mesma estão determinadas pelas regras que governam os seus elementos¹⁶⁴.

A condição de sinceridade é decisiva para os atos de fala ilocucionários e, principalmente, para a promessa. Um falante que não tem a intenção de cumprir o prometido ou não acredita que possa cumprir o prometido faz uma promessa insincera. Um falante ainda faz uma promessa insincera se apenas parece sincero, mas não é. Uma promessa inclui sempre uma intenção, sincera ou insincera. Somente por isso se pode falar em promessa sincera e promessa insincera. Por essa razão, então, a condição de sinceridade deve ser reformulada de tal sorte a incluir que o falante tenha a responsabilidade de ter a intenção de fazer o prometido, além de ter a intenção de fazer a promessa¹⁶⁵.

A partir dessas condições, Searle apresenta as regras semânticas do uso de qualquer indicador de força ilocucionária *Pr* para o ato ilocucionário prometer: *i*) *Pr* somente deve ser emitido no contexto de uma proposição ou parte de um discurso *T*, cuja emissão predica algum ato futuro *A* do falante – cuida-se da regra do conteúdo proposicional e se deriva das condições de conteúdo proposicional *ii* e *iii*; *ii*) *Pr* somente deve ser emitido se o ouvinte *H* prefere que o falante *S* faça *A* a que não faça *A* e o falante *S* acredita que o ouvinte *H* prefere que ele faça *A* a que não faça *A*; *iii*) *Pr* deve ser emitido somente se não é óbvio tanto para o falante *S* como para o ouvinte *H* que *S* não fará *A* no curso normal dos acontecimentos – esta e a regra *ii* podem ser chamadas de regras preparatórias e derivam das condições preparatórias *iv* e *v*; *iv*) *Pr* deve ser emitido somente se o falante *S* tem a intenção de fazer *A* – está é a regra da sinceridade e deriva da condição de sinceridade *vi*; *v*) a emissão de *Pr* conta como a assunção da obrigação de fazer *A* – esta é a regra essencial¹⁶⁶.

As condições e regras do ato de fala ilocucionário de prometer podem ser estendidas para os demais atos de fala ilocucionários. As condições preparatórias para o ato de fala ilocucionário de ordem pressupõem que o falante detenha alguma posição de autoridade em

¹⁶⁴ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 60.

¹⁶⁵ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 61.

¹⁶⁶ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 63.

relação ao ouvinte, a condição de sinceridade coloca que o falante deseja que o ordenado seja realizado pelo ouvinte e a condição essencial pressupõe que o falante tenha a intenção de que a ordem faça com que o ouvinte realize o ordenado. Em relação ao ato de fala de afirmação, as condições preparatórias pressupõem que o falante disponha de alguns elementos para suportar a verdade do afirmado, a condição de sinceridade pressupõe que o falante acredite na verdade do afirmado e a condição essencial coloca o fato de que a afirmação se apresenta como um estado de coisas realmente existente¹⁶⁷.

Daí, então, podem ser retiradas algumas características dos atos ilocucionários. A condição de sinceridade coloca que a realização do ato ilocucionário conta, sempre, com a expressão de um estado psicológico. Ao afirmar “que *x*” conta como uma expressão de acreditar “de que *x*”; ordenar “*x*” conta como uma expressão da intenção de que se faça “*x*”; prometer “de que *x*” conta como uma expressão da intenção de fazer “*x*”. Por isso, somente quando o ato de fala atua como expressão de um estado psicológico é possível a insinceridade. Se a condição de sinceridade diz o que expressa o falante com o ato de fala ilocucionário, a condição preparatória diz o que este implica com a realização do ato. Assim, ao realizar um ato de fala, o falante implica que as condições preparatórias do ato estão satisfeitas de tal sorte que ao prometer o falante implica que o prometido interessa ao ouvinte¹⁶⁸. Outra característica dos atos ilocucionários é que o contexto e a emissão podem, sem a necessidade de se recorrer a dispositivo indicador da força ilocucionária, satisfazer a condição essencial. Uma promessa é tal tanto quando alguém diz “prometo pagar o jantar” como “caso saíres comigo, pagarei o jantar”¹⁶⁹.

As condições necessárias para a realização de uma referência como ato de fala devem ser buscadas nos axiomas da existência, da identidade e da identificação. O axioma da existência diz que qualquer coisa a que se faz referência deve existir – no sentido atemporal de que existiu, existe ou existirá. O axioma da identidade diz que se um predicado é verdadeiro em relação a um objeto, então é verdadeiro em relação a tudo o que seja idêntico a esse objeto, independentemente das expressões usadas para se fazer referência a esse objeto. O axioma da identificação diz que se um falante se refere a um objeto, então ele o identifica ou é capaz de identificá-lo para o ouvinte, caso lhe for exigido, separando o objeto de todos os outros. Segundo Searle, este axioma permite formular o princípio da identificação: uma condição necessária para a realização exitosa de uma referência consiste em que a expressão

¹⁶⁷ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 64.

¹⁶⁸ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 65.

¹⁶⁹ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 68.

deve comunicar ao ouvinte uma descrição verdadeira de um e somente um objeto ou fato; caso a expressão não comunique ao ouvinte, o falante deve ser capaz de substituí-la por outra expressão que o faça¹⁷⁰. O que o princípio da identificação diz é que o ouvinte deve ser capaz de identificar o objeto referido a partir da emissão da expressão por parte do falante. Ou a expressão é identificadora por si só ou o falante deve substituir a expressão por outra quantas vezes forem necessárias até não haja mais dúvida no ouvinte. Identificar pressupõe ausência de dúvidas ou ambigüidades sobre aquilo do que exatamente se está falando.

Daí, então, podem ser apresentadas as condições necessárias para a referência como ato de fala. Antes, contudo, deve-se distinguir entre uma referência completamente consumada (*fully consummated*) e referência com êxito (*successful reference*). Uma referência é completamente consumada quando o falante identifica sem dúvida ou ambigüidade o objeto para o ouvinte, comunicando uma identificação. Por outro lado, uma referência pode ter êxito, no sentido de que não pode imputar ao falante o fracasso no referir, também quando não identifica o objeto para o ouvinte de modo ambíguo, mas pode fazê-lo se isso lhe for exigido. Uma referência com êxito é aquela ainda não completamente consumada, mas que possui potencialidade para tanto caso isso for exigido do falante. As condições necessárias para uma referência completamente consumada são: *i*) deve existir um e somente um objeto ao qual se aplica a emissão da expressão; *i.a*) deve existir pelo menos um objeto ao qual se aplica a emissão da expressão do falante; *i.b*) não deve existir mais que um objeto a que se aplica a emissão da expressão do falante; *ii*) devem ser dados ao ouvinte os meios suficientes para identificar o objeto a partir da emissão da expressão por parte do falante¹⁷¹.

As condições *i* reproduzem uma reformação do axioma da existência. A satisfação de *i.a* é bastante simples, bastando que exista pelo menos um objeto do qual se possa predicar com verdade. Assim, por exemplo, no ato de fala “o homem”, basta que exista um homem para a satisfação da condição. A satisfação da condição *i.b* se dá pelo artigo definido usado para implicar singularidade de modo a indicar que o falante pretende identificar um objeto particular com verdade. O que isso significa é a intenção do falante de se referir a um único objeto. A satisfação da condição *ii* fala do princípio da identificação e se dá se o ouvinte é capaz de identificar o objeto a partir da emissão da expressão pelo falante de modo a eliminar qualquer dúvida ou ambigüidade. Para que isso seja alcançado é necessário que o falante tenha capacidade de proporcionar ao ouvinte uma descrição identificadora e uma tal é aquela por intermédio da qual o falante diz o que efetivamente quis dizer com a referência. Cuida-se,

¹⁷⁰ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 79-80.

¹⁷¹ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 82-83.

aqui, de um caso em que dizer (*saying*) é um dizer (*saying*) que envolve um mostrar (*showing*)¹⁷². O que isso significa é que a condição *ii* está satisfeita se a emissão da expressão do falante contém termos descritivos verdadeiros do objeto, se isso pode ser demonstrado ou se o falante é capaz de proporcionar uma combinação demonstrativa ou descritiva suficiente para identificar o objeto isoladamente em relação a todos os demais. Se ainda não isso, então, o falante deve estar disposto a substituir a expressão por outra se isso lhe for solicitado. Evidentemente, isso pressupõe fatos conhecidos do falante e do ouvinte produzidos em um determinado contexto¹⁷³.

A partir disso podem ser colocadas as regras para o uso de uma expressão referencial. Segundo Searle, dado que *S* emite uma expressão *R* na presença de *H*, em um determinado contexto *C*, então com a emissão literal *R*, *S* realiza com êxito e não de modo defectivo o ato de fala referencial se são cumpridas as seguintes condições: *i*) as condições normais de *input* e *output*; *ii*) a emissão *R* ocorre como parte da emissão de uma sentença *T*; *iii*) a emissão da sentença *T* pretende ou configura a realização de um ato ilocucionário; *iv*) existe um objeto *X* tal que *R* apresenta uma descrição identificadora de *X* ou que *S* seja capaz de completar *R* com uma identificação identificadora de *X*; *v*) *S*, com a emissão *R*, pretende identificar *X* para *H*; *vi*) *S*, com a emissão *R*, pretende identificar *X* para *H* por meio do conhecimento por parte de *H* da intenção de *S* de identificar *X* e pretende que esse reconhecimento seja alcançado por meio do conhecimento de que *H* tem das regras que governam *R* e sua consciência de *C*; *vii*) as regras semânticas que governam *R* são tais que *R* é corretamente emitida em *T* nas circunstâncias *C* se e somente se estão dadas as condições *i* a *vi*¹⁷⁴. As regras semânticas para o uso de qualquer expressão *R* para uma referência são: *i*) *R* somente deve ser emitida no contexto de uma sentença cuja emissão realiza um ato ilocucionário; *ii*) *R* somente pode ser emitida se existe um objeto *X* tal que *R* possa conter uma descrição identificadora de *X* ou *S* seja capaz de complementar *R* com uma descrição identificadora de *X* de tal sorte que *S* possa pretender, ao emitir *R*, identificar *X* para *H*; *iii*) a emissão de *R* conta como identificação ou isolamento de *X* para *H*¹⁷⁵.

As condições e regras para a predicação podem ser formuladas a partir disto. Dado que *S* emite uma expressão *P* na presença de *H*, então com emissão literal de *P*, *S*, com êxito e não de modo defectivo, predica *P* de um objeto *X*, caso cumpridas as seguintes condições: *i*) as condições normais de *input* e *output*; *ii*) a emissão *P* ocorre como parte da emissão de uma

¹⁷² Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 87-88.

¹⁷³ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 92.

¹⁷⁴ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 94-95.

¹⁷⁵ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 96.

sentença *T*; *iii*) a emissão da sentença *T* pretende ou configura a realização de um ato ilocucionário; *iv*) a emissão *T* inclui uma referência com êxito a *X*; *v*) *X* pertence a tipo de categoria tal que é logicamente possível que *P* seja verdadeiro ou falso de *X*; *vi*) *S* pretende, com a emissão de *T*, colocar a questão da verdade ou falsidade de *P* em relação a *X*; *iv*) *S* pretende produzir em *H* o conhecimento de que a emissão *P* coloca a questão da verdade ou falsidade de *P* em relação a *X* por meio do reconhecimento por parte de *H* desta sua intenção; e pretende que este reconhecimento seja alcançado por meio do conhecimento que *H* tem do significado de *P*; *viii*) as regras que governam *P* são tais que esta expressão seja emitida corretamente em *T* se e somente se estão dadas as condições *i* a *vii*. Daí, então, para o uso do predicativo *P*, ou seja, para predicar *P* de um objeto *X*, as seguintes regras: *i*) *P* somente pode ser emitido no contexto de uma sentença ou de um discurso *T* cuja emissão constituir um ato ilocucionário; *ii*) *P* somente pode ser emitido em *T* se a emissão de *T* envolve uma referência com êxito a *X*; *iii*) *P* somente pode ser emitido se *X* pertence a um tipo ou categoria tal que é logicamente possível que *P* seja verdadeiro ou falso de *X*; *iv*) a emissão de *P* conta como a colocação de uma questão de verdade ou falsidade de *P* de *X* ¹⁷⁶.

1.2.3 A verdade do conteúdo proposicional

A partir dessa configuração dos tipos de ato de fala, pode ser colocada a distinção entre o ato ilocucionário e o conteúdo proposional do ato ilocucionário. Enunciar e afirmar são atos ilocucionários, mas o conteúdo proposional da proposição e afirmado não são atos. Uma proposição é o que é afirmado no ato de fala ilocucionário de afirmar. Segundo Searle, uma afirmação é um compromisso com a verdade de uma proposição. A expressão de uma proposição é um ato proposional e não um ato ilocucionário, mas quando uma proposição é expressa ela sempre o é na realização de um ato ilocucionário – a distinção entre o ato de enunciar e o enunciado correspondente a distinção entre o ato de expressar uma proposição e a proposição expressada ¹⁷⁷.

Daí, então, a distinção entre o indicador do conteúdo proposional e o indicador da força ilocucionária. O primeiro diz com o conteúdo enunciado ou afirmado no ato ilocucionário. O segundo indica como deve ser considerado o conteúdo proposional ou qual é a força ilocucionária contida na emissão do falante. Os indicadores da força ilocucionária podem ser a ordem das palavras, a pontuação, a entonação, a ênfase, o modo do verbo e os

¹⁷⁶ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 126-127.

¹⁷⁷ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 29.

verbos performativos. Geralmente, contudo, o próprio contexto no qual se acha inserida a manifestação já permite determinar a força ilocucionária, independentemente do indicador explícito¹⁷⁸.

Uma distinção importante para a correta compreensão dos atos de fala é a que pode ser retirada entre o significado da emissão da expressão pelo falante e o que o falante pretende dizer com a emissão da expressão mesma. A questão que se coloca é saber qual é a diferença entre os sons que o falante emite e realizar um ato ilocucionário propriamente. Uma coisa é dizer que os sons emitidos com um ato ilocucionário apresentam um significado e outra é verificar o que o falante quer dizer com esses sons. Essas questões colocam outras duas, pelo menos. O que é para alguém querer dizer algo mediante o que disse? O que é para algo ter um significado? Para se responder a essas questões, inicialmente, pode-se dizer que falar é pretender uma comunicação de certas coisas de tal modo que o falante faça com que o ouvinte reconheça sua intenção de comunicar exatamente essas certas coisas. O falante alcança o seu objetivo se o ouvinte reconhece e compreende a sua intenção. Isso, contudo, é insuficiente porque não dá conta até que ponto o significado pode ou não ser uma questão de convenções ou regras e tampouco mostra a conexão entre o fato de que alguém querer dizer algo mediante o que disse e o que efetivamente significa na linguagem aquilo que alguém disse. Segundo Searle, dizer algo querendo dizê-lo significativamente é pretender realizar um ato ilocucionário e não necessariamente um ato perlocucionário¹⁷⁹.

A resposta para essas questões pressupõe, por parte do falante, dizer algo querendo dizer o que algo efetivamente significa e isso está conectado com a produção de certos efeitos que devem ser reconhecidos pelo ouvinte; da parte do ouvinte, compreender a emissão do falante e isso está conectado com o reconhecimento de suas intenções. Assim, o falante pretende produzir um efeito ilocucionário no ouvinte fazendo com que este reconheça a sua intenção de produzir o efeito ilocucionário desejado. O caminho para isso requer: *i*) compreender uma proposição é conhecer o seu significado; *ii*) o significado de uma proposição depende de regras que especificam tanto as condições de emissão como o que conta como emissão; *iii*) emitir uma proposição querendo dizer o que ela significa consiste em *iii.a*) pretender que o ouvinte reconheça determinado estado de coisas pelas regras dadas; *iii.b*) pretender que o ouvinte reconheça essas coisas, fazendo com que ele reconheça sua intenção; *iii.c*) pretender que o ouvinte reconheça a sua intenção em virtude de seu conhecimento das regras que governam os elementos de sua emissão *iv*) a proposição, então,

¹⁷⁸ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 30.

¹⁷⁹ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 43-44.

proporciona um significado convencional de realizar a intenção de produzir certo efeito ilocucionário no ouvinte. Se um falante emite uma sentença querendo dizer exatamente o que ela significa, as intenções de *iii.a*, *iii.b* e *iii.c* devem estar presentes. A compreensão da emissão pelo ouvinte consistirá, simplesmente, na realização destas intenções e isso se dá se o ouvinte conhece o seu significado, isto é, conhece as regras que governam os seus elementos¹⁸⁰. Para clarear isso, Searle usa o exemplo da emissão “olá”, dizendo que *i*) compreender “olá” é compreender o seu significado; *ii*) o significado de “olá” é determinado pelas regras semânticas que especificam tanto as condições de emissão como o que conta como emissão; *iii*) emitir “olá” querendo dizer o que “olá” significa consiste em *iii.a*) pretender que o ouvinte reconheça que está sendo saudado; *iii.b*) pretender que o ouvinte reconheça que está sendo saudado, fazendo com que reconheça a intenção de saudá-lo; *iii.c*) pretender que o ouvinte reconheça a intenção que se tem de saudá-lo, em razão do conhecimento do significado de “olá”. Daí, então, “olá” proporciona um meio convencional para saudar pessoas¹⁸¹.

Segundo Austin, há uma relação de implicação entre as manifestações performativas e as proposições descritivas quando presentes as circunstâncias e condições de sucesso dos atos de fala performativos. O que isso quer dizer é que para que determinada manifestação performativa realize um ação bem sucedida é necessário que algumas proposições descritivas sejam verdadeiras. Se a manifestação performativa “peço desculpas” é bem sucedida, então a proposição “estou pedindo desculpas” é verdadeira. Assim, também, devem ser as condições colocadas pelas regras *a.i*, *a.ii* e *b.i*¹⁸². É que para explicar o sucesso ou insucesso de uma manifestação performativa deve ser considerada a situação total no qual o ato de fala é emitido – o ato de fala total (*total speech-act*) – a fim de que se possa estabelecer a relação entre os atos de fala performativos e as proposições descritivas.

Assim compreendidos os atos de fala, deve-se olhar para a distinção entre proposições descritivas e manifestações performativas a partir da distinção entre atos de fala locucionários e atos de fala ilocucionários. A primeira observação é a de que a distinção entre ao fazer e ao dizer é indicativa de que cada vez que alguém diz algo realiza, ao mesmo tempo, atos de fala locucionários e atos de fala ilocucionários. Assim, podem ser usados os nomes fazer (*doing*) e dizer (*saying*) para significar a distinção entre atos de fala performativos e atos de fala descritivos¹⁸³.

¹⁸⁰ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 48.

¹⁸¹ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 49.

¹⁸² Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 52.

¹⁸³ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 133.

A partir daí, duas questões são centrais para a compreensão da atividade linguística como uma ação guiada por regras. Em primeiro lugar, deve ser respondido se enunciar algo é também fazer algo. A pergunta é se uma proposição descritiva configura um ato ilocucionário. Quando alguém enuncia algo está, ao mesmo tempo, fazendo algo e dizendo algo? A segunda questão é a de saber se uma proposição descritiva pode ser ou não bem sucedida.

Em relação à primeira questão, Austin sustenta que enunciar algo é realizar um ato ilocucionário do mesmo modo que o é, por exemplo, advertir. Quando alguém diz “está chovendo”, anuncia um fato. Quando alguém diz “esta medida conduz ao desemprego”, não faz uma advertência ou um protesto, mas enuncia o fato de que a medida *x* conduz ao desemprego. Dizer “eu enuncio que ele não fez isso” está no mesmo nível que “eu argumento que ele não fez isso”, “eu sugiro que ele não fez isso” ou “eu aposto que ele não fez isso”. Por isso, então, não há nenhuma contradição entre o fato de que ao emitir uma expressão uma pessoa faz algo e o fato de que a expressão pode ser verdadeira ou falsa. Basta comparar a advertência “cuidado, o carro...” e ser verdadeiro ou falso o fato de que o carro está por atropelar um pedestre¹⁸⁴.

Segundo Austin, uma proposição descritiva pode ser bem ou mal sucedida, conforme o cumprimento ou não das exigências e circunstâncias colocadas para as manifestações performativas. O que isso significa é que as proposições descritivas estão expostas aos mesmos tipos de insucesso do que as manifestações performativas. Assim, da mesma forma do que ocorre com as manifestações performativas, a quebra das exigências indicadas em *a.i*, *a.ii*, *b.i*, *b.ii*, *b.ii'* e *b.ii''* leva ao insucesso – ou, na linguagem de Austin, à infelicidade – das proposições descritivas¹⁸⁵.

Para a verificação da correção disso em relação à *b.ii'* e *b.ii''*, é suficiente examinar a exigência de sinceridade daquele que afirma “o carro é vermelho” e daquele que “promete pagar o jantar”. Quem afirma que o carro é vermelho implica acreditar que o carro é vermelho e não de qualquer outra cor. Portanto, afirmar que o carro é vermelho implica o compromisso de que o carro não é amarelo. Ora, quem afirma “o gato está sobre o tapete” implica o compromisso de afirmar que “o tapete está debaixo do gato”. Nesses dois exemplos, coloca-se ainda que afirmar *uma vez* que o carro é vermelho e que o gato está sobre o tapete implica afirmar, para *sempre*, que aquele carro específico é vermelho e que aquele gato, naquele momento considerado, estava sobre o tapete. Do mesmo modo, quem “promete pagar o jantar” implica o compromisso sincero de pagar o jantar e ter condições para pagar o jantar

¹⁸⁴ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 134-135.

¹⁸⁵ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 136.

conforme o prometido. O descumprimento do prometido leva ao insucesso da manifestação performativa do mesmo modo que afirmar que o carro é vermelho quando se acredita que o carro é amarelo e não há a disposição de afirmar, em outras situações semelhantes em seus aspectos relevantes, que o carro é vermelho.

As proposições descritivas podem ser verificadas também em relação às exigências colocadas em *a.i* e *a.ii*. A primeira requer um procedimento convencional conhecido e praticado e a segunda pressupõe circunstâncias apropriadas. O descumprimento dessas exigências atinge também as proposições descritivas. Ora, se *A* enuncia “meu carro é vermelho” *A* pressupõe ser proprietário de um carro vermelho. Se não é esse o caso, então a proposição “meu carro é vermelho” não se refere a nada. Além disso, existem circunstâncias que não são apropriadas a autorizarem determinadas proposições. *A* não pode pretender enunciar com pretensão de verdade, agora e neste momento, algo como “todo mundo está jogando golfe no clube”. Não há circunstâncias apropriadas que autorizem afirmar, sob o ponto de vista do faticamente possível, que todas as pessoas do mundo estão jogando golfe ou que todos os amigos do falante estejam jogando golfe. Resta, apenas, admitir-se que *A* está fazendo alguma ilação ou usando a proposição com alguma finalidade persuasiva. Daí, então, a importância de que a situação de fala seja considerada como um todo, levando em conta não apenas os procedimentos normalmente praticados, mas também as circunstâncias apropriadas.

As proposições descritivas também podem confrontadas em relação ao cumprimento das exigências colocadas em *b.i* e *b.ii*, que dizem com a execução correta e integral de todo o procedimento. É o que ocorre quando alguém diz algo que não pretendia dizer, usando equivocadamente uma palavra no lugar de outra. Alguém diz o “gato está sobre o tapete” quando pretendia dizer o “morcego está sobre o tapete”¹⁸⁶.

Com isso se coloca que a atenção não deve recair somente sobre uma sentença (*sentence*) isoladamente considerada, mas sobre o ato de emitir uma expressão em uma situação linguística toda. As proposições normativas, tanto quanto os atos ilocucionários, exigem condições e circunstâncias que lhes assegurem apreensão (*secure uptake*)¹⁸⁷.

Essas formulações permitem deixar assentado que enunciar algo é realizar uma ação e fazer algo é dizer algo. Os atos de fala descritivos configuram uma ação e as manifestações performativas configuram um dizer algo. As proposições descritivas caracterizam a ação de descrever o estado das coisas ou fatos e os atos ilocucionários consistem essencialmente em uma fazer algo e acessoriamente em um dizer algo. Ambos – atos de fala descritivos e atos de

¹⁸⁶ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 138.

¹⁸⁷ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 139.

fala performativos – podem ser verdadeiros ou falsos. A questão sobre o que é verdadeiro ou falso, contudo, deve ser bem compreendida. Quando e sob quais condições uma proposição é verdadeira ou falsa ou um ato de fala performativo é verdadeiro ou falso?

A verdade ou a falsidade de uma proposição descritiva é determinada pela correspondência ou não com os fatos. Essa, contudo, não é uma questão de tudo ou nada. A verdade ou a falsidade de uma proposição descritiva nem sempre pode ser aferida de modo simples e objetivo. Do mesmo modo, a verificação da correção ou incorreção de uma advertência, uma censura ou de um conselho não se pode dar sem mais. Os fatos podem não corresponder integralmente à proposição descritiva do mesmo modo que nem todas as razões falam objetivamente em favor da censura. Em relação às proposições descritivas, uma proposição pode ser verdadeira ou falsa, conforme as intenções, os fins e o contexto do no qual se acha inserido¹⁸⁸. Um conteúdo qualquer pode ser considerado verdadeiro em um livro escolar, mas pode não merecer essa mesma designação em uma pesquisa científica. A verdade ou a falsidade de uma proposição resulta afetada pelo que nele está incluído ou excluído. Se a verdade depende dos fatos, ela depende do conhecimento de todos os fatos. Se A disse que “todos os cisnes são brancos” e se lhe objeta que ele não estava correto porque foram encontrados cisnes negros na Austrália, A pode responder que todos os cisnes até então observados eram brancos. Segundo Austin, todas as palavras apontam para uma dimensão crítica geral que admite a possibilidade de sustentar que em determinadas circunstâncias, em relação com o auditório determinado, para certos fins e com certas intenções, o que foi dito é correto e não incorreto. Esse juízo acontece da mesma forma quando se trata de se um conselho é bom ou uma censura é justa, como também quando se discute a verdade de uma proposição. Em todos os casos o importante é se o ato de fala foi expresso adequadamente, levando-se em conta os fatos, o propósito de quem fala e da situação em seu conjunto¹⁸⁹.

Em definitivo, Austin assenta que verdade e a falsidade não são nomes de relações ou qualidades, mas apontam para uma dimensão de apreciação que são usadas para sinalizar quando as palavras correspondem aos fatos ou situações as quais elas se referem¹⁹⁰.

A importância da teoria dos atos de fala de Austin para a justificação das proposições normativas está justamente nisto que é sustentar que as proposições não descritivas também podem ser verificadas sob o ponto de vista da verdade ou da falsidade. Além disso, Austin formula um conjunto de exigências para o uso da linguagem reforçando que se trata de uma

¹⁸⁸ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 143.

¹⁸⁹ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, 144-145.

¹⁹⁰ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 149.

atividade guiada por regras. Aos tipos de atos de fala e condições delineadas por Austin devem ser acrescentados os tipos, as condições e as regras formuladas por Searle. Ambas constituem o fundamento para a possibilidade da justificação racional das proposições normativas.

2. OS JUÍZOS MORAIS COMO IMPERATIVOS PRESCRITIVOS

Uma das mais influentes teorias metaéticas é a teoria da linguagem da moral de Hare, que propõe um estudo da ética como uma *i*) análise lógica das expressões morais e uma *ii*) a investigação sobre a argumentação moral. O decisivo é que a análise conjunta dos imperativos e das palavras valorativas autoriza concluir que os juízos morais implicam imperativos. Esse o ponto central do prescritivismo.

O significativo disso é que da análise das palavras e das expressões da linguagem da moral podem ser formuladas as regras que governam a argumentação moral. O estudo das palavras e das proposições morais ou do que as pessoas querem dizer quando usam palavras e sentenças morais permite investigar as propriedades lógicas do que elas dizem e, assim, serve para separar os bons dos maus argumentos. A essência da filosofia da linguagem aplicada à linguagem moral é prover uma estrutura lógica para o pensar moral¹⁹¹. O próprio Hare usa a expressão “teoria ética” no sentido de uma teoria sobre as propriedades lógicas das palavras morais¹⁹².

Na linguagem da moral, além da força ilocucionária que configura diferentes atos de ato de fala, deve-se observar que alguns atos de fala pertencem ao mesmo tipo de força ilocucionária, mas possuem forças ilocucionárias diferentes. As ordens “feche a janela” e “abra a porta” são do mesmo tipo, mas possuem forças ilocucionárias diferentes – são os imperativos. Do mesmo modo, existem proposições diferentes que apresentam forças ilocucionárias diferentes porque possuem conteúdo diferente, mas pertencem ao mesmo tipo de força ilocucionária – são os descritivos – ou constatativos. O que permite a distinção entre os imperativos e os descritivos é o *modo*. As duas ordens “feche a porta” e “abra a janela” tem em comum o modo em razão do qual os imperativos podem ser reconhecidos¹⁹³.

Na articulação das proposições ou dos atos de falas se deve fazer a distinção de quatro funções. A primeira é o trópico (*tropic*), que é a parte do significado locucionário que

¹⁹¹ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 1.

¹⁹² Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 45.

¹⁹³ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 8-9.

permite uma caracterização do que se diz como sendo uma descrição, um imperativo ou uma pergunta. A expressão “vá” é uma ordem e não implica que alguém vai deixar o lugar no qual se encontra e a expressão “você irá” implica logicamente que alguém vai deixar o lugar no qual se encontra. A segunda é o frástico (*phrastic*), que é a parte do significado locucionário que permite identificar o conteúdo do que está sendo afirmado, ordenado ou perguntado. As ordens “abra a porta” e “feche a janela” têm o mesmo trópico, pois são ordens, mas frástico diferente porque o ordenado em um caso é diferente do ordenado em outro. A terceira função é o clístico (*clistic*) e corresponde ao sinal de completude da proposição. A quarta função é o nêustico (*neustic*) e corresponde ao sinal de consentimento a um ato de fala por alguém que está falando ou escrevendo¹⁹⁴.

Segundo Hare, de um conjunto de premissas somente pode ser deduzido o que nelas estiver contido¹⁹⁵. Nada pode aparecer na conclusão de um raciocínio dedutivo que não esteja, a partir de seu próprio significado, dado antes pelas premissas. Na medida em que as premissas descritivas não apresentam nenhum elemento nêustico imperativo, delas não podem ser deduzidos quaisquer imperativos. O que isso significa é que imperativos não podem ser deduzidos de proposições descritivas¹⁹⁶. Do mesmo modo, juízos de valor não podem ser deduzidos logicamente de proposições puramente descritivas¹⁹⁷. A razão para isso é que os juízos de valor são imperativos. Como resultado, tem-se que se há algum imperativo ou juízo de valor na conclusão, então deve aparecer, ainda que implicitamente, um imperativo ou juízo de valor nas premissas¹⁹⁸.

Ao discutir a distinção entre proposições descritivas e prescritivas, Hare observa que todas as proposições ordinárias são descritivas e todos os atos de fala expressos no imperativo são prescritivos. Os juízos morais, igualmente, são prescritivos¹⁹⁹. Na verdade, a linguagem moral é prescritiva podendo ser classificada entre imperativos e juízos de valor. Os imperativos podem ser classificados como singulares e universais e os juízos de valor em morais e não morais. Nessa configuração, as palavras morais típicas “dever” e “bom” podem ser usadas tanto no sentido moral como no não moral²⁰⁰. É por essa razão que os juízos morais são descritivos e prescritivos.

¹⁹⁴ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 9.

¹⁹⁵ Cf. HARE, *The Language of Morals...*, p. 28.

¹⁹⁶ Cf. HARE, *The Language of Morals...*, p. 29.

¹⁹⁷ Cf. HARE, *Freedom and Reason...*, p. 2.

¹⁹⁸ Cf. HARE, *The Language of Morals...*, p. 32.

¹⁹⁹ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 11.

²⁰⁰ Cf. HARE, *The Language of Morals...*, p. 3.

Juízos como “deve” – refere-se a um juízo de valor do tipo “A deve fazer x” – são como imperações, pois concordar com eles requer uma ação em conformidade com eles nas situações em que a ação requerida é uma ação da pessoa que está concordando. Se alguém diz que “A deve ir ao médico” é por que aceita o princípio que diz que A deve ir ao médico nas condições de saúde em que se encontra. Igualmente, o significado valorativo da palavra “bom” – refere-se a um juízo de valor “x é bom” – consiste em que o seu uso serve para recomendar algo. Esse recomendar algo, contudo, não se confunde com o emotivismo de Stevenson, pois para este o efeito de uma expressão é perlocucionário e para Hare é ilocucionário²⁰¹. Esse é o lado prescritivo do uso de “dever” e de “bom”.

As imperações também apresentam um lado descritivo, ou seja, servem para descrever ou apresentam um significado descritivo. Os juízos morais não são apenas imperativos, mas também descrevem um estado de coisas. Quando alguém diz “eu devo fazer isso” deve dizer também “por causa de alguma coisa a respeito do ato” que diz que deve fazer²⁰². O significado descritivo consiste nas propriedades e nas relações com base nas quais algo deve ser feito ou algo deve ser designado como bom. O que isso significa é que o que deve ser feito ou o que é bom tem um significado valorativo e um significado descritivo. O uso de bom está unido à existência de determinadas características. Quem diz que algo é bom diz que isso corresponde a determinado padrão ou a determinados critérios. Esses critérios constituem o significado descritivo de bom²⁰³.

A grande importância disso é que os juízos morais são suportados por razões, essas entendidas como os fatos da situação considerada. Assim, os juízos morais e os outros juízos normativos devem ser feitos por causa de fatos (*because of the facts*) e não de modo arbitrário ou irracional. Isso não significa que os juízos morais seguem logicamente dos fatos, pois os fatos não forçam um determinado juízo moral ao invés de outro, mas um juízo moral sobre uma determinada situação encontra razões nas características da situação concreta mesma considerada. Se dois fatos são iguais em suas características essenciais, somente dois juízos morais iguais podem ser feitos sobre esses dois fatos. Se os fatos são os mesmos, são as mesmas razões para dois juízos morais, que devem ser necessariamente os mesmos²⁰⁴.

Outra contribuição importante da teoria da linguagem da moral de Hare é aclarar a confusão entre ato de fala perlocucionário e essencialmente irracional e o ato ilocucionário governado pela lógica. O emotivismo de Stevenson não se deu conta disso e caiu no

²⁰¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 85.

²⁰² Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 11.

²⁰³ Cf. HARE, *The Language of Morals...*, p. 83-85.

²⁰⁴ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 12.

irracionalismo. Segundo Hare, a confusão começa com um uso descuidado do termo “pragmática” e do significado do uso da linguagem de Wittgenstein. A partir da distinção entre atos ilocucionários como os atos de fala realizados *ao* dizer algo e atos perlocucionários como atos de fala realizados *por* dizer alguma coisa, é fácil considerar a “pragmática” e o “uso” como atos perlocucionários. Assim, a tentação é pensar que o seu significado é explicado por sua pragmática ou seu uso, entendendo-se por isso o efeito perlocucionário²⁰⁵. O problema está exatamente nisto, que é dizer que o significado dos imperativos deve ser buscado na pragmática. Hare não nega a importância da tríade sintaxe, semântica e pragmática como meio para um esclarecimento geral do significado, mas observa que a parte dos significados, que têm a ver com a lógica e regras para o uso (*logic and rules for use*), deve ser cuidadosamente separada daquela que nada têm a ver com qualquer estrutura lógica²⁰⁶.

O problema de Austin foi pensar apenas o ato locucionário, esquecendo que o *modo* faz parte do significado. Para se entender um ato de fala é necessário saber em que modo ele foi emitido e isso somente pode ser dado por meio da verificação de sua força ilocucionária. O significado é parte essencial do ato ilocucionário. O efeito perlocucionário não faz parte do significado. Os atos de fala perlocucionários ou os efeitos perlocucionários não são governados pela lógica. A razão é que a lógica é determinada pelas regras do uso das palavras e os atos perlocucionários, que são aqueles atos de fala realizados por se dizer alguma coisa, não podem ser controlados por regras²⁰⁷.

A relevância disso está em aclarar que o significado dos juízos morais não pode ser explicado em termos de efeitos perlocucionários. O ato ilocucionário de *dizer para* (*telling to*) está sujeito às regras da lógica do mesmo modo que o ato ilocucionário de *dizer que* (*telling that*). Nos dois casos, o falante não pode entrar em contradição. Diferentemente, no *fazer com que*, o falante pode entrar em contradição livremente se essa for, por exemplo, a maneira mais eficiente para a sua realização. Ao confundir o ato de fala ilocucionário – governado pela lógica – e o ato de fala perlocucionário – não exige controle lógico – o emotivismo de Stevenson erra ao afirmar que não pode haver uma lógica dos imperativos e, assim, uma racionalidade para os juízos morais²⁰⁸.

²⁰⁵ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 13.

²⁰⁶ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 112.

²⁰⁷ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 14-15.

²⁰⁸ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 16-17.

Esses aportes da linguagem da moral constituem os fundamentos para as regras da argumentação moral racional. Essas regras realizam os princípios da universalizabilidade (*universalizability*)²⁰⁹ e da prescritividade (*prescriptivity*).

O princípio da universalizabilidade encontra justificação na formulação de que juízos morais e os outros juízos normativos, ao contrário de arbitrários e irracionais, resultam de fatos. Há uma relação de implicação entre o significado descritivo, o princípio da universalizabilidade e as expressões valorativas. A universalizabilidade do significado descritivo conduz à universalizabilidade dos juízos morais e normativos. Segundo Hare, os juízos morais apresentam a universalizabilidade a partir de seu significativo descritivo²¹⁰. Aqui, significado descritivo corresponde ao uso de uma determinada expressão conforme determinadas regras. O tipo de significado é determinado pelo tipo de regras e essas regras são dadas por intermédio de uma consistente prática do uso da expressão em condições tais que permitam a sua inteligibilidade. Essas condições e regras são aquelas que normalmente transmitem para alguém, que é capaz de entender a linguagem, o que está sendo falado. Isso implica que as regras determinativas de significado devem ser sempre do mesmo tipo de tal modo que todas as palavras tenham sempre o mesmo significado²¹¹. A universalizabilidade do significado descritivo implica que objetos iguais devem ser designados por palavras iguais. Dizer que “x é vermelho” implica que todos os objetos iguais a “x” em seus aspectos relevantes são vermelhos. Essa implicação do significado descritivo se transfere para os juízos valorativos. Se dois fatos são iguais em suas características essenciais, somente dois juízos morais iguais podem ser feitos sobre esses dois fatos. Se os fatos são os mesmos, são as mesmas razões para dois juízos morais que devem ser necessariamente os mesmos²¹². Assim, se “x é bom” é porque apresenta as características não morais *a.i*, *a.ii*, *a.iii* e que correspondem ao significado descritivo normalmente utilizado para “bom”. O princípio da universalizabilidade implica que o falante deve designar como bom todo o “x” que apresenta as mesmas características. O fato de que “x” tenha essas características é a razão para a

²⁰⁹ A expressão *universalizabilidade* corresponde à inglesa *universalizability* e significa a capacidade para ser universalizado. No sentido empregado por Hare, os juízos morais são fatos passíveis de serem universalizados. Daí, então, a razão pela qual Hare fala em princípio da universalizabilidade. Outras variações dessa expressão são universalização e universalidade. Na teoria do discurso, Habermas emprega *universalização* para formular o princípio da universalização *U* (*Universalisierungsgrundsatz*) (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral...*, S. 49; ver Cap. II, n. 4.5). Na teoria da argumentação prática, Alexy emprega *universalidade* para se referir ao princípio da universalidade (*Universalisierbarkeitsprinzip*) explicitada na regra *R.1.3'* da argumentação prática geral (ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 237; ver Cap. II, n. 5.2). A partir daqui, quando não comprometida a unidade do texto, serão mantidas essas variações conforme o empregado em Hare, Habermas e Alexy nos respectivos originais.

²¹⁰ Cf. HARE, *Freedom and Reason...*, p. 10.

²¹¹ Cf. HARE, *Freedom and Reason...*, p. 6-7

²¹² Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 12.

afirmação de que “ x ” é bom, disso resultando que essa mesma razão deve implicar todos os casos. Da conexão entre a afirmação de que algo é bom e as razões para que algo seja bom, pode ser retirada a regra moral que estabelece que o fato de que algo apresente determinadas características é uma razão para ser designado como bom. Daí, então, que todos os juízos morais são suportados por características não morais e essas características são as razões para os juízos morais. Por seu lado, a noção de razão implica sempre a noção de uma regra que afirma que algo é uma razão para alguma outra coisa²¹³.

O princípio da universalizabilidade diz apenas que uma razão G e a regra R implicam um juízo moral ou um juízo de dever. Nada diz, contudo, quanto ao conteúdo da regra. Por isso, o princípio da universalizabilidade formula uma condição que é necessária, mas não é suficiente para a racionalidade do discurso moral. Daí, então, que o princípio da universalizabilidade deve ser unido ao princípio da prescritividade²¹⁴.

O princípio da prescritividade é explicado a partir de uma conhecida parábola bíblica. A deve certa quantidade de dinheiro para B e B , por seu lado, deve certa quantidade de dinheiro para C . Uma norma estabelece que os credores, para exigirem a satisfação de seus créditos, podem provocar a prisão de seus devedores. No caso, B pergunta a si mesmo se deve provocar a prisão de A para cobrar sua dívida. B gostaria de fazer isso, mas quer saber se está moralmente justificado ou obrigado a fazer isso. Para B se coloca o seguinte juízo moral: B gostaria de provocar a prisão de A porque ele não paga suas dívidas – está é a norma N_1 . Assim, então, B constata que se aceita N_1 , com base no princípio da universalizabilidade, deve também aceitar a seguinte regra R : qualquer pessoa que se encontra na mesma situação pode provocar a prisão de seu devedor que não paga a sua dívida. Essa regra, então, pode ser aplicada a B , que é devedor de C . Desse modo, resulta que C pode provocar a prisão de B – está é a norma N_2 . O princípio da prescritividade obriga B a aceitar N_2 , pois se B aceita N_1 não pode recusar a aceitar N_2 . Isso significa que B somente aceita N_2 se está disposto a aceitar a prescrição singular que autoriza C provocar a sua prisão, é dizer, a prisão de B . Portanto, B aceita ser preso caso não pague sua dívida. Se B não está disposto a aceitar N_2 , já que isso se opõe a seus desejos e interesses, B não pode exigir N_1 , isto é, a prisão de A . A conclusão é que, nesse caso, não está moralmente justificado provocar a prisão de A ²¹⁵. Como esta relação de transitividade entre A e B e B e C nem sempre é comum, Hare sugere que quem esteja fazendo o julgamento se coloque hipoteticamente na posição da pessoa que está sendo

²¹³ Cf. HARE, *Freedom and Reason...*, p. 21.

²¹⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 96.

²¹⁵ Cf. HARE, *Freedom and Reason...*, p. 91.

julgada e pergunte a si mesmo se, mesmo nessa posição, poderia aceitar as consequências da regra moral examinada²¹⁶.

O ponto central de Hare é que com base na lógica da linguagem normativa expressa pelo princípio da universalizabilidade e pelo princípio da prescritividade se pode chegar, a partir de conhecimento de fatos, dos desejos e interesses dos atingidos e da prognose sobre o prejuízo que outros venham a ter, à correção ou incorreção de um juízo moral ou de dever²¹⁷. A principal objeção a esse modelo é que a correção do juízo moral ou de dever depende diretamente dos desejos e interesses de quem julga, ou seja, de quem vai decidir se um juízo moral ou de dever é aceitável²¹⁸. O próprio Hare examina essa questão ao se referir à situação do juiz e do réu condenado à pena privativa de liberdade. O réu poderia perguntar ao juiz se ele gostaria de ir para a prisão se o juiz estivesse no seu lugar ou como o juiz poderia universalizar a ordem de mandá-lo para a prisão. Senão isso, então, como o juiz poderia justificar o dever de condená-lo à pena de prisão²¹⁹. A resposta de Hare é que o juiz deve considerar o interesse e desejos de todos aqueles que de algum modo são afetados pela decisão. Assim, o juiz poderia dizer ao réu que se a questão fosse somente entre os dois, quem sabe, ele poderia deixar de enviá-lo para a prisão, mas o fato é que não poderia desprezar os interesses e desejos das vítimas dos crimes cometidos pelo réu e, ainda, das outras pessoas que se sentiriam encorajadas a cometer crimes caso o réu não fosse condenado à prisão. Como todos os interesses e desejos podem ser considerados é uma questão a ser resolvida pela exigência do princípio da universalizabilidade. Nem todos os interesses e desejos podem ser sempre combinados, mas é suficiente que todos os desejos e interesses sejam igualmente considerados²²⁰.

Segundo Alexy, o que isso significa é que a combinação de interesses e desejos exige critérios ou premissas normativas. Em todos os casos, quem julga deve se perguntar quais as limitações de interesses e desejos são aceitas moral ou racionalmente²²¹, não bastando a simples troca de papéis. Portanto, são necessários critérios de correção moral ou de justiça para a composição do equilíbrio de interesses²²².

Outra observação importante é que o princípio da universalizabilidade e o princípio da prescritividade definem um jogo de linguagem quando pessoas discutem sobre questões

²¹⁶ Cf. HARE, *Freedom and Reason*, p. 93.

²¹⁷ Cf. HARE, *Freedom and Reason*, p. 94.

²¹⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 99.

²¹⁹ Cf. HARE, *Freedom and Reason...*, p. 115-116.

²²⁰ Cf. HARE, *Freedom and Reason*, p. 118.

²²¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 101.

²²² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 103.

práticas²²³, mas uma justificação completa de uma determinada decisão somente pode ser alcançada em uma forma de vida. Para que uma justificação completa seja dada é necessária uma especificação completa da forma de vida do qual ela é parte²²⁴.

As mais importantes contribuições da teoria da argumentação moral de Hare apontam para o reconhecimento do discurso moral como atividade racional e para a fundamentação do princípio da universalizabilidade dos juízos morais. Quem faz um juízo moral pressupõe uma regra. Esta regra deixa saber qual é razão *G* para um juízo moral *N*. Daí, então, a estreita conexão entre razão e regra²²⁵.

3. AS RAZÕES PARA O JUÍZO MORAL

Se razões podem ser apresentadas para a justificação racional de um juízo moral, rejeitando-se a tese de que a argumentação moral somente admite uma análise psicológica, a questão que imediatamente se coloca é o que faz com que um conjunto particular de dados constitua uma boa razão para um juízo normativo. A resposta de Toulmin é no sentido de que isso somente pode ser alcançado a partir de boas razões (*good reason*), dadas com base em argumentos válidos (*valid argument*)²²⁶. Daí, então, a necessidade de regras de inferências lógicas próprias da argumentação moral para suportar a passagem de razões para um juízo normativo²²⁷.

Segundo Toulmin, existem regras específicas de inferência na argumentação moral que permitem a passagem de afirmações de fato *G* para os juízos normativos *N*. É a existência dessas regras que torna possível distinguir entre argumentos morais válidos e inválidos. Além disso, um juízo moral é verdadeiro se podem ser aduzidas boas razões em seu favor. A importância disso está em que essas regras valorativas de inferências (*evaluative inferences*) suportam não somente a distinção entre argumentos morais válidos e inválidos, mas também a possibilidade de que as proposições normativas sejam passíveis de verdade ou falsidade²²⁸.

Não se trata da lógica formal, mas de uma lógica destinada à justificação dos juízos normativos e da avaliação dos argumentos empregados para sustentar esses mesmos juízos. A lógica tem mais proximidade com o Direito do que com a matemática, pois o Direito descreve as regras segundo as quais se pode, por exemplo, fazer valer judicialmente as pretensões e a

²²³ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 105.

²²⁴ Cf. HARE, *The Language of Morals...*, p. 69.

²²⁵ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 107.

²²⁶ Cf. TOULMIN, *An Examination of the Place of Reason in Ethics...*, p. 3.

²²⁷ Cf. TOULMIN, *An Examination of the Place of Reason in Ethics...*, p. 4 e 81-82.

lógica determina as regras segundo as quais se fundamentam e rebatem as afirmações em geral²²⁹. Assim, deve-se abandonar a tradição da lógica que torna a matemática o seu ideal em favor de uma lógica voltada para a justificação racional da argumentação prática²³⁰.

Argumentos dos mais diferentes campos apresentam a mesma estrutura. Quem faz qualquer afirmação coloca sempre a pretensão de que sua afirmação deve ser aceita e que está em condições de justificá-la caso lhe seja solicitado²³¹. O que isso significa é que, se *A* diz “o carro é vermelho”, então *A* coloca a pretensão de que essa proposição seja aceita e que está disposto a demonstrar que o carro é vermelho. Do mesmo modo, quando *A* diz que o “carro é bom”. Com isso, coloca a pretensão de que o carro é bom e que existem boas razões fáticas para justificar esse juízo. O mesmo vale para o juízo de dever do tipo “*A* deve pagar o jantar”. Caso solicitado, o falante deve apresentar boas razões pelas quais *A* deve pagar o jantar. Para justificar essas formulações o falante deve apresentar razões, e essas razões são os fatos que puderem ser aduzidos em favor da proposição descritiva, do juízo de valor e do juízo de dever.

O *layout* dos argumentos é configurado a partir dos dados *D* que são apresentados pelo falante para justificar a pretensão ou conclusão *C* colocada. A passagem dos dados *D* para a conclusão *C* é garantida por uma regra de inferência *W* (*inference-licence*). Caso a regra de garantia (*warrant*) *W* seja posta em dúvida, o falante deve apresentar uma regra de inferência para a garantia da garantia *B* (*backing*). Esse esquema pode ser ilustrado com o exemplo em que o falante coloca a conclusão *C* de que “Harry é cidadão britânico”, apresentando como razão *D* o “fato de que Harry nasceu nas Bermudas”. Caso lhe seja solicitado, o falante deve justificar a passagem de *C* para *D* com a regra de garantia *W* de que “pessoa nascida nas Bermudas é, em geral, britânica”. Caso seja posta em dúvida a regra de garantia *W*, o falante deve apresentar a regra de inferência para apoiar a garantia *B* de que “uma lei britânica dispõe que pessoa nascida nas Bermudas é britânica”²³².

Desse esquema se deve retirar que a relação entre os dados e a conclusão é direta e explícita. Os dados contam diretamente como justificação da conclusão. A relação entre a garantia e a conclusão é incidental, destinada à correção da passagem dos dados para a conclusão. Daí, então, a justificação da conclusão pelos dados é explícita e a justificação da conclusão pela regra de garantia é implícita. Por outro lado, as regras de garantia apresentam

²²⁸ Cf. TOULMIN, *An Examination of the Place of Reason in Ethics*, p. 53.

²²⁹ Cf. TOULMIN, *The uses of Argument...*, p. 7-8.

²³⁰ Cf. TOULMIN, *The uses of Argument...*, p. 6.

²³¹ Cf. TOULMIN, *The uses of Argument...*, p. 97.

²³² Cf. TOULMIN, *The uses of Argument...*, p. 98-99.

diferentes graus de força para a conclusão. Existem regras que impõem uma relação de necessariedade entre os dados e a conclusão. Nesses casos, dados implicam conclusões. Em outros casos, contudo, as regras de garantia apenas limitadamente asseguram a passagem dos dados para a conclusão. É que estas regras de garantias estão sujeitas a certas condições, exceções ou qualificações, quando, então, devem ser usados outros qualificadores modais como provavelmente (*probably*) ou presumivelmente (*presumably*)²³³. Assim, Toulmin incrementa o *layout* dos argumentos para incluir os qualificadores modais (*Q*) e as condições de exceção ou refutação (*R*). Os primeiros dizem respeito à força da regra de garantia e as segundas se referem às circunstâncias nas quais a regra de garantia deve ser desprezada²³⁴. No exemplo que coloca a conclusão *C* de que “Harry é cidadão britânico”, pode ser acrescentado o quantificador *Q* para indicar que Harry é presumivelmente britânico, para o caso de exceções como as referentes a sua ascendência ou mudança de nacionalidade. Assim, Harry é cidadão britânico, salvo se seu pai e mãe sejam estrangeiros ou se Harry tenha adotado outra nacionalidade. Outra distinção é a que se deve fazer entre as regras de garantia (*warrant*) e as regras de apoio (*backing*). As regras de garantia são proposições hipotéticas que representam uma moral prática a partir da qual podem ser apresentados bons argumentos sobre fatos²³⁵. No exemplo que conclui que “Harry é cidadão britânico”, a regra de garantia é o enunciado hipotético “pessoa nascida nas Bermudas é, em geral, britânica”. As regras de apoio, diferentemente, são proposições sobre fatos como, no exemplo, o de que existe no ordenamento jurídico britânico uma disposição legal que estabelece que pessoa nascida nas Bermudas é britânica.

A distinção entre argumentos analíticos e argumentos substanciais diz que no primeiro se coloca a relação entre dado *D*, regra de garantia *W* e conclusão *C* e no segundo a relação entre *D*, regra de apoio *B* e conclusão *C*. Em um argumento analítico a conclusão não traz informação diferente que não tenha sido fornecida pelos dados e pela regra de apoio da garantia. Um argumento *D* a *C* será analítico se e somente se a regra de apoio incluir a informação contida na conclusão *C*. Nesse caso, a conclusão já está contida nos dados e na regra de apoio da garantia, que contém explícita ou implicitamente a informação contida na conclusão. Nesse caso, aceitar os dados e a regra de apoio da garantia implica aceitar a conclusão. O argumento configura até mesmo uma tautologia: “Anne é uma das irmãs de Jack e cada uma das irmãs de Jack tem cabelo ruivo e *também* Anne tem cabelo ruivo”. Nesse

²³³ Cf. TOULMIN, *The uses of Argument...*, p. 100.

²³⁴ Cf. TOULMIN, *The uses of Argument...*, p. 101-102.

²³⁵ Cf. TOULMIN, *The uses of Argument...*, p. 105.

caso, aliás, tanto o argumento *D*, *W* e *C* como o argumento *D*, *B* e *C* são logicamente válidos²³⁶. Em um argumento substancial, diferentemente, a regra de apoio da garantia não contém já antes a informação transmitida na conclusão. Nesse caso, o argumento *D*, *B* e *C* não configura uma tautologia. O mesmo exemplo anterior pode ser assim reformulado. Dado que “Anne é uma das irmãs de Jack” (*D*) e a regra de apoio “observou-se, há tempos, que todas as irmãs de Jack tinham cabelo ruivo” (*B*), logo pode se “presumir que, agora, Anne tem cabelo ruivo” (*C*). O argumento completo inclui “já que se pode considerar que qualquer irmão de Jack tem cabelo ruivo” (*W*) e “a menos que Anne tenha tingido/ficado grisalha/perdido cabelo...” (*R*). O que Toulmin propõe é que também os argumentos substanciais são passíveis de validade²³⁷.

Uma questão importante para o *layout* da argumentação moral é a da justificação da regra de apoio *B* e, portanto, da regra fundamental. Se o falante diz que “A agiu mal” (*C*) e aduz como razões o dado de que “A mentiu” (*D*), a regra de inferência diz que “mentir é agir moralmente mal” (*W*). A justificação da regra valorativa de inferência pode ser a de que “mentir produz consequências indesejáveis” (*B*). Assim, *W* é objeto de uma justificação de segundo nível *C'*, razão pela qual se deve buscar uma justificação de segundo nível. A solução está em usar uma nova regra de inferência valorativa *W'*, como uma regra do tipo “uma regra cujo seguimento evita sofrimento evitável é boa”. Essa regra *W'* permite a passagem para *B*, pois mentir causa sofrimentos evitáveis. Segundo Toulmin, a questão da justificação de *W'* deve ser desprezada, pois não se pode pretender pôr em dúvida e justificar todas as regras de inferências²³⁸.

Segundo Alexy, essa vagueza da regra fundamental constitui em um ponto de fragilidade da teoria de Toulmin, pois a fórmula “evitar um sofrimento evitável” não é mais do que uma configuração geral de uma teoria utilitarista. Não há uma resposta para questões sobre o que é um sofrimento evitável ou o que uns devem fazer para evitar os sofrimentos dos outros²³⁹. Ainda em relação à justificação das regras de inferências valorativas pode ser colocado o problema de que o procedimento para a fundamentação das regras da argumentação moral é “empírico-definitório” na medida em que Toulmin chega a suas regras mediante uma descrição da prática da argumentação racional e essa descrição somente pode ser feita do ponto de vista externo²⁴⁰. De qualquer sorte, a importância dessa teoria da

²³⁶ Cf. TOULMIN, *The uses of Argument...*, p. 125-126.

²³⁷ Cf. TOULMIN, *The uses of Argument...*, p. 126.

²³⁸ Cf. TOULMIN, *The uses of Argument...*, p. 106.

²³⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 121.

²⁴⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 120.

argumentação moral está em destacar a existência de regras para a argumentação moral a partir das quais determinadas proposições de fato *G* podem ser apresentadas como boas razões para certos juízos de valor *N*. Na medida em que o conteúdo normativo dessas regras de inferências valorativas corresponde ao conteúdo normativo de princípios morais, não é admissível identificar essas regras com as regras da lógica²⁴¹.

Um passo adiante em direção à estrutura da argumentação moral é investigar não apenas as razões que devem ser apresentadas para justificar os juízos morais. As regras das inferências valorativas de garantia e de apoio da teoria da argumentação moral de Toulmin dão a passagem dos dados *D* para a conclusão *C*, mas não servem para dizer quanto ao conteúdo de *C*. Regras de garantia *W* e de apoio *B* justificam a passagem para *C*. A questão que fica aberta é saber qual *C*. Uma estrutura da argumentação moral mais bem desenvolvida é encontrada em Baier, que propõe uma identidade entre perguntar “o que devo fazer?” (*What shall I do?*) e “qual é a melhor coisa a fazer?” (*What is the best thing to do?*)²⁴² e responde que a melhor ação é aquela que se apresentar apoiada pelas melhores razões²⁴³.

Se a melhor ação é a que está apoiada nas melhores razões, a questão que se coloca é quais são os critérios para determinar as melhores razões. Para determinar quais são as melhores razões, Baier concebe um procedimento de deliberação (*procedure of deliberation*) em dois estágios. O primeiro se destina a realizar uma investigação sobre fatos (*surveying of the facts*) para determinar aqueles que podem ser considerados como fatos relevantes e o segundo é o lugar onde se dá a ponderação entre os pesos das razões (*weighing of the reasons*) encontradas no primeiro²⁴⁴.

No primeiro estágio do procedimento de deliberação, a investigação sobre os fatos relevantes coloca a questão sobre o que pode ser considerado como uma razão a favor ou contra um determinado curso de ação (*course of action*) prática. Uma investigação sobre os fatos é a pesquisa sobre as melhores razões para determinar o curso de uma ação, pois são os fatos que determinam as razões favoráveis ou contrárias a uma determinada ação. Os fatos são definidos como razões com base nas regras da razão (*rules of reason* ou *consideration-making beliefs*).²⁴⁵ O fato de que adquirir um objeto originário de roubo é crime é uma razão contra a ação de comprar um objeto proveniente de roubo. A comete crime caso compre um relógio originário de roubo. Portanto, o fato de que comprar um objeto originário de roubo é crime é

²⁴¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 122.

²⁴² Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, 1958, p. 27.

²⁴³ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 28.

²⁴⁴ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 28 e 38.

²⁴⁵ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 29-30.

uma razão contra *A* empreender a ação de comprar o relógio obtido mediante roubo. Por outro lado, o fato de que adquirir um objeto originário de roubo é altamente lucrativo. *A* obterá lucro alto se adquirir um relógio originário de roubo. Portanto, o fato de adquirir objeto de roubo é uma razão a favor de *A* empreender a ação de comprar o relógio obtido mediante roubo. Assim, podem ser aduzidas tanto razões favoráveis como contrárias a um determinado curso de ação. A ação obrigatória é aquela para qual são dadas as melhores razões. O que faz com que um fato seja uma razão são as *rules of reason* ou *consideration-making beliefs*. Essas regras podem ser individuais, sociais, morais, legais, econômicas, etc. Segundo Alexy, as regras de Baier não têm a função de possibilitar a passagem das razões *G* para uma proposição normativa *N*, como é o caso das regras de Toulmin, mas servem também para identificar os fatos relevantes²⁴⁶ que estabelecem a presunção *prima facie* em favor de um determinado curso de ação²⁴⁷.

O segundo estágio do procedimento de deliberação é o lugar da ponderação das razões (*weighing of the reasons*) favoráveis ou contrárias a um determinado curso de ação recolhidas no primeiro estágio do procedimento. A questão que deve ser respondida é qual razão e tipo de razão que deve ser considerada superior em relação a todas as outras considerações apropriadas ao procedimento de deliberação do curso de ação analisado. O critério para essa identificação é dado pelas regras de superioridade (*rules of superiority*), que determinam que tipo de razões e que razões dentro de um determinado tipo devem ser colocadas no nível mais alto²⁴⁸.

O procedimento de deliberação completo pode ser apresentado deste modo: *i*) o fato de que comprar o relógio roubado é crime é uma razão contrária para *A* empreender a ação de comprar um relógio roubado; *ii*) o fato de que adquirir um relógio roubado é altamente lucrativo é uma razão a favor de *A* empreender a ação de comprar um relógio roubado; *iii*) a razão contra *A* comprar o relógio é uma razão legal; a razão a favor de *A* comprar o relógio é individual; *iv*) as razões legais são superiores as razões individuais; *v*) a razão contrária a comprar o relógio é superior à razão favorável a comprar o relógio; *vi*) Portanto, considerando o fato de que comprar o relógio é crime e esta é uma razão superior a obter alto lucro, *A* não deve comprar o relógio. A correção do resultado final do procedimento de deliberação depende, no primeiro estágio, de se encontrar as considerações relevantes e, no segundo, da correta atribuição de pesos às razões consideradas relevantes. No segundo estágio, os passos

²⁴⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 125-126.

²⁴⁷ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 38-39.

²⁴⁸ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 35.

iii e *iv* requerem uma correta classificação das razões. O passo *v* exige uma correta aplicação das regras de superioridade²⁴⁹.

A partir daí, a questão que se coloca é como devem ser justificadas essas regras de prioridade. Segundo Baier, a solução dessa questão deve ser buscada no ponto de vista moral (*moral point of view*), que pode ser definido como um conjunto de regras, critérios ou condições, os quais devem corresponder os juízos morais para que possam ser aceitos. Somente aqueles que satisfazem as exigências colocadas pelas regras, critérios ou condições podem ser designados como verdadeiros²⁵⁰. Essas condições são formais e materiais. As primeiras são do tipo que excluem as regras que satisfazem as exigências formais para a determinação do ponto de vista moral e, por isso, são as condições formais. As segundas dizem respeito ao conteúdo das regras morais e, por isso, são as condições materiais²⁵¹.

No que diz com as exigências formais, o ponto de vista moral, em primeiro lugar, requer um atuar mediante regras da razão que não estejam orientadas para a satisfação exclusiva de interesses egoísticos individuais ou de grupos de pessoas. Um ponto de vista moral não pode ser definido pelo princípio de interesses próprios (*principle of self-interest*). Em uma discussão sobre a construção de uma rotatória em um cruzamento de ruas, vários pontos de vista particulares podem ser colocados: dos pedestres e moradores das proximidades; dos motoristas; das autoridades administrativas técnicas; dos administradores políticos; dos demais agentes políticos; dos empresários; dos trabalhadores, etc., cada um conduzindo a um determinado curso de ação. Em uma disputa eleitoral para cargo eletivo de escolha majoritária, os pontos de vista individuais de *A* e *B*, candidatos ao cargo único, não podem servir de critério para avaliar as melhores razões e, assim, definir o melhor curso de ação. Nesses dois exemplos, cada um dos protagonistas sustenta um curso de ação conforme os próprios interesses, deixando de considerar os interesses dos outros grupos. Um juízo moral pode ser verdadeiro se é passível de ser aceito a partir de um ponto de vista moral supremo (*supreme*) ou mais elevado (*higher*) capaz de superar os diversos outros pontos de vista individuais ou de grupos em processo de deliberação completo, considerando todas as razões em jogo²⁵².

O ponto de vista moral pressupõe regras morais para todos (*moral rules are meant for everybody*), abertas (*open*) e passíveis de ensinamento universal (*teachability universal*). O conhecimento das regras morais não pode ser privilégio de determinadas pessoas ou classe

²⁴⁹ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 37.

²⁵⁰ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 90-91.

²⁵¹ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 106.

²⁵² Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 95-96.

social, mas deve ser compartilhado por todos²⁵³. Segundo Baier, as pessoas negligenciam os seus deveres se deixam de ensinar as regras morais para os próprios filhos. Em situações extremas, os pais podem até mesmo perder a guarda dos filhos se deixam de providenciar o ensinamento das regras morais. Essa condição de ensinamento universal coloca três critérios para as regras morais. Em primeiro lugar, as regras morais não podem ser autofrustrantes (*self-frustrating*), o que significa que uma regra moral não deve ser tal que do seu próprio ensino e conhecimento resulte o seu completo descumprimento. Uma regra não pode ser tal que seu propósito resulte frustrado tão logo todas as pessoas comecem a atuar conforme o por ela ordenado. Uma regra desse tipo é a que diz que “quando necessitares de algum auxílio, peça, mas não ajude ninguém que lhe pedir um auxílio ou ajuda”. Cuida-se de uma regra que consagra um princípio parasita, pois é útil para uma pessoa somente se todas as outras atuarem em sentido contrário. Em segundo lugar, as regras morais não podem ser autodestrutivas (*self-defeating*), o que significa que o fim daquele que atua conforme a regra fracassa quando se conhece que ele segue a regra. Uma desse tipo é a regra que diz “faças promessas, ainda quando saibas ou pensas em não cumpri-las ou não tenhas intenção de cumpri-las de qualquer modo”. Isso porque uma promessa pressupõe um propósito e uma garantia de seu cumprimento. Qualquer dúvida quanto à sinceridade da promessa compromete o propósito de se fazer uma promessa. Em terceiro lugar, não podem ser formuladas regras moralmente impossíveis (*morally impossible*), que são as regras que não podem ser jamais ensinadas como, por exemplo, a regra que diz “diga sempre o que você sabe que não é verdade ou que você não acredita”²⁵⁴. Essa regra, aliás, torna impossível não apenas a comunicação como até mesmo a mentira. Se é verdade que o carro é vermelho quando o falante diz que não é vermelho e se é verdade que o carro não é vermelho quando o falante diz que é vermelho, então não será possível qualquer ação comunicativa entre o falante e outras pessoas. Isso porque a possibilidade de comunicação depende do falante querer dizer tanto o que ele acredita ser verdade como também aquilo que não acredita ser verdade²⁵⁵.

As condições materiais para o ponto de vista moral dizem respeito aos critérios que devem ser observados quanto ao conteúdo das regras morais. Esses critérios explicitam o critério geral de que o conteúdo das regras morais deve ser tal que seu seguimento contribua diretamente para o bem de todos (*for the good of everyone alike*). O primeiro critério é atendido quando o seguimento de uma regra contribui diretamente para o bem comum de

²⁵³ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 101.

²⁵⁴ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 102-103.

²⁵⁵ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 103.

todos (*for the common good of everyone*)²⁵⁶. Isso acontece quando, por exemplo, aumenta a produção agrícola e, com isso, o padrão de vida da população. Esse critério tem aplicação quando os interesses de todos, pelo menos em parte, são comuns, mas não quando o caso é de conflitos de interesses. Não há dúvida de que a falta de chuvas pode afetar intensamente a produção de grãos e, com isso, reduzir a capacidade de investimentos dos agricultores e a arrecadação fiscal. Com isso, o comércio é diretamente afetado e a administração pública tem reduzida sua capacidade de investimentos públicos em áreas importantes como as da segurança e saúde públicas. O segundo critério é o da reversibilidade e diz que um determinado curso de ação deve gozar de aceitabilidade geral dos afetados, independentemente de a posição em que se encontrem ser ativa ou passiva. Cuida-se de verificar a questão da aceitabilidade daquele que resulta atingido por uma regra ou ação moral. Esse critério está fundado na regra de ouro (*golden rule*) em sua formulação negativa “não faça aos outros aquilo que você não quer que os outros façam para você”. Fazer o bem é fazer para as outras pessoas o que, caso a regra seja observada, elas fariam por elas mesmas. Assim, matar, mentir, impor sofrimento a outras pessoas, por exemplo, violam o critério de reversibilidade, pois a ação deve ser aceitável por aquele está dando (*giving*) ou recebendo (*receiving*) os efeitos do curso da ação²⁵⁷. O terceiro critério é o da universalizabilidade (*universalizability*) e diz que uma ação está proibida se sua realização geral, em razão das circunstâncias e particularidades de interação social, produz como resultado consequências indesejáveis²⁵⁸. Se todas as pessoas de uma determinada cidade acorressem aos postos de combustíveis ao mesmo tempo, colhendo os abastecedores de surpresa, certamente, em poucas horas, não haveria combustível disponível para mais ninguém.

Segundo Alexy, o problema que se coloca a partir daí é o de como justificar as regras, as condições ou os critérios que definem o ponto de vista moral, isso é, porque se deve aceitar esse ponto de vista desde o ponto de vista de qualquer pessoa. A resposta seria porque este mundo em que se adota este ponto de vista é melhor, desde o ponto de vista de qualquer pessoa, que o mundo em que todos atuam de forma imoral. Ora, se para fundamentar o ponto de vista moral é pressuposto o ponto de vista de qualquer pessoa, quem deixa de lado seus pontos de vista e adota os pontos de vista de outro qualquer, já determinou de alguma maneira algo como um ponto de vista. Essa fundamentação, portanto, é circular²⁵⁹. Além disso, é duvidoso se as regras, as condições ou os critérios formulados por Baier são suficientes para

²⁵⁶ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 106.

²⁵⁷ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 108.

²⁵⁸ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 132.

²⁵⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 130-131.

dar conta da justificação dos juízos morais. A condição de ensinamento geral e os três critérios dela derivados podem ser também vinculados a regras imorais como, por exemplo, as racistas. O critério da promoção do bem comum é demasiadamente amplo e o critério pelo qual estão proibidas as ações cuja realização geral provoca consequências indesejáveis não diz muito sobre quais são essas consequências²⁶⁰. Mesmo assim, o próprio Alexy destaca a importância da contribuição de Baier quanto à distinção entre regras sobre razões e regras que estabelecem uma hierarquia entre as razões e à análise do ponto de vista moral sob o enfoque do critério da universalizabilidade²⁶¹.

4. A TEORIA DO DISCURSO

A teoria do discurso formulada por Habermas, no mesmo sentido das teorias metaéticas até aqui discutidas, sustenta que os juízos de valor e de dever e, assim, as proposições normativas, podem ser justificadas racionalmente do mesmo modo que as proposições empíricas descritivas do estado das coisas. As proposições normativas, tanto quanto as proposições descritivas, são passíveis de verdade. Apenas, a verdade das proposições descritivas corresponde à correção das proposições normativas²⁶². O ponto central da teoria do discurso é que as questões práticas podem ser decididas de modo racional no âmbito de uma argumentação prática, desenvolvida a partir de uma ação comunicativa dirigida ao acordo ou ao entendimento mútuo²⁶³. Cuida-se de uma racionalidade comunicativa (*Verständigungs-rationalität*), construída com base nas ações, atos de fala, interações mediadas pela linguagem e mundo da vida (*Lebenwelt*)²⁶⁴.

As questões práticas, assim como as questões teóricas, podem ser decididas por meio da razão alcançada a partir da força do melhor argumento escrutinado em uma situação ideal de fala que pressupõe determinadas condições, conhecidas como pretensões de validade (*Geltungsansprüche*) e que devem ser observadas por todo aquele falante que pretende estabelecer um entendimento com um ou com outros falantes. O resultado de uma argumentação prática em que são cumpridas as pretensões de validade é a obtenção de consenso racionalmente motivado ou intersubjetivamente controlável. Essas formulações encontram fundamentação na teoria da ação comunicativa e na teoria do discurso de

²⁶⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 131.

²⁶¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 131-132.

²⁶² Cf. HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung...*, S. 285-286.

²⁶³ Cf. HABERMAS, *Jürgen. Theorie des kommunikativen Handelns...*, S. 39.

Habermas, desenvolvidas a partir da chamada virada linguística e inseridas no âmbito da pragmática universal²⁶⁵. O caminho a ser percorrido, então, requer algum detalhamento dos elementos centrais da ação comunicativa no sentido da pragmática universal, das pretensões de validade, da racionalidade comunicativa e da justificação das proposições normativas.

4.1 A PRAGMÁTICA UNIVERSAL E OS ATOS DE FALA

A função central da pragmática universal, como uma teoria da competência comunicativa, é construir as condições universais de entendimento possível entre pessoas. O objetivo da pragmática universal é apresentar os pressupostos gerais de comunicação ou de uma ação comunicativa, alcançando as bases para a validade universal do discurso²⁶⁶.

O campo da pragmática universal não é analisar a língua enquanto estrutura, mas submeter o processo da comunicação a uma análise formal. A análise lógica da língua enquanto estrutura remete para o exame das regras que devem ser observadas para a produção de palavras e formulação correta de frases. Isso diz respeito às propriedades sintáticas e semânticas das formações linguísticas. A pragmática propõe uma análise formal da estrutura geral da fala como processo de comunicação²⁶⁷. A base da pragmática universal está na teoria dos atos de fala que propõe um conjunto de regras universais de competência comunicativa. Se a análise reconstrutiva da linguagem se ocupa das regras que um falante deve dominar para formar expressões e construir proposições corretas, a teoria dos atos de fala se ocupa do processo de comunicação e propõe um conjunto de exigências e regras que devem ser observadas para que os falantes possam usar a linguagem de modo satisfatório²⁶⁸. Não por outra razão, aliás, deve-se distinguir entre frases e expressões no sentido de que uma frase corretamente formulada satisfaz a exigência de compreensibilidade e um ato de fala satisfatório do ponto de vista comunicativo requer, além da compreensibilidade linguística, que os participantes do discurso satisfaçam as outras pretensões de validade – verdade, sinceridade e correção. Assim, a formulação de frases corretas é uma questão exclusivamente linguística e a dos atos de fala é uma questão pragmática²⁶⁹.

²⁶⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelte*. In: HABERMAS, Jürgen. *Nahmetaphysisches Denken*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, S. 63.

²⁶⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Was heißt Universalpragmatik?* In: HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 353-441, 1989.

²⁶⁶ Cf. HABERMAS, *Was heißt Universalpragmatik?...*, S. 353.

²⁶⁷ Cf. HABERMAS, *Was heißt Universalpragmatik?...*, S. 359.

²⁶⁸ Cf. HABERMAS, *Was heißt Universalpragmatik?...*, S. 387.

²⁶⁹ Cf. HABERMAS, *Was heißt Universalpragmatik?...*, S. 393.

Qualquer pessoa que atue comunicativamente no sentido de se entender com outra pessoa e com ela chegar a um acordo, ao realizar um ato de fala, deve colocar quatro pretensões de validade, ainda que implicitamente. Um jogo de linguagem entre falantes e ouvintes somente é possível se houver o reconhecimento recíproco destas quatro pretensões de validade: *i*) inteligibilidade; *ii*) verdade proposicional; *iii*) veracidade; *iv*) correção normativa. Todo e qualquer falante deve colocar a pretensão de se expressar de forma inteligível (*verständlich*), construindo a expressão linguística ou a proposição conforme as regras gramaticais da linguagem, estando assim satisfeita a pretensão de inteligibilidade. O que isso significa é que o falante deve escolher uma forma inteligível de expressão a fim de que ele possa se entender mutuamente com o ouvinte. Todo e qualquer falante deve ter a pretensão de comunicar uma proposição verdadeira (*wahr*), ou seja, apresentar ao ouvinte um conteúdo proposicional de algo existente de tal modo que o ouvinte possa compartilhar esse conhecimento do falante. Todo e qualquer falante deve expressar suas intenções de uma forma verdadeira (*wahrhaftig*) de tal modo que o ouvinte possa confiar no discurso. Todo e qualquer falante deve colocar um discurso correto (*richtig*) no que diz com as normas e valores existentes de tal forma que o ouvinte possa aceitá-lo. Assim, o falante e o ouvinte podem entrar em um acordo mútuo a partir de uma base normativa comum²⁷⁰. Segundo Habermas, o objetivo do entendimento (*Verständigung*) é chegar a um acordo (*Einverständnis*) que encontra justificativa na compreensão intersubjetiva, no conhecimento partilhado, na confiança mútua e no acordo entre os ouvintes. Esse acordo, portanto, está fundado na compreensibilidade, verdade, sinceridade e correção²⁷¹.

Uma ação comunicativa somente pode ser reconhecida se essas quatro pretensões de validade forem reciprocamente realizadas pelos falantes, ou seja, elas devem ser mutuamente reconhecidas pelos participantes do discurso. O que isso significa é que o falante e o ouvinte devem presumir essas pretensões de validade da ação comunicativa. Assim, podem ser colocados três aspectos: *i*) se o objetivo é realizar uma ação comunicativa destinada ao entendimento, o falante e o ouvinte devem pressupor as pretensões de validade; *ii*) o falante e o ouvinte devem pressupor que ambos satisfazem as pretensões de validade; *iii*) o falante e o ouvinte devem pressupor que as pretensões de validade já se encontram satisfeitas, no caso da compreensibilidade das expressões, ou possam ser satisfeitas, no caso de que as frases, as propostas, as intenções, as expressões e as palavras proferidas satisfaçam as condições de

²⁷⁰ Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., S. 354-355.

²⁷¹ Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., S. 355.

adequação correspondentes²⁷². Assim, deve-se distinguir: *i*) as condições para a validade de uma frase gramatical, de uma proposição verdadeira, de uma expressão intencional sincera ou de uma expressão normativamente correta, apropriadas ao contexto; *ii*) as pretensões com as quais os falantes colocam o reconhecimento intersubjetivo da correção da formulação da frase, da veracidade da proposição, da sinceridade de uma expressão intencional e da correção de um ato de fala; *iii*) a justificação das pretensões de validade. O falante, por meio de um apelo às intuições e experiências e de argumentos e consequências de ação, justifica o direito de reconhecimento a sua pretensão, provocando o reconhecimento intersubjetivo da sua validade²⁷³. Por seu lado, o ouvinte, ao aceitar uma pretensão de validade do falante, reconhece que uma frase gramatical é correta, que uma afirmação é verdadeira, que uma expressão intencional é sincera ou que um ato de fala é correto.

A compreensão da pragmática e da chamada virada pragmática pressupõe uma teoria do significado das expressões formuladas a partir de três funções internamente relacionadas. O esquema de funções do uso da linguagem atribui um sentido à expressão linguística em relação ao falante, ao mundo e ao ouvinte, disso resultando: *i*) a função expressiva ou intencional por intermédio da qual o falante informa o ouvinte a respeito de suas experiências ou intenções subjetivas; *ii*) a função cognitiva ou referencial, por intermédio da qual o falante descreve um estado de coisas do mundo; *iii*) a função apelativa ou diretiva pela qual o falante se dirige aos ouvintes colocando exigências de comportamento com fim de estabelecer relações interpessoais. Assim, estão colocados em um ato de fala os três significados que representam o *falante* se entender com *outra pessoa* sobre *alguma coisa* do mundo²⁷⁴.

A virada pragmática proposta por Habermas consiste nisto, que essas três funções são concorrentes, devendo-se combinar a semântica intencionalista, a semântica formal e a teoria do significado como uso para dar conta do significado das expressões linguísticas. A semântica intencionalista (*Intentionalistische Semantik*) reconhece como fundamental apenas a intenção manifestada pelo agente de tal sorte que o significado de um ato de fala é explicado exclusivamente pela vontade do falante em um determinado contexto. Essa formulação é uma manifestação específica da soberania do sujeito fundada na filosofia da consciência. O problema é que buscar o significado das expressões apenas na intenção do falante implica que a linguagem perde a possibilidade de ter a sua própria estrutura interna²⁷⁵. A semântica formal

²⁷² Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., S. 356.

²⁷³ Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., S. 357

²⁷⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. Zur Kritik der Bedeutungstheorie. In: HABERMAS, Jürgen. *Nahmetaphysisches Denken*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, S. 106.

²⁷⁵ Cf. HABERMAS, Zur Kritik der Bedeutungstheorie..., S. 107-108.

(*formale Semantik*) destaca o significado dos atos de fala pelas propriedades formais da língua e de suas regras gramaticais, desconsiderando as intenções do falante. Assim, o significado é construído pelo significado das expressões linguísticas e não pelas relações pragmáticas entre falantes e ouvintes apreendidas no processo de comunicação. O falante somente consegue dizer algo específico a partir das suas próprias expressões linguísticas. Por seu lado, o ouvinte somente pode definir um curso de ação em relação falante a partir do sentido linguístico das expressões do falante e de seu próprio pensamento. O problema desta abordagem semântica referencial, segundo a qual a linguagem está relacionada com a realidade do mesmo modo que o nome está relacionado com o objeto, é que não se pode pretender explicar a relação entre o significado e o signo com base na relação entre signo portador de significado e o objeto significado. A semântica proposicional revolucionou a teoria do conhecimento centrada no objeto e fundada na filosofia da consciência, destacando que a relação entre a linguagem e o mundo não deve ser explicada a partir da referência a um objeto. Segundo Habermas, são os fatos que fazem verdadeiras as proposições descritivas. Uma proposição descritiva é verdadeira quando se verificam as condições mediante as quais ela é verdadeira. São essas condições de verdade de uma proposição descritiva que explicitam o seu significado²⁷⁶. A possibilidade de entendimento, portanto, requer que as proposições sobre algo existente no mundo sejam capazes de ser verdadeiras. Isso é já um passo para dentro da teoria pragmática do significado²⁷⁷. Uma ação comunicativa qualquer pressupõe que o objetivo do entendimento mútuo é inerente à linguagem, pois é correto colocar que um falante se entende com um ouvinte a respeito de algo. Esse entendimento, contudo, somente pode ser alcançado se observadas as condições de validade adequadas de comunicação compartilhadas e reconhecidas intersubjetivamente²⁷⁸. Evidentemente, não se deve confundir a compreensão do significado de uma expressão linguística com as questões de validade, mas elas não são totalmente separadas. Isso porque o significado de uma expressão não pode ser totalmente separado do contexto em que a expressão está sendo empregada e no qual pode ser aceita como válida. É impossível compreender o significado de uma expressão linguística se não se sabe como empregá-la para fins de entendimento com outra pessoa sobre algo no mundo. Assim, a questão da validade das expressões faz parte das condições pragmáticas não apenas para o entendimento mútuo, mas também para o próprio entendimento linguístico²⁷⁹.

²⁷⁶ Cf. HABERMAS, Zur Kritik der Bedeutungstheorie..., S. 109-110.

²⁷⁷ Cf. HABERMAS, Zur Kritik der Bedeutungstheorie..., S. 111.

²⁷⁸ Cf. HABERMAS, Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelte..., S. 75-76.

²⁷⁹ Cf. HABERMAS, Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelte..., S. 76.

A ação comunicativa requer o reconhecimento simultâneo das três funções da linguagem, pois uma construção linguística serve para expressar as intenções ou experiências subjetivas do falante, descrever um estado de coisas no mundo e estabelecer relações interpessoais. Isso evidencia uma “relação tríplice” entre o significado de uma expressão e aquilo que se pretende com ela, aquilo que nela se diz efetivamente e o modo como ela é utilizada em um ato de fala²⁸⁰.

Como visto com o Wittgenstein das investigações filosóficas²⁸¹ e Austin²⁸², a linguagem não serve apenas para descrever e verificar fatos e, assim, apenas para representar o mundo, mas, também para estabelecer relações entre falantes e ouvintes. A linguagem, portanto, desempenha funções práticas. Segundo Habermas, atos de fala são sempre auto-referenciais (*selbstbezüglich*), pois revelam simultaneamente a forma em que o dito pelo falante deve ser utilizado e como o dito deve ser compreendido pelo ouvinte. A força ilocucionária do ato de fala estabelece o sentido em que o conteúdo proposicional está sendo empregado e com que tipo de curso de ação a expressão deve ser compreendida²⁸³. Desse modo, o significado das expressões requer a combinação das funções semânticas e pragmáticas do uso linguagem, devendo-se acrescentar a contribuição da teoria dos atos da fala na formulação mais detalhada de Searle²⁸⁴. O decisivo da teoria dos atos de fala está no mérito de conciliar a intenção do falante com as condições de validade do discurso dirigido ao entendimento mútuo. As condições de satisfação dos atos de fala fazem com que seja respeitada a relação entre a linguagem e o mundo, entre a proposição e a situação viva do mundo. Contudo, é preciso ficar claro que todas as funções da linguagem devem satisfazer as pretensões de validade colocadas pela pragmática universal.

Segundo Habermas, podem ser estabelecidas as seguintes correlações entre modos de comunicação, atos de fala, tema e pretensões de validade. O modo de comunicação cognitivo se realiza pelos atos de fala constataivos, colocando a pretensão de verdade sobre o conteúdo proposicional. Os atos de fala constativos colocam de modo inconfundível a verdade proposicional como pretensão de validade. O modo de comunicação interativo se realiza pelos atos de fala regulativos, colocando a pretensão de correção sobre as relações interpessoais. O modo de comunicação expressivo se realiza por atos de fala representativos, colocando a

²⁸⁰ Cf. HABERMAS, *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelte...*, S. 77.

²⁸¹ Cf. Cap. II, n. 1.1.

²⁸² Cf. Cap. II, n. 1.2.

²⁸³ Cf. HABERMAS, *Zur Kritik der Bedeutungstheorie...*, S. 113.

²⁸⁴ Cf. Cap. II, n. 1.2.

pretensão de veracidade sobre a intenção do falante²⁸⁵. Os atos de fala expressivos não podem ser correlacionados com a utilização expressiva da linguagem do mesmo modo que os atos de fala constatativos são relacionados com a utilização cognitiva e os atos de fala regulativos são relacionados com a função interativa da linguagem. Contudo, ao se afirmar uma proposição o que importa não é a veracidade das intenções do falante, mas a verdade da proposição. Contudo, no modo interativo de comunicação, ao estabelecer uma relação interpessoal com o ouvinte, a veracidade é apenas uma condição necessária, pois o que realmente importa é que a ação seja desenvolvida em um contexto normativo reconhecido. Assim, os modos de uso da linguagem podem ser demarcados pragmaticamente de tal sorte que todo e qualquer falante comunicativamente competente tem a possibilidade de selecionar um dos modos para poder (*kann*) salientar uma das três pretensões de validade universais que lhe permitirão escolher uma das componentes da ação comunicativa – conteúdo proposicional, relação interpessoal ou intenções do falante. O pressuposto, contudo, é que qualquer ato de fala deve (*muß*) apresentar as quatro pretensões de validade²⁸⁶.

Essa estruturação do significado e das bases de validade de atos de fala permite uma análise mais detalhada sobre o fundamento racional da força ilocucionária de uma expressão. Uma ação comunicativa somente pode ser realizada com sucesso, no sentido de conduzir ao entendimento mútuo, se o falante fizer uma proposta séria e conforme as regras e condições de aceitabilidade que lhe forem subjacentes. Essas regras e condições podem ser remetidas às exigências de felicidade ou sucesso do ato ilocucionário colocadas por Austin e Searle²⁸⁷. O resultado disso é que o desempenho de um determinado tipo de ato ilocucionário pelo falante representa uma garantia de que, em consequência da expressão proferida, o próprio falante assume o compromisso de preencher determinadas condições – assim, por exemplo, o falante deve desistir de uma proposição descritiva quando ela não se revelar verdadeira, seguir o seu próprio conselho quando se achar na mesma situação que o ouvinte, agir de acordo com a sua intenção, etc. Daí, então, que a força ilocucionária de um ato de fala aceitável – aquele em que são cumpridas as regras e condições de sucesso – está em poder levar o ouvinte a confiar nas obrigações típicas dos atos de fala do falante. Essa formulação deve ser completada, pois tanto o falante como o ouvinte apresentam pretensões de validade cujo reconhecimento recíproco é exigido. Assim, Habermas propõe que o falante pode influenciar ilocucionariamente no ouvinte e vice-versa, uma vez que as obrigações típicas dos atos de fala

²⁸⁵ Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., S. 427.

²⁸⁶ Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., S. 427.

²⁸⁷ Cf. Cap. II, n. 1.2.

estão ligadas a pretensões de validade cognitivamente testáveis. Com isso, nos diversos tipos de ato de fala, o conteúdo do compromisso do falante é definido por uma forma específica de apelar a uma mesma pretensão de validade universal e tematicamente destacada²⁸⁸.

Assim, considerados os três modos de comunicação, no uso cognitivo da linguagem, o falante apresenta a obrigação de fornecer os fundamentos (*Begründungsverpflichtung*) imanentes ao ato de fala. Aos atos de fala descritivos – constatativos – é imanente a obrigação do falante de fornecer a fonte empírica que sustenta a verdade do afirmado. Se tampouco assim a crítica é afastada, a pretensão de verdade passa ser objeto do discurso teórico. No uso interativo da linguagem, o falante assume a obrigação de fornecer justificações (*Rechtfertigungsverpflichtung*) imanentes ao ato de fala. Se a dúvida persistir, a questão se torna objeto do discurso prático, devendo-se examinar não a pretensão de correção do ato de fala, mas o pressuposto de validade da norma subjacente. Por fim, no uso expressivo da linguagem, o falante assume a obrigação imanente ao ato de fala de provar a veracidade (*Bewährungsverpflichtung*) de que expressou exatamente o que tinha a intenção de expressar. No caso de dúvida quanto à intenção da falante, a veracidade deve ser retirada do comportamento subsequente coerente do próprio falante²⁸⁹.

A partir disso, Habermas formula os seguintes resultados. Um ato de fala é bem sucedido, criando a relação interpessoal que o falante pretende se for: *i*) compreensível e aceitável e isso for *ii*) aceito pelo ouvinte. A aceitabilidade de um ato de fala depende do cumprimento dos pressupostos pragmáticos: *i*) a existência de contextos restritos típicos dos atos de fala (regra preparatória) e *ii*) compromisso reconhecível por parte do falante de cumprir as regras típicas dos atos de fala (regra essencial e regra de sinceridade)²⁹⁰. A força ilocucionária de um ato de fala está na sua capacidade de levar o ouvinte a agir na condição de o compromisso assinalado pelo falante ser sério: *i*) no caso de ato de fala institucionalmente dependente, o falante pode retirar a força das normas existentes; *ii*) no caso de ato de fala institucionalmente independente, o falante pode retirar a força por intermédio da motivação do ouvinte para o reconhecimento das pretensões de validade. Por fim, o falante e o ouvinte podem se motivar reciprocamente para o reconhecimento das pretensões de validade devido ao fato de o conteúdo do compromisso assumido pelo falante ser determinado por uma forma específica de apelo a uma pretensão de validade tematicamente destacada. Assim, o falante assume: *i*) colocando uma pretensão de verdade, a obrigação de apresentar os

²⁸⁸ Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., S. 433.

²⁸⁹ Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., S. 434.

²⁹⁰ Cf. AUSTINS, *How to Do Things with Words*..., p. 14-15; SEARLE, *Speech Acts*..., p. 70.

fundamentos que suportam a verdade colocada; *ii*) colocando uma pretensão de correção, a obrigação de justificar a correção colocada e *iii*) colocando uma pretensão de sinceridade, a obrigação de demonstrar a sua fiabilidade²⁹¹.

A força ilocucionária dos atos de fala institucionalmente independentes é retirada de um conjunto de pretensões de validade, que devem ser levantadas reciprocamente pelo falante e pelo ouvinte a fim de que um entendimento possa ser alcançado. Um participante somente atua com o objetivo de chegar a um entendimento comunicativo se, ao empregar corretamente frases compreensíveis, apresentar, conjuntamente com seus atos de fala, pretensões de validade de forma aceitável. Esse é o caso quando apresentar o pressuposto de: *i*) verdade para o conteúdo proposicional daquilo que afirma; *ii*) correção para as normas ou valores que, em um determinado contexto, justifiquem uma relação interpessoal performativa e *iii*) sinceridade para as experiências subjetivas expressas. É certo que cada uma dessas pretensões de validade pode ser destacada em relação às outras, conforme o modo de uso da linguagem. No uso cognitivo, o primeiro plano está na verdade proposicional; no uso interativo, o destaque está com a correção e, no uso expressivo, está com a sinceridade. Contudo, embora nem todas possam ser tematizadas ao mesmo tempo, todas, simultaneamente, devem ser apresentadas e reconhecidas como justificadas²⁹².

Conclusivamente, a linguagem e os domínios da realidade recortados pelos falantes e pelos ouvintes podem ser relacionados deste modo. Segundo Habermas, o indivíduo demarca-se nos domínios da realidade: *i*) quando assume uma atitude de terceiro observador; *ii*) ao se colocar em uma atitude de participante; *iii*) ao assumir sua própria subjetividade e *iv*) por meio da própria linguagem. O primeiro domínio corresponde à natureza externa (*außere Natur*) e diz respeito a tudo aquilo que pode ser afirmado enquanto conteúdo proposicional. Aqui, a objetividade corresponde à forma pela qual a realidade objetivada aparece no discurso e a verdade é a pretensão com qual o falante afirma a validade de uma proposição. Tem-se, assim, a seguinte correlação: natureza externa (domínio da natureza), objetividade (modo de comunicação e atitudes básicas), verdade (pretensão de validade) e representação de fatos (função geral do discurso). O segundo domínio corresponde à sociedade (*Gesellschaft*) e recorta a realidade social das normas de ação e dos valores que entram no discurso pelos atos de fala ilocucionários, configurando uma parcela não objetivada na realidade. A correlação é a seguinte: sociedade (domínio da realidade), normatividade (modo de comunicação e atitude básica), correção (pretensão de validade) e estabelecimento de relações interpessoais legítimas

²⁹¹ Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., S. 435-436.

²⁹² Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., S. 436.

(função geral do discurso). O terceiro domínio corresponde à natureza interna (*innere Natur*) dos envolvidos no discurso e diz com as intenções do falante constituindo outra parcela não objetivada da realidade. A correlação é a seguinte: natureza interna (domínio da realidade), subjetividade (modo de comunicação e atitude básica), sinceridade (pretensão de validade) e manifestação de subjetividade do falante (função geral do discurso). Por fim, a linguagem propriamente, colocando a pretensão de validade da inteligibilidade²⁹³. Nessa configuração, Habermas emprega os termos “normatividade” (*Normativität*) e “subjetividade” (*Subjektivität*) para a forma como a sociedade não objetivada ou a natureza interior não objetivada aparecem no discurso. O termo “correção” (*Richtigkeit*) é a pretensão que coloca a validade normativa de uma expressão e o termo “veracidade” (*Wahrhaftigkeit*) é a pretensão que coloca a validade da intenção da expressão. O termo intersubjetividade (*Intersubjektivität*) se refere ao caráter comum das relações estabelecidas entre indivíduos dotados de capacidade de discurso e ação por intermédio da compreensão de significados idênticos e do reconhecimento de pretensões universais²⁹⁴.

Aqueles que podem intervir na práxis argumentativa são capazes de dar e receber razões e, na medida em que são as razões que contam, coloca-se a importância do melhor argumento. Ser racional é estar no espaço do dar e receber razões e ser um agente (*agent*) racional é estar no espaço do dar e receber razões pelo quais alguém faz alguma coisa. O que é uma boa razão depende de regras lógicas e conceitual-semânticas intersubjetivamente compartilhadas deduzíveis da práxis argumentativa de uma comunidade linguística²⁹⁵.

Segundo Brandom, as normas do falar e do agir guiam o comportamento por intermédio de um saber implícito recolhido da práxis discursiva. Com isso, a autoridade epistêmica não deriva das vivências privadas dos falantes individuais, mas do discurso público da comunidade linguística que pressupõe uma práxis de dar e exigir razões. Esse modelo do entendimento mútuo consagra uma precedência do social sobre o individual no sentido de que os membros de uma comunidade linguística reconhecem responsabilidades comunicativas recíprocas. Os integrantes da rede de relações interpessoais devem responder perante si mesmos e perante os outros²⁹⁶. A práxis argumentativa pode ser comparada a um jogo de trocas de manifestações no qual os jogadores participantes do discurso contabilizam seus pontos levando em conta quem está autorizado a tais e tais atos de fala e quem aceita legitimamente de quem tais e tais atos de fala. Cada participante do jogo marca pontos com as

²⁹³ Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., S. 439-440.

²⁹⁴ Cf. HABERMAS, Was heißt Universalpragmatik?..., S. 439.

²⁹⁵ Cf. BRANDOM, Robert. *Making it Explicit*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 252-253.

²⁹⁶ Cf. BRANDOM, *Making it Explicit*..., p. 153.

suas contribuições aceitas e, além disso, marca a pontuação dos outros participantes²⁹⁷. Com isso, Brandom coloca que a compreensão de uma proposição assertória ocorre quando se reconhece as condições sob as quais ela é afirmada e, também, quando se reconhece que consequência a asserção aceita implicaria para os participantes envolvidos²⁹⁸. Assim, a compreensão epistêmica leva em consideração a segunda pessoa, que pode exigir razões para a satisfação das condições de assertibilidade e recolher as consequências da asserção aceita²⁹⁹.

O problema dessa formulação, segundo Habermas, é que a intenção que um falante coloca com o seu ato de fala não se reduz ao fato de um intérprete lhe atribuir uma opinião correspondente, sem que o próprio falante estivesse interessado na tomada de posição do intérprete. Ao contrário, como acontece no tribunal do júri, as partes desejam uma tomada de posição dos jurados. A comunicação não é uma atividade autossuficiente na qual os falantes informam os ouvintes sobre suas opiniões e intenções. É o imperativo da integração social que explica o que é primordial para o entendimento mútuo. É preciso, portanto, considerar a segunda pessoa. Com um ato de fala, o falante não deseja apenas ser corretamente compreendido, mas também se entender com o ouvinte sobre algo no mundo. Por isso, então, a importância de o ouvinte aceitar a pretensão de verdade. O dito somente pode integrar interações posteriores entre o falante e o ouvinte se ambos acreditarem no dito. Somente o acordo intersubjetivo pode firmar entre os participantes da comunicação um acordo sobre algo no mundo³⁰⁰. Um ato de fala somente pode ser compreendido quando são conhecidas as condições e consequências do acordo racionalmente motivado que o falante poderia obter por meio desse ato, ou seja, compreender uma expressão significa saber como se servir dela para se entender com alguém sobre algo no mundo³⁰¹.

A concepção objetivista do processo de comunicação de Brandom não deixa de provocar consequências incômodas sobre as questões práticas³⁰². Se a práxis de dar e exigir razões se resume a exprimir as relações conceituais existentes, então ela serve essencialmente a objetivos de conhecimento e, assim, restringe-se ao âmbito dos atos de fala constatativos ou descritivos que se tornam modelos para os atos de fala em geral. O resultado disso é

²⁹⁷ Cf. BRANDOM, *Making it Explicit...*, p. 141-142 e 181-182.

²⁹⁸ Cf. BRANDOM, *Making it Explicit...*, p. 153-157.

²⁹⁹ Cf. HABERMAS, *Theorie des Kommunikativen Handelns...*, S. 397.

³⁰⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. Von Kant zu Hegel. Zu Robert BRANDOM Sprachpragmatik. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, S. 176.

³⁰¹ Cf. HABERMAS, Von Kant zu Hegel. Zu Robert BRANDOM Sprachpragmatik..., S. 176.

³⁰² Cf. HABERMAS, Von Kant zu Hegel. Zu Robert BRANDOM Sprachpragmatik..., S. 178.

assimilação de normas a fatos e, assim, todos os outros discursos se deixam analisar sob a base das afirmações³⁰³.

Segundo Habermas, a proposta de que todas as ações podem ser justificadas como asserções de fatos é muito estreita para dar conta de uma investigação adequada do uso regulativo da linguagem. As razões de fatos que falam a favor conveniência dos meios determinam a vontade de um agente apenas na medida em que ele se comprometeu com certos fins. As razões prudências – como a de que é melhor abrir o guarda-chuva para não se molhar – são razões apoiadas em considerações de conveniência fundamentadas em fatos. O mesmo se pode dizer em relação às razões convencionais – como a de que os bancários devem usar gravatas. Contudo, diferentemente, as razões morais determinam a vontade dos agentes incondicionalmente, independentemente das preferências de uma pessoa individual e sem consideração às orientações axiológicas de determinada coletividade³⁰⁴. A partir de Kant, uma intenção prática é tanto mais racional quanto mais a vontade de um agente é amplamente determinada por considerações racionais. A vontade moralmente se deixa guiar exclusivamente por boas razões³⁰⁵. Enquanto razões prudenciais e convencionais determinam o livre arbítrio apenas relativamente a interesses dados e orientações axiológicas existentes, as razões morais guiam completamente a vontade. Enquanto as razões prudenciais contam para uma pessoa e as razões convencionais para uma determinada coletividade ou cultura, as razões morais exigem o reconhecimento e o respeito de todos os seres racionais. Nesse caso, segundo Habermas, desfaz-se a assimetria entre a justificação de pretensões epistêmicas e a justificação de intenções práticas, pois pode ser reivindicada validade universal tanto para as ações práticas como também para as afirmações. Contudo, essa semelhança quanto ao âmbito de validade (*Geltungsbereichs*) não deixa cobrir o contraste do fundamento da validade (*Geltungsgrundlage*), pois as razões para a justificação das ações morais apresentam qualidades epistêmicas diferentes das razões factuais. Os fatos não contam como fundamento para a justificação das intenções práticas³⁰⁶. A justificação para que os bancários usem gravatas, por exemplo, apóia-se menos em argumentos factuais e mais em valorações fortes (*starke Wertungen*) como a conexão que se pode estabelecer entre determinadas prescrições de vestuários e as orientações axiológicas que membros de uma determinada cultura associam

³⁰³ Cf. HABERMAS, Von Kant zu Hegel. Zu Robert BRANDOM Sprachpragmatik..., S. 179; Ver BRANDOM, *Making it Explicit...*, p. 624-625.

³⁰⁴ Cf. HABERMAS, Von Kant zu Hegel. Zu Robert BRANDOM Sprachpragmatik..., S. 183.

³⁰⁵ Cf. KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft*. 9. Aufl. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1985, S. 16 e 21.

³⁰⁶ Cf. HABERMAS, Von Kant zu Hegel. Zu Robert BRANDOM Sprachpragmatik..., S. 184.

à administração confiável de suas próprias transações financeiras³⁰⁷. A justificação de um princípio moral como, por exemplo, não lesar a ninguém, sustenta-se mais sobre uma determinada concepção de justiça ou à universalização de interesses correspondentes e, assim, mais sobre pontos de vistas normativos ou procedimentos normativos do que essencialmente sobre fatos³⁰⁸.

4.2 A AÇÃO COMUNICATIVA

Um dos passos centrais para a compreensão da ação comunicativa é a distinção entre duas formas de comunicação: ação (agir) e discurso (falar). Por um lado, as ações podem ser descritas como atividades propositivas (*Zwecktätigkeiten*) por meio das quais o agente intervém no mundo com o objetivo de realizar seus objetivos, valendo-se dos meios apropriados. Por outro lado, as ações podem ser entendidas como expressões linguísticas pelas quais o falante pretende se entender (*sich verständigen*) com outra pessoa a respeito de algo no mundo. Essas descrições linguísticas podem ser formuladas na primeira pessoa, podendo ser confrontadas com as descrições que são feitas na perspectiva de uma terceira pessoa, que observa a forma como um agente, por meio de uma atividade proposital, alcança um objetivo ou como, por meio de um ato de fala, entende-se com outra pessoa sobre alguma coisa³⁰⁹.

As ações são atos de fala nos quais as pretensões de validade colocadas são reconhecidas tacitamente, não havendo dúvida quanto à verdade de uma proposição afirmada ou dúvida quanto ao estado de coisas expressado pelo falante. Diferentemente, os discursos colocam pretensões de validade problematizadas que exigem justificação. Quando se coloca uma dúvida sobre a verdade de uma proposição afirmada pelo falante, passe-se da ação para o discurso. Os discursos, portanto, são atos linguísticos que se desenvolvem com a intervenção de vários participantes portando opiniões contrapostas umas as outras que atuam cooperativamente no sentido de eliminar as dúvidas apresentadas por intermédio da apresentação de razões e dos melhores argumentos, seguindo determinadas regras. Assim, os discursos servem para solucionar os casos de pretensões de validade problematizadas de normas e de opiniões. Consideradas as pretensões de validade, somente a pretensão de verdade proposicional e a pretensão de correção é que podem ser sustentadas discursivamente. Por

³⁰⁷ Cf. HABERMAS, Von Kant zu Hegel. Zu Robert BRANDOM Sprachpragmatik..., S. 182.

³⁰⁸ Cf. HABERMAS, Von Kant zu Hegel. Zu Robert BRANDOM Sprachpragmatik..., S. 185.

³⁰⁹ Cf. HABERMAS, Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelte..., S. 63-64.

outro lado, a pretensão de veracidade problematizada somente pode sustentada pelo comportamento posterior do falante. Daí, então, que a veracidade das expressões linguísticas não pode ser fundamentada, mas tão somente demonstrada. A falta de veracidade pode ser rastreada na falta de consistência entre a manifestação e as ações vinculadas internamente a elas³¹⁰.

A compreensão de ação e de discurso é importante para a análise das interações sociais mediadas pela linguagem. Esses dois tipos de ações estão entrelaçados na linguagem, mas ocorrem em âmbitos diferentes conforme as forças ilocucionárias dos atos de fala, que podem ter uma função coordenadora da ação ou estarem de tal forma subordinados à dinâmica não linguística de exercício de influência mútua com uma determinada finalidade³¹¹. Esses dois tipos de interação são diferentes um do outro se considerados os respectivos mecanismos de coordenação da ação, pois a linguagem pode ser usada como meio de transmissão de informação ou como fonte para interação social. Na ação estratégica, o efeito de coordenação da ação depende da influência exercida pelo falante sobre a situação da ação e também sobre o ouvinte. Na ação comunicativa, a força consensual dos atos de fala para a obtenção do entendimento é eficaz para a coordenação de ações. O falante não pode realizar atos de fala com a intenção de entrar em entendimento (*Verständigung*) com o ouvinte e, ao mesmo tempo, realizar atos de fala com o objetivo de produzir uma influência causal sobre aquele. O entendimento não pode ser forçado por um lado em relação ao outro, quer pela intervenção direta na situação da ação quer pelo exercício indireto de influência³¹².

O que resulta manifestamente (*ersichtlich*) de ameaça ou de logro não pode ser considerado um acordo intersubjetivamente controlável, pois tal intervenção viola as condições sob as quais a força ilocucionária dos atos de fala pode produzir consensos. A ação comunicativa depende da utilização da linguagem sob a satisfação de certas condições mais rigorosas (*strengeren Bedingungen*). Os participantes da ação comunicativa devem adequar seus planos cooperativamente (*Kooperativ*) dentro de um mundo da vida compartilhado e com base em interpretações comuns da situação da vida. O fim dos falantes e dos ouvintes deve ser o integral cumprimento dos objetivos ilocucionários³¹³. Com isso, os atos de fala adquirem uma força vinculativa na medida em que o falante, ao apresentar uma pretensão de validade, assume uma garantia confiável de justificar a pretensão com razões, caso necessário. Nisso, então, distingue-se a ação comunicativa da ação estratégica. O sucesso de uma ação não se

³¹⁰ Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, S. 69.

³¹¹ Cf. HABERMAS, *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenwelte...*, S. 68.

³¹² Cf. HABERMAS, *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenwelte...*, S. 69.

³¹³ Cf. HABERMAS, *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenwelte...*, S. 70.

funda na racionalidade destinada a um fim estabelecido pelos planos de ações específicas em favor dos respectivos participantes, mas sim no poder racionalmente motivamente do cumprimento dos feitos de se obter entendimento³¹⁴.

Duas situações podem clarear a distinção entre ação comunicativa e ação estratégica. Quando o falante *A* diz ao ouvinte *B* “entregue R\$ 100,00 para *C*”, conforme as exigências de uma ação comunicativa, *B* deve reconhecer o contexto normativo que confere a *A* o poder para colocar essa determinação, justificando-se assim a expectativa do interlocutor de que tem razões para agir conforme o que lhe foi estabelecido. Isso, contudo, não é suficiente. Segundo Habermas, o conhecimento das condições para o sucesso, ou seja, para *B* entregar o dinheiro a *C*, não é suficiente para se entender o significado do ato ilocucionário do ato de fala enquanto ato imperativo. Esse conhecimento deve ser complementado pelo conhecimento da existência de condições sob as quais o falante pode ter razões para justificar normativamente o que ele diz. Essas condições são satisfeitas se o falante está se dirigindo a um amigo generoso, a um credor ou a um comparsa de crime. Evidentemente, o ouvinte pode rejeitar a pretensão de validade colocando que o falante não tem razão para determinar que entregue dinheiro a outrem. Diferentemente, no contexto de uma ação estratégica, as pretensões de validade da verdade proposicional, da correção normativa e da sinceridade subjetiva não estão colocadas plenamente. Quando um assaltante, usando uma arma, exige que se lhe entregue dinheiro, as condições de validade normativa são substituídas pela ameaça. Nesse caso, o lugar do substrato normativo é ocupado pela estrutura “se..., então” da ameaça, substituindo-se as pretensões de validade normativa na ação comunicativa pela pretensão de poder. Na ação estratégica, os atos de fala não exercem as funções coordenadoras de ações, pois estas são desempenhadas por formas exteriores à linguagem³¹⁵.

Considerado o ponto de vista dos participantes, um acordo não pode ser imposto de fora de um participante em relação ao outro, seja pela via instrumental, recorrendo-se a uma intervenção direta na situação da ação, seja pela via estratégica, por meio de uma intervenção indireta sobre atitudes proposicionais do outro participante. Qualquer coisa que seja resultado manifesto de influência externa (*externe Einflußnahme*) não pode ser considerada como um acordo intersubjetivamente alcançado³¹⁶. Uma ação comunicativa como tal exige a satisfação de exigências cooperativas e comunicativas. Os participantes devem atuar em cooperação e harmonização quanto a seus planos de ação no contexto de um mundo da vida compartilhado

³¹⁴ Cf. HABERMAS, *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenwelte...*, S. 70.

³¹⁵ Cf. HABERMAS, *Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenwelte...*, S. 73-74.

³¹⁶ Cf. HABERMAS, *Zur Kritik der Bedeutungstheorie...*, S. 129.

a partir de bases de interpretações comuns das situações da vida. Além disso, os participantes devem estar empenhados em processos de entendimento sinceros quanto ao cumprimento de seus objetivos ilocucionários. Isso significa, especificamente, que os participantes devem cumprir seus objetivos ilocucionários numa atitude performativa, o que exige pretensões de validade reciprocamente colocadas entre os participantes. Assim, eles utilizam efeitos vinculativos (*Bindungseffekte*) dos atos de fala na medida em que o falante, com sua pretensão de validade, assume uma garantia confiável daquilo que diz que é válido³¹⁷. Na ação comunicativa, a origem da coordenação da ação está na força racionalmente motivadora de se obter entendimento. Os processos linguísticos funcionam como mecanismos de coordenação de ações pelo fato de os participantes da interação acordarem quanto à validade reclamada pelos seus atos de fala. Também na ação comunicativa se encontra um *telos*, mas é uma finalidade de se alcançar o entendimento próprio às estruturas da linguagem. Nesse processo, passa-se de uma atitude objetivante do agente orientada para o sucesso que busca alcançar algo no mundo e, assim, está orientada às consequências – ação estratégica – para uma atitude performativa do falante de se entender com outra pessoa sobre algo no mundo – ação comunicativa³¹⁸.

Uma ação comunicativa pode ser tomada em sentido fraco e em sentido forte. Cuida-se de ação comunicativa em sentido fraco quando a orientação para o entendimento se refere a fatos e razões relativas ao agente em termos de vontade unilateral. Na ação comunicativa em sentido forte o entendimento se refere a orientações de valor intersubjetivamente partilhadas que, para além das preferências pessoais, vinculam (*binden*) as suas vontades³¹⁹. Na ação comunicativa fraca os participantes são orientados apenas para as pretensões de verdade e de sinceridade e na ação comunicativa forte os participantes estão orientados, além disso, também para as pretensões de correção intersubjetivamente reconhecidas³²⁰. Assim, no caso de proposições intencionais do tipo “vou assinar um contrato amanhã” e de proposições imperativas do tipo “entregue o dinheiro amanhã” há somente duas pretensões de validade: a sinceridade da resolução ou da decisão e a verdade daquilo em que se acredita. Uma característica da coordenação da ação orientada para o entendimento em sentido fraco é a natureza limitada do acordo. O entendimento significa apenas que o ouvinte compreende o conteúdo da proposição intencional ou da proposição imperativa sem colocar em dúvida a sua

³¹⁷ Cf. HABERMAS, Zur Kritik der Bedeutungstheorie..., S. 130.

³¹⁸ Cf. HABERMAS, Zur Kritik der Bedeutungstheorie..., S. 130-131.

³¹⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. Rationalität der Verständigung. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, S. 122.

³²⁰ Cf. HABERMAS, Rationalität der Verständigung..., S. 122.

seriedade. Na ação comunicativa forte, um ato ilocucionário pode ser criticado relativamente a qualquer uma das pretensões de validade, independentemente de a pretensão de validade normativa ser ou não apresentada explicitamente como ocorre nas ordens e nas promessas. Mesmo as proposições descritivas, com as quais são colocadas explicitamente as pretensões de validade de verdade e de veracidade, podem ser criticadas relativamente ao contexto normativo e, caso deslocadas (*deplaziert*) ou penosas (*peinliche*), serão normativamente inconvenientes (*normativ unangemessen*)³²¹.

Segundo Habermas, é o contexto normativo que dá as condições sob as quais o falante está autorizado a realizar atos de fala regulativos como ordens, promessas, imperativos, conselhos, etc. Esses atos ilocucionários se baseiam em algo do mundo social de forma análoga que os atos de fala descritivos ou constatativos se baseiam em algo do mundo objetivo. Ainda que as normas sejam criticadas de modo diferente dos fatos e não sejam independentes dos sujeitos, as pretensões de validade de correção normativa, do mesmo modo que as pretensões de validade de verdade, podem ser justificadas discursivamente, o que significa que elas podem ser justificadas com base em razões que são as mesmas para todos os elementos do mundo social em questão³²². A ação comunicativa fraca pressupõe um mundo objetivo que é o mesmo para todos e na ação comunicativa forte os participantes contam, além disso, com um mundo social intersubjetivamente compartilhado. Por isso, enquanto na ação comunicativa fraca aparecem apenas os atos de fala descritivos ou constatativos, na ação comunicativa forte é exigida uma utilização da linguagem que diga respeito ao mundo social.

A análise dos efeitos perlocucionários dos atos de fala é importante para a compreensão do uso da linguagem orientado para as consequências e, assim, como ação estratégica. Os efeitos perlocucionários podem ser classificados neste sentido. Em primeiro lugar, os efeitos perlocucionários podem resultar gramaticalmente do conteúdo de um ato ilocucionário bem sucedido, como ocorre quando uma promessa é cumprida ou uma ordem válida é executada exatamente conforme o ordenado. Diferentemente, em segundo lugar, os efeitos perlocucionários podem ser gramaticalmente contingentes como consequências de um ato de fala em que uma notícia dada pelo falante ao ouvinte pode provocar alegria ou tristeza. Por fim, os efeitos perlocucionários somente podem ser alcançados de forma discreta. As perlocuções exigem atos ilocucionários bem sucedidos, contudo, como acontece no último caso, o domínio do objetivo ilocucionário é apenas aparente. O ato ilocucionário de declarar que “A está se comportando como um animal” assume um significado diferente à luz do

³²¹ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 123-124.

³²² Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 124.

objetivo perlocucionário declaradamente pretendido de ofender o ouvinte, razão pela qual pode ser considerado uma reprovação ou insulto. Em qualquer ato de fala o significado ilocucionário literalmente transmitido pode ser descontextualizado e reinterpretado segundo o objetivo perlocutório de expor o interlocutor ao ridículo. As ameaças, por exemplo, representam um tipo especial de perlocução na qual o ato ilocucionário de anunciar uma sanção negativa condicional adquire o sentido de uma ameaça por meio da referência explícita ao efeito perlocucionário pretendido de inibir o interlocutor. Segundo Habermas, o efeito perlocucionário de uma ameaça como impeditivo obscurece o seu significado ilocucionário enquanto anúncio. A ameaça “se não me entregares o dinheiro, vou contar toda a história da tua vida para o teu chefe” pode ser negada, primeiro, com as pretensões de validade de sinceridade e de verdade proposicional, expressamente apresentadas pelo ato ilocucionário – quando, por exemplo, o ouvinte diz que o falante não está falando com sinceridade ou que o falante nada pode dizer a respeito de sua vida privada para o seu chefe. E, segundo, a ameaça pode ser negada pelas condições contextuais do efeito perlocucionário que se pretende obter, quando, por exemplo, o ouvinte diz que o seu chefe já sabe toda a história de sua vida privada. Nesses casos, cuida-se de indicar a razão pela qual o efeito pretendido não funciona e por que a perlocução é ineficaz (*unwirksam*)³²³.

O padrão de funcionamento da linguagem que ocorre no contexto da ação estratégica é o mesmo das perlocuções. A linguagem está subordinada às exigências de uma ação orientada para o sucesso. Os adversários se confrontam mutuamente no interesse de seus planos de ação, um buscando exercer influência sobre o outro. Assim, a base da sinceridade recíproca desaparece, pois todos os atos de fala são destituídos de suas forças vinculativas ilocucionárias (*illokutionären Bindungskraft*)³²⁴. Não se trata da falta apenas do contexto normativo compartilhado mutuamente e das correspondentes pretensões de correção normativa, mas também das pretensões de sinceridade e de verdade. O objetivo não é uma motivação racional do ouvinte, mas que ele retire as suas conclusões a partir daquilo que o falante indiretamente lhe dá a entender. Os sujeitos que atuam de modo estratégico presumem mutuamente que, ao tomarem decisões racionais, fazem-no com base no que eles mesmos consideram verdadeiro. Contudo, a verdade que orienta o agir de cada um deles do ponto de vista das suas preferências pessoais e objetivos específicos não pode ser transformada em

³²³ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 127.

³²⁴ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 128.

pretensões de verdade no sentido de um reconhecimento intersubjetivamente compartilhado e sujeitas a uma justificação discursiva³²⁵.

Assim, conclusivamente, pode-se formular que todo o uso da linguagem é comunicativo e nem toda a comunicação se destina ao entendimento com base nas pretensões de validade intersubjetivamente compartilhadas. As frases proposicionais e intencionais utilizadas mentalmente não configuram um modo comunicativo. No âmbito das interações sociais, as ações comunicativas fracas são orientadas para o entendimento (*Verständigung*) e as ações comunicativas fortes – lugar dos atos de fala completamente ilocucionários (expressivos, constatativos e normativos) são orientadas para o acordo (*Einverständnis*). Por seu lado, no âmbito das ações estratégicas, as perlocuções são orientadas para as consequências ou entendimento mútuo indireto (*Verständigung*)³²⁶.

4.3 A RACIONALIDADE COMUNICATIVA

Com essas formulações estão assentadas as bases para a racionalidade comunicativa, que completa o espaço do racional juntamente com a racionalidade epistêmica e a racionalidade teleológica. Segundo Habermas, o que é racional se refere a crenças, ações e expressões linguísticas, pois, na estrutura proposicional do conhecimento, na estrutura teleológica da ação e na estrutura comunicativa do discurso estão as distintas raízes da racionalidade (*verschiedene Wurzeln der Rationalität*). Ainda que elas não tenham raízes comuns, a racionalidade comunicativa tem um papel integrativo no sentido de promover uma junção das raízes proposicional, teleológica e comunicativa³²⁷.

Uma condição para a racionalidade é a capacidade de imputabilidade (*Zurechnungsfähigkeit*). A racionalidade de qualquer pessoa depende de sua capacidade de se expressar racionalmente e, além disso, de sua capacidade de justificar suas expressões em uma perspectiva reflexiva. Uma pessoa somente pode se expressar racionalmente se, performativamente, pode colocar as pretensões de validez. Dizer que uma pessoa se comporta racionalmente e é racional pressupõe sua capacidade para se orientar conforme as pretensões de validez. A imputabilidade, portanto, pressupõe uma auto-relação refletida por parte da pessoa sobre o que diz, acredita e faz³²⁸.

³²⁵ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 128.

³²⁶ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, p. 129-130.

³²⁷ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 104.

³²⁸ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 105.

O conhecimento é intrinsecamente linguístico em razão de sua estrutura proposicional, pois o conhecimento proposicional depende da utilização de frases proposicionais. Os fatos somente podem ser conhecidos se, ao mesmo tempo, as razões pelas quais os juízos correspondentes são verdadeiros podem ser acessadas. Por isso, então, “saber o que” e “saber por que” exige, sempre, justificações. É inerente ao saber pressupor que tudo aquilo que se sabe deve ser justificado. Por isso mesmo, quem assume um saber deve estar disposto a apresentar uma justificação discursiva das pretensões de verdade correspondentes³²⁹. A racionalidade está vinculada a isto, que aquele que apresenta uma crença deve estar pronto para dar razões aceitáveis no contexto da justificação. Uma crença é racional se verdadeira a partir das razões dadas no contexto de uma justificação aceita racionalmente. Isso, contudo, não implica verdade, mas aceitabilidade justificada em um determinado contexto³³⁰. Assim, então, deve ser compreendida a racionalidade epistemológica.

A racionalidade teleológica de uma ação está diretamente vinculada ao fato de o agente ter obtido ou não o resultado desejado no mundo com base nos meios livremente escolhidos e realizados. Uma ação pode ser compreendida como a concretização de uma intenção de uma pessoa que escolhe e decide livremente. Assim, um agente bem sucedido age racionalmente quando sabe os motivos de seu sucesso e se esse conhecimento é capaz de motivá-lo de tal forma a executar a ação por razões que, ao mesmo tempo, possam explicar seu possível sucesso³³¹. Se A, que está em Veneza, pretende chegar a Roma o mais rápido possível, é racional a ação de preferir um avião a um carro como meio transporte. Portanto, para a racionalidade da ação é essencial que o agente sustente sua ação em um plano que implica a verdade de *p*, ou seja, no sentido de poder alcançar o fim desejado conforme as circunstâncias dadas. Uma ação teleológica somente pode ser racional se o agente cumpre as condições que são necessárias para a satisfação de seu desejo de intervir no mundo³³². A racionalidade da escolha exige um cálculo do sucesso da ação, o que, em determinadas situações, depende de estruturas centrais do conhecimento e do discurso. A definição do curso de ação racional, em alguns casos, estará na dependência da obtenção de informações confiáveis a respeito do estado das coisas do mundo objetivo ou sobre o comportamento e intenções das outras pessoas. Aí, então, a interação entre os diversos tipos de raízes de racionalidade.

³²⁹ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 107.

³³⁰ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 108.

³³¹ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 109.

³³² Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, S. 29.

A racionalidade comunicativa é a racionalidade da utilização comunicativa das expressões linguísticas caracterizada pelo discurso orientado para o entendimento, no qual está assegurado aos participantes da situação de fala um só mundo de vida intersubjetivamente compartilhado³³³, de tal modo que todos podem se referir a um só mundo objetivo³³⁴. Com a utilização das expressões linguísticas, o falante pode expressar suas intenções, representar o estado de coisas do mundo objetivo e, ainda, estabelecer relações interpessoais com uma segunda pessoa, disso resultando as três situações nas quais alguém pode se entender com outrem a respeito de algo no mundo³³⁵. Coloca-se, assim, que o que o falante pretende dizer com o uso de determinada expressão linguística está vinculado tanto ao que é literalmente dito com a expressão mesma como também com a ação que ela representa no mundo objetivo e, ainda, como ela deve ser compreendida enquanto tal por uma segunda pessoa. Desse modo, tem-se uma relação entre o significado da expressão linguística e aquilo que se pretende dizer, o que é dito e a forma como a expressão é utilizada no ato de fala. O objetivo ilocucionário do falante, portanto, coloca a pretensão de que o ato de fala seja compreendido e aceito pelo ouvinte³³⁶.

A racionalidade da utilização da linguagem orientada para o entendimento requer, então, que os atos de fala do falante sejam compreendidos e aceitos pelo ouvinte, daí resultando o sucesso ilocucionário. Em qualquer caso, o falante deve estar disposto a assumir uma garantia confiável no sentido de justificar discursivamente as pretensões de validade colocadas. Novamente, então, coloca-se a vinculação entre a racionalidade de um ato de fala e a sua justificação. Segundo Habermas, é somente nas argumentações que as pretensões de validade implicitamente levantadas por atos de fala podem ser tematizadas enquanto tais e testadas por intermédio de razões³³⁷. O que faz com que o que é dito pelo ato de fala seja aceito pelo ouvinte são razões que podem ser apresentadas, no contexto determinado, para a validade do que é dito. Por isso, então, a racionalidade comunicativa reside nessa ligação interna entre as condições que tornam o ato de fala válido, a pretensão apresentada pelo falante de que estas condições estão satisfeitas e a credibilidade da garantia emitida pelo falante para poder, caso necessário, justificar discursivamente a pretensão de validade. Isso corresponde aos três tipos de pretensões de validade. As pretensões de verdade no que diz aos fatos declarados relativamente aos objetos do mundo objetivo, as pretensões de sinceridade de

³³³ Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, S. 28.

³³⁴ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 110.

³³⁵ Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, S. 29.

³³⁶ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 111.

³³⁷ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 111.

expressões que tornam manifestas as experiências subjetivas a que o falante tem acesso privilegiado e as pretensões de correção em relação às normas reconhecidas no mundo social intersubjetivamente compartilhado³³⁸.

Por isso, então, são racionais não somente os atos de quem faz uma afirmação e é capaz de justificá-la, mas também os de quem segue uma norma vigente e é capaz de justificar sua ação frente a um crítico, interpretando uma situação dada a partir das expectativas legítimas de comportamento. Do mesmo modo, segundo Habermas, também é racional quem expressa um desejo ou um sentimento e, depois, é capaz de convencer a um ouvinte crítico mostrando as consequências práticas de sua vivência e se comportando de forma consistente com o que houvera manifestado³³⁹.

À compreensão da racionalidade comunicativa é importante observar que as utilizações epistemológicas e teleológicas da linguagem não dependem de uma relação interpessoal entre o falante e ouvinte. Nelas, os atos ilocucionários e as pretensões de validade ligadas a eles, que estão orientadas para o reconhecimento intersubjetivo, não desempenham nenhum papel. Para a representação do conhecimento ou para o cálculo dos efeitos da ação, como são as frases proposicionais e as frases intencionais, a expressão linguística pode ser utilizada monologicamente, pois os aspectos pragmáticos da utilização da linguagem não são relevantes. Por isso, então, elas podem ser examinadas exclusivamente pelos instrumentos da semântica formal. A compreensão de uma frase proposicional epistemologicamente utilizada depende apenas do conhecimento das condições de verdade, ou seja, do conhecimento da situação na qual é verdadeira. Na medida em que uma frase proposicional epistemologicamente utilizada se destina à apresentação (*Darstellung*) de um estado de coisas do mundo objetivo, para a representação é suficiente que o falante dê a entender, a qualquer pessoa, que está a pensar *p* ou que considera *p* verdadeiro. Diferentemente, no caso de uma afirmação (*Behauptung*) de um fato, o falante não pretende que o ouvinte apenas tome conhecimento do que ele considera verdadeiro, mas, também, pretende atingir o efeito ilocucionário de que o ouvinte reconheça (*anerkennt*) *p* como verdadeiro³⁴⁰. É exatamente o mesmo que acontece com as frases intencionais, pois se compreendem as frases intencionais que estruturam atividades propositadas quando são conhecidas as condições de sucesso, ou seja, as circunstâncias nas quais elas são consideradas verdadeiras.

³³⁸ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 112.

³³⁹ Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, S. 35.

³⁴⁰ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 114.

A racionalidade comunicativa somente faz sentido em um processo de entendimento em que são colocadas pretensões de validade sempre que o falante e o ouvinte, em uma atitude performativa dirigida a segundas pessoas, empenham-se em se entender a respeito de algo no mundo. A diferença desta utilização comunicativa da linguagem em relação à utilização não comunicativa que se dá nas frases proposicionais e nas frases intencionais – quando o agente nada anuncia em situação comunicativa – está no acréscimo de uma pretensão de validade com a qual o falante confronta o ouvinte. O significado de ato ilocucionário é o de que o ouvinte não apenas tome conhecimento da crença ou intenção do falante, mas com ele passe a compartilhar o mesmo ponto de vista. Para que o objetivo ilocucionário seja alcançado, não basta que o ouvinte conheça as condições de verdade de p , pois o ouvinte deve tanto compreender o significado ilocucionário da declaração como aceitar as pretensões de validade correspondentes³⁴¹.

Deve-se reconhecer a diferença entre um acordo (*Einverständnis*) relativamente a um fato entre os participantes de uma situação de fala e o chegar ao entendimento por parte de ambos (*sich verständigen*) relativamente às intenções do falante. O acordo somente pode ser alcançado se os participantes aceitarem uma pretensão de validade pelas mesmas razões e o entendimento (*Verständigung*) pode ser obtido quando um participante toma como boas as razões para as intenções do falante mesmo sem ter que fazê-las as suas próprias razões. Portanto, um reconhecimento intersubjetivo de todos os participantes do discurso somente pode ser obtido se todos estiverem convencidos de que p pelas mesmas razões³⁴².

No caso de anúncios ou declarações de intenções, o ouvinte pode concordar reconhecendo que a ação pretendida é racional à luz de suas preferências. Segundo Habermas, nesse tipo de compreensão mútua, a racionalidade teleológica assume uma função mediadora, de tal sorte que o ouvinte tem boas razões para levar a sério o que é anunciado, mesmo sem adotar como suas as razões do falante para a intenção declarada. Nos imperativos, contudo, a situação é diferente porque eles são intrinsecamente pragmáticos³⁴³. O significado ilocucionário dos imperativos está exatamente no fato de o falante pretender motivar o ouvinte a realizar p . Contudo, a compreensão desse sentido ilocucionário exige que se conheça a razão pela qual o falante diz, sinceramente, aquilo que diz e a razão pela qual ele acredita que o ouvinte irá agir conforme p . Assim, um imperativo é racional somente quando o falante tiver boas razões para supor que o ouvinte tem motivos para não se opor a esse

³⁴¹ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 116.

³⁴² Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 116-117.

³⁴³ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 118.

mesmo imperativo. Os anúncios e imperativos não têm como objetivo o acordo (*Einverständnis*), mas sim um entendimento mútuo que tem por base pretensões de validade e, assim, pertencem ao âmbito da racionalidade comunicativa. O seu sucesso ilocucionário é medido em termos de pretensões de verdade e de sinceridade, mesmo que isso se verifique somente em relação ao falante. Por seu lado, o ouvinte parte do pressuposto de que o falante está sendo sincero naquilo que diz e o considera verdadeiro³⁴⁴.

No caso de imperativos e declarações de intenções transformados em expressões de vontade normativamente autorizadas (*normativ autorisierte*), como é o caso das promessas, ordens e declarações, as razões normativas determinam as decisões dos sujeitos que vinculam suas vontades e, assim, entram em acordo quanto a obrigações. Diferentemente das declarações “nuas” (*nackten*) e dos imperativos “simples” (*einfachen*), as razões normativas não estão relacionadas com o agente devido ao comportamento proposicional-racional desta ou daquela pessoa, mas com as razões independentes do agente. Não são razões para a existência de um estado de coisas, mas para a satisfação de expectativas normativamente vinculadas. No caso dos atos de fala regulativos, como as promessas, ordens e declarações, existe uma pretensão de validade orientada para a justificação nos discursos práticos de tal modo que conhecer o significado ilocucionário requer conhecer o contexto normativo. Somente o conhecimento desse contexto normativo consegue dar as razões pelas quais alguém pode se sentir autorizado ou obrigado a desempenhar um determinado curso de ação ou agir conforme o imperativo. Se todos os participantes do discurso conhecem esse pano de fundo normativo, no contexto de um mundo de vida compartilhado, poderão, então, aceitar os atos de fala regulativos como válidos pelas mesmas razões³⁴⁵.

Com isso, pode ser sustentado que a razão prática remete a um entrelaçamento, no âmbito das relações interpessoais, da racionalidade epistemológica e teleológica com a racionalidade comunicativa³⁴⁶.

A racionalidade comunicativa é a racionalidade dos atos de fala vinculados às pretensões de validade colocadas na perspectiva da busca cooperativa do entendimento a respeito de algo no mundo. Cuida-se de um tipo de racionalidade que descansa em uma prática assentada em dar razões e apresentar os melhores argumentos em favor de um acordo racionalmente motivado e intersubjetivamente controlável. Um acordo alcançado comunicativamente se apóia em razões e a racionalidade dos participantes do discurso se

³⁴⁴ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 119.

³⁴⁵ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 120-121.

³⁴⁶ Cf. HABERMAS, *Rationalität der Verständigung...*, S. 121.

mede pela capacidade para apresentar as razões que suportam suas manifestações. Por isso, então, a racionalidade da prática argumentativa remete à prática da argumentação, que, então, permite o desenvolvimento de uma ação comunicativa quando o desacordo já não mais pode ser absorvido pelas práticas cotidianas da ação e tampouco pelo uso direto ou estratégico do poder. Assim, o conceito de racionalidade comunicativa se acha desenvolvido a partir de uma teoria da argumentação³⁴⁷.

A argumentação é tipo de fala na qual os participantes colocam em discussão as pretensões de validade sobre as quais há desacordo, tentando, por meio de argumentos, desenvolvê-las ou rejeitá-las. Na argumentação, sempre, são apresentadas razões conectadas às pretensões de validade problematizadas, medindo-se sua força a partir de sua capacidade para convencer os participantes em um discurso, motivando-os a aceitar a pretensão de validade em litígio. Qualquer participante de uma argumentação demonstra sua racionalidade a partir de sua forma de atuação e reação às razões que são oferecidas em face da pretensão de validade tematizada³⁴⁸.

No discurso prático, diz-se racional quem atua com lucidez em um conflito normativo, é dizer, afastando-se das emoções, paixões ou interesses imediatos, julga com imparcialidade as questões práticas a partir de um ponto de vista moral alcançado em um acordo intersubjetivamente controlado. O meio para se alcançar isso e, assim, examinar imparcialmente uma norma de ação é o discurso prático e, ou seja, a forma de argumentação em que se convertem problematizadas as pretensões de correção normativa³⁴⁹.

Assim, a racionalidade pode ser entendida como a disposição dos sujeitos capazes de linguagem e de ação para alcançarem um acordo ou um entendimento mútuo sobre algo no mundo a partir de apresentação de razões em relação a pretensões de validade problematizadas.

4.4 VERDADE E JUSTIFICAÇÃO

A pragmática universal que configura as bases dos atos de fala e da ação comunicativa autoriza formulação de um conceito procedimental da verdade. Esse conceito não epistêmico de verdade pressupõe uma concepção normativa do entendimento mútuo,

³⁴⁷ Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, S. 37.

³⁴⁸ Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, S. 38.

³⁴⁹ Cf. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns...*, S. 39.

pretensões de validez discursivamente justificáveis e uma visão de mundo fundada na pragmática formal, vinculando os atos de fala às condições de sua aceitabilidade racional³⁵⁰.

A representação e a comunicação não estão em níveis tais que a primeira goza de primazia em relação à segunda. A passagem da filosofia da consciência à filosofia da linguagem e, assim, a consolidação da virada linguística, pelo menos, deveria ter nivelado representação e comunicação, pois a linguagem serve tanto a uma como a outra e os atos de fala servem para o estabelecimento de relações interpessoais em uma relação objetiva com o mundo. Na medida em que o entendimento mútuo é inerente à linguagem, representação, comunicação e ação devem ser colocadas no mesmo plano³⁵¹. Há uma conexão entre comunicação bem sucedida e representação. O objetivo perseguido pelo falante em uma ação comunicativa destinada ao entendimento é fazer com que o ouvinte tome conhecimento de seu próprio pensamento sobre algo no mundo e, além disso, com que o ouvinte compartilhe esse mesmo pensamento. Isso somente pode ser alcançado a partir do reconhecimento intersubjetivo da pretensão de verdade apresentada pelo falante, o que pressupõe a aceitabilidade de sua proposição pelo ouvinte. Daí, então, a necessidade de se verificar a presença das condições pelas quais a proposição afirmada pelo falante possa ser justificada racionalmente como verdadeira. Essas condições não são outra coisa que não as razões que podem ser oferecidas para sustentar a verdade da proposição do falante. A conclusão de Habermas é que, se a compreensão de uma proposição somente pode ser alcançada a partir das condições de seu emprego em manifestações racionalmente aceitáveis, então deve haver uma conexão interna (*interner Zusammenhang*) entre a função representativa da linguagem e as condições de sucesso da comunicação³⁵².

A realidade com a qual são confrontadas as proposições não é uma realidade crua, mas uma realidade já impregnada pela linguagem. Mesmo as proposições mais elementares sobre o estado de coisas do mundo estão penetradas de modo indissolúvel pela linguagem, pois não há como isolar as limitações da realidade que tornam uma proposição verdadeira das regras semânticas que fixam essas condições de verdade. Somente se pode explicar o que é um fato com o auxílio da verdade de uma proposição sobre esse mesmo fato e um fato somente pode ser explicado em termos do que é verdadeiro. Nada pode ser confrontado sem o auxílio da linguagem³⁵³. Se certo é que nada pode ser justificado sem referência às

³⁵⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. Realismus nach der sprachpragmatischen Wende. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, S. 7.

³⁵¹ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., p. 9.

³⁵² Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 11.

³⁵³ Cf. HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung*..., S. 246.

proposições já aceitas e não se pode deixar a linguagem para encontrar outro teste que não a coerência, isso, contudo, por si só, não basta para garantir a verdade. O dilema que se coloca é que a verdade de uma proposição não pode ser garantida apenas por sua coerência com outras proposições já aceitas. Isso se deve à razão de que os processos de aprendizagem estão em permanente revisão que, assim, modificam a partir de dentro os contextos que os tornam possíveis e também ao fato de que esse contextualismo estrito – verdade a partir da coerência com as proposições já aceitas – não se concilia com o sentido universalista das pretensões de verdade que transcendem ao contexto³⁵⁴.

Segundo Habermas, o predicado verdade, ainda que não exclusivamente, pertence ao jogo de linguagem da argumentação de tal modo que o seu significado pode ser definido segundo os critérios de suas funções nesse jogo de linguagem, ou seja, na dimensão pragmática (*pragmatischen Dimension*) do emprego do predicado mesmo. O papel pragmático da verdade serve de intermediário entre o da certeza da ação e a assertibilidade discursivamente justificada. As certezas da ação encontram base nas práticas argumentativas nas quais as pretensões de validade colocadas são aceitas tacitamente sob uma base de convicções intersubjetivamente compartilhadas. Quando incertezas são colocadas, transita-se da ação para o discurso com a formação de uma proposição hipotética cuja validade fica suspensa até que o jogo da linguagem da argumentação defina os melhores argumentos a favor ou contra a validade controversa³⁵⁵. Na argumentação é que são analisados os melhores argumentos a favor ou contra pretensões de validade, servindo de lugar para a busca cooperativa da verdade. O problema que essa práxis da justificação suscita é como o arranjo das boas razões, que pretende conduzir a proposições justificadas, é suficiente para distinguir as pretensões de verdade legítimas das não legítimas. O que exige uma explicação é a força misteriosa (*geheimnisvolle Kraft*) do acordo obtido pelo discurso e que autoriza os participantes da argumentação, no papel de atores, a aceitar como verdadeiras as asserções justificadas³⁵⁶.

Uma alternativa para esse dilema é tomar uma compreensão da verdade – imanente à linguagem – como afirmabilidade ideal (*idealer Behauptbarkeit*). Assim, uma proposição seria verdade se e somente se suportasse a todas as tentativas de invalidação sob a base dos pressupostos pragmáticos dos discursos racionais. Uma proposição somente seria verdadeira se pudesse ser justificada em uma situação epistêmica ideal (*idealen epistemischen*

³⁵⁴ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 48.

³⁵⁵ Cf. HABERMAS, Wahrheit und Rechtfertigung..., S. 253.

³⁵⁶ Cf. HABERMAS, Wahrheit und Rechtfertigung..., S. 254.

Situation)³⁵⁷. O conceito discursivo de verdade se daria sob as exigências da práxis argumentativa realizada sob a base dos seguintes pressupostos ideais: *i*) publicidade e total inclusão de todos os envolvidos; *ii*) distribuição equitativa dos direitos comunicativos; *iii*) caráter não violento, admitindo apenas a força não coativa do melhor argumento; *iv*) proibidade das manifestações de todos os participantes³⁵⁸. Nessa formulação, a verdade de uma proposição é medida por razões justificadoras, apresentadas a partir da consideração de todas as vozes e temas relevantes, fazendo-se justiça a sua transcendência em relação ao contexto, tal como colocado pelo falante. Nessa concepção procedimental da verdade, a condição de aceitabilidade universal é satisfeita se as pretensões de verdade se mostram resistentes às objeções argumentativamente colocadas e sempre renovadas³⁵⁹. Com isso, uma proposição justificada segundo critérios particulares se distingue de uma proposição verdadeira do mesmo modo que uma proposição justificada no seu contexto se distingue de uma proposição justificada em todos os contextos. Uma proposição é verdadeira se e somente se pode ser racionalmente aceita em condições ideais³⁶⁰.

Contudo, o próprio Habermas reconhece que esse conceito de verdade procedimental como “resgate discursivo das pretensões de verdade” é contra-intuitivo, pois a verdade não é um conceito de sucesso (*Erfolgsbegriff*). É correto dizer que há uma conexão epistêmica entre verdade e justificação, mas não há uma conexão conceitual entre verdade e afirmabilidade racional em condições ideais. O que deve ser bem compreendido é que razões pragmaticamente insuperáveis não são razões obrigatórias no sentido lógico da validade definitiva³⁶¹. Os argumentos que convencem sobre a verdade de uma proposição hoje podem se revelar falsos em outra situação epistêmica. Uma análise do curso de argumentações passadas revela muito bem a falibilidade de algumas verdades passadas da história. Os pressupostos pragmáticos do discurso racional concebido em uma situação ideal de fala (*idealen Sprechsituation*)³⁶² não são suficientes para excluir a falibilidade de um consenso discursivamente alcançado em condições ideais aproximadas. Além disso, as condições ideais de assertibilidade perdem a força que caracteriza uma ideia reguladora e permite orientar o

³⁵⁷ O próprio Habermas reconhece ter defendido uma ou outra versão de tal conceito discursivo de verdade (*Diskursbegriffs der Wahrheit*), fazendo-o no mesmo sentido de Peirce, Apel e Putnam (Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 48). Sobre isso, ver HABERMAS, Jürgen. Wahrheitstheorien. In: HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, S. 174-175; HABERMAS, *Faktizität und Geltung*..., S. 28.

³⁵⁸ Cf. HABERMAS, Wahrheitstheorien..., S. 174-175; HABERMAS, *Faktizität und Geltung*..., S. 28.

³⁵⁹ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 50.

³⁶⁰ Cf. HABERMAS, Wahrheit und Rechtfertigung..., S. 256.

³⁶¹ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 50-51.

³⁶² Cf. HABERMAS, Wahrheitstheorien..., S. 174-175.

comportamento, pois elas sequer aproximadamente podem ser cumpridas por pessoas com capacidade para falar e agir³⁶³. Um saber completo (*vollständiges*), sem necessidade de complementação e infalível não seria um saber humano. Além disso, seria paradoxal a ideia de um consenso último capaz de por fim a toda outra forma de comunicação³⁶⁴.

Por essa razão, o próprio Habermas propõe uma revisão que relaciona o conceito discursivo conservado de aceitabilidade racional com um conceito de verdade pragmática, não epistêmico, sem, contudo, assimilar a verdade à assertibilidade ideal³⁶⁵. Com isso, entretanto, o conceito de discurso racional não perde o seu *status* de forma de comunicação privilegiada que convoca os seus participantes a uma contínua descentração de suas perspectivas cognitivas, pois os pressupostos de comunicação normativos da práxis argumentativa constituem obrigação que permite a formulação de juízos imparciais. É decisivo que a argumentação é o único meio disponível (*verfügbare*) para a certificação da verdade (*Wahrheitsvergewisserung*), pois não é conhecida até agora outra maneira de se examinar as pretensões de verdade que, eventualmente, venham a ser tornadas problemáticas. Isso se deve à razão de que não existe acesso direto, não filtrado, às condições de verdade das convicções empíricas. Assim, a conexão entre verdade e justificação é epistemologicamente não enganável (*epistemisch unhintergebar*), mas não é conceitualmente indissolúvel (*konzeptuell unauflöslich*)³⁶⁶. O que deve ser explicado, no entanto, é por que um acordo discursivamente motivado pode autorizar os participantes da argumentação a aceitarem a pretensão de verdade convincentemente justificada (*gerechtfertigten*) para *p* em vez da verdade (*Wahrheit*) de *p*. Segundo Habermas, a resposta está em que os discursos permanecem engastados no contexto das práticas do mundo da vida, pois eles têm a função de restabelecer um acordo de fundo parcialmente perturbado³⁶⁷. Quando é o caso de incertezas de ações e de práticas mal sucedidas, a argumentação, uma vez vencidas todas as tematizações problematizadas sobre as pretensões de validez colocadas, tem uma função restauradora para a passagem de retorno do discurso para ação. Tem-se uma motivação racional para o caminho do discurso à ação. Se uma boa justificação para *p* é suficiente para se aceitar a verdade de *p*, embora não se deva assimilar verdade com aceitabilidade racional, é necessário que as razões que autorizam a passagem do discurso para a ação sejam também boas já aos próprios participantes da

³⁶³ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 51.

³⁶⁴ Cf. HABERMAS, Wahrheit und Rechtfertigung..., S. 256.

³⁶⁵ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 51.

³⁶⁶ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 51-52.

³⁶⁷ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 53.

argumentação³⁶⁸. Três condições devem ser satisfeitas para que se possa atribuir a um falante um saber justificado de *p*: *i*) que *p* seja verdadeiro; *ii*) que o falante esteja convencido “de que *p*” e *iii*) que o falante possa justificar a sua convicção “de que *p*”. Essas são condições necessárias, mas não suficientes. O algo mais são as razões que ensinaram o falante sobre “que *p*”, estabelecendo uma conexão genética entre o saber de que o falante dispõe e a aquisição racional desse saber. As razões pelas quais o falante foi capaz de reconhecer “que *p*” são indicativas de que o falante aprendeu algo sobre o mundo. A pretensão de verdade é sempre resultado de um processo de aprendizado. Essa concepção configura uma ponte sobre o vão entre verdade e justificação, mas não o fecha totalmente³⁶⁹. O aprendizado é o que permite a conexão entre o saber e a obtenção racional do saber, mas não autoriza uma convicção discursivamente justificada à infalibilidade das certezas de ação. Os velhos erros podem ser superados, mas não há uma garantia contra novos erros, pois o estado do saber é sempre conforme a melhor situação epistêmica possível. No âmbito da ação, os atores podem chegar a bom termo sobre os saberes do mundo, mas, no âmbito da argumentação, os participantes do discurso, que estão em permanente processo reflexivo sobre o saber, a verdade e a falibilidade de uma proposição estarão sempre unidas³⁷⁰. O recomendado “uso acautelador” do predicado verdade encontra base nos já conhecidos casos de proposições convincentemente justificadas que se revelaram, mais tarde, completamente falsas.

O que isso pressupõe é que são idealizadas as características formais ou processuais da argumentação e não os seus fins. Segundo Habermas, uma idealização das condições de justificação não necessita partir de propriedades densas da cultura, mas pode começar nas propriedades formais e processuais de práticas de justificação em geral, difundidas em todas as culturas³⁷¹. Quem pretende participar de uma discussão séria e tem a intenção de se convencer de algo na conversa com outra pessoa deve supor que todos os participantes estão dispostos à coerção exclusiva do melhor argumento. Trata-se da suposição, pelos participantes, de condições improváveis: *i*) publicidade e inclusão; *ii*) participação com direitos iguais para todos; *iii*) imunização contra coerções internas e externas; *iv*) orientação dos participantes para entendimento mútuo. Nessas condições argumentativas incontornáveis, o resultado é a intuição de que as proposições verdadeiras são resistentes em todos os contextos possíveis, a todo o momento e em face de qualquer pessoa. Uma proposição verdadeira é resistente, nas condições do discurso racional, se suporta a carga de

³⁶⁸ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 54.

³⁶⁹ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 54-55.

³⁷⁰ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 55.

³⁷¹ Cf. HABERMAS, Wahrheit und Rechtfertigung..., S. 258.

argumentação em todas as tentativas de refutação que contra ela forem apresentadas³⁷². Os pressupostos da argumentação podem ser cumpridos somente aproximadamente. Isso se aplica para o presente e não para antecipar do futuro. Aliás, isso serve para lembrar a limitação e a falibilidade de um acordo alcançado. Os discursos reais produzem resultados limitados em relação ao futuro, pois não se pode saber se as proposições que, hoje, mesmo em condições aproximadamente ideais, são racionalmente aceitas, poderão suportar, no futuro, a todas as tentativas de refutação. Essa limitação implica reconhecer a aceitabilidade racional como uma prova suficiente da verdade³⁷³. Deve-se supor que os bons argumentos que, hoje, servem para suportar pretensões de verdade não serão, no futuro, superados por outros ainda melhores. Não deve haver dúvida de que efetivamente os participantes da argumentação devem (*müssen*) se comportar desse modo quando se pensa em uma descrição pragmática dos seus discursos como encaixados (*eingebetteten*) no mundo da vida. Na práxis, os indivíduos dependem das certezas da ação que pressupõem um saber aceito sem reservas. Quando alguém faz uma afirmação qualquer em uma atitude performativa, deve-se pensar que o afirmado é incondicionalmente verdadeiro, muito embora, em uma atitude reflexiva, possa-se pensar que, no futuro, outras evidências venham a sustentar o contrário do afirmado³⁷⁴.

Um dos mais importantes críticos dessas formulações é Rorty, que coincide com Habermas na crítica à verdade como correspondência ou representação da natureza³⁷⁵, mas se afasta completamente ao despojar as alegações de verdade e de validade de qualquer conotação ideal tendente a transcender os contextos provincianos locais, igualando as distinções entre verdade e justificação e, assim, o que aparece como verdade e o que é verdade³⁷⁶. Segundo Rorty, o desejo universal de verdade pode ser muito melhor descrito como desejo universal de justificação. O ponto central de sua formulação é o de que não se pode pretender buscar algo senão se pode reconhecer quando esse algo é alcançado. A diferença entre a verdade e a justificação é a diferença entre o irreconhecível e o reconhecível. A verdade não pode ser alcançada definitivamente, pois nunca se pode saber com certeza se uma determinada crença é verdadeira. Apenas se pode ter certeza de que ninguém tem, no momento, objeções para apresentar contra a verdade justificada e de que todos com ela

³⁷² Cf. HABERMAS, Wahrheit und Rechtfertigung..., S. 258.

³⁷³ Cf. HABERMAS, Wahrheit und Rechtfertigung..., S. 259.

³⁷⁴ Cf. HABERMAS, Wahrheit und Rechtfertigung..., S. 260.

³⁷⁵ Cf. RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. 2. ed. Trad. Jorge Pires. Lisboa: Dom Quixote, 2004; RORTY, Richard. *Verdad y progreso*. Trad. Barcelona: Paídos, 2000.

³⁷⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. A volta ao historicismo. In: SOUZA, José Crisóstomo de (Org.). *Filosofia, racionalidade, democracia. Os debates entre Rorty & Habermas*. São Paulo: UNESP, 2005, p. 38.

concordam.³⁷⁷ O único sentido da palavra “verdade” que não pode ser eliminado da prática linguística é o uso acautelatório, que significa o uso quando se contrasta justificação e verdade de tal sorte a estar autorizado dizer que uma crença pode ser, ao mesmo tempo, justificada e não verdadeira. Deve-se recorrer a esse uso acautelatório da verdade conforme se trata de justificação perante auditórios mais ou menos informados ou auditórios passados, presentes ou futuros. Crenças hoje tomadas como verdade podem ser, amanhã, diante de novos conhecimentos científicos, facilmente criticadas e desconstruídas. O uso acautelatório da verdade serve para sinalizar o perigo de que o que é justificado hoje como verdadeiro pode perder a sua justificação³⁷⁸. Serve para lembrar que pessoas em diferentes circunstâncias, no futuro, talvez não sejam capazes de justificar as crenças que são plenamente justificadas perante os auditórios presentes³⁷⁹. Com isso, então, Rorty rejeita a ideia de uma verdade única, incondicional e universal, independente do contexto, negando qualquer tentativa transcendental com relação ao contexto.

O problema para o qual Rorty parece não ter uma boa resposta é o do relativismo do justificado verdadeiro conforme o contexto e das consequências que isso pode provocar. A razão para isso está em considerar o contextualismo como uma solução para completar a virada linguística integralmente.

A questão ainda aberta, contudo, é o que autoriza a verdade de uma proposição justificada nessas condições ideais da argumentação, considerados os “limites de um espírito finito”. Segundo Habermas, a resposta está na ausência de mais um motivo racional para manter problematizada uma pretensão de validade temporariamente suspensa. Quando os participantes de um processo de argumentação, consideradas todas as informações disponíveis e ponderadas todas as razões relevantes, esgotam as objeções possíveis contra a pretensão de verdade levantada, não há mais motivos para a continuidade do discurso³⁸⁰. Daí, então, os atores, que haviam estabelecido uma atitude reflexiva de discurso, retornam ao contexto das ações no mundo da vida intersubjetivamente compartilhado a partir do qual se referem alguma coisa objetivamente. Os atores precisam chegar a bom termo com o mundo e, por isso, não podem deixar de ser realistas conforme o contexto de seu mundo da vida. Contudo, no nível reflexivo do discurso, onde somente os melhores argumentos é que contam, o realismo é

³⁷⁷ Cf. RORTY, Richard. Verdade, universalidade e política democrática. In: SOUZA, José Crisóstomo de. *Filosofia, racionalidade, democracia. Os debates entre Rorty & Habermas*. São Paulo: UNESP, 2005, p. 105-106.

³⁷⁸ Cf. RORTY, Verdade, universalidade e política democrática..., p. 111-112.

³⁷⁹ Cf. RORTY, Verdade, universalidade e política democrática..., p. 113.

³⁸⁰ Cf. HABERMAS, Wahrheit und Rechtfertigung..., S. 261.

revogado³⁸¹. A verdade incondicional (*unbedingte Wahrheit*), que para ser alcançada exige a suposição de condições ideais de justificação e uma descentração ampliada da comunidade de justificação (*weitergehende Dezentrierung der Rechtfertigungsgemeinschaft*) é resultado da distinção entre opinião e saber e se apóia na suposição de um mundo objetivo, tendo por base o uso comunicativo da linguagem. É apenas no nível reflexivo do discurso que se põe a questão sobre a conexão interna entre verdade e justificação, mas uma resposta a isso somente pode ser obtida a partir da interação entre ações e discursos. Somente esse entrelaçamento dos dois diferentes papéis pragmáticos pode explicar a razão pela qual uma justificação bem sucedida em um contexto permite pensar que se trata de uma proposição verdadeira independentemente do contexto³⁸².

No mundo da vida, os atores dependem das certezas de ação, pois precisam chegar a um bom termo com um mundo suposto como objetivo. Segundo Habermas, há uma necessidade prática de confiar intuitivamente naquilo tido como verdadeiro (*für-wahr-Gehaltenes*) de maneira incondicional. No contexto do discurso, avança-se para a suposição de condições ideais de justificação e descentração da comunidade de justificação³⁸³. O processo de justificação se orienta por uma verdade que transcende à justificação mesma, mas é eficaz sempre na ação da práxis da vida cotidiana. Essa é uma necessidade pragmática da justificação³⁸⁴.

Contudo, dizer que a verdade não pode ser reduzida à afirmabilidade justificada não significa ausência de relação entre verdade e justificação. Embora a verdade não seja um conceito de sucesso, uma justificação bem sucedida de *p* fala a favor da verdade de *p*. O problema que se coloca é como saber o que é verdadeiro. Entender-se como verdadeiro o justificado em uma comunidade de comunicação ideal³⁸⁵ ou numa situação ideal de fala³⁸⁶ e, assim, alcançar-se o aspecto universal e incondicional no sentido de uma transcendência de todos os contextos locais, esbarra na dificuldade de que o conceito de verdade “se distancia muito, ou não se distancia o suficiente, da assertibilidade justificada”. Um conceito discursivo de verdade, na medida em que idealiza as propriedades formais e processuais da argumentação, escapa dessa objeção. Cabe à práxis argumentativa e a sua forma criar as condições para que os melhores argumentos possam ser apresentados, assegurando a inclusão de todos os participantes em igualdade de posições, sem coação e com o objetivo de alcançar

³⁸¹ Cf. HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung...*, S. 262.

³⁸² Cf. HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung...*, S. 262-263.

³⁸³ Cf. HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung...*, S. 264.

³⁸⁴ Cf. HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung...*, S. 264.

³⁸⁵ Cf. APEL, *Transformation der Philosophie...*, p. 220-263.

o entendimento mútuo. Assim, uma proposição será verdadeira se resistir a todas as tentativas de invalidação nas condições de comunicação dos discursos racionais³⁸⁷.

4.5 A ÉTICA DO DISCURSO E A CORREÇÃO NORMATIVA

A objeção de que o projeto do iluminismo (*Aufklärung*) de fundamentar uma moral secularizada independentemente da metafísica e da religião fracassou³⁸⁸ pode ser bem respondida pela ética do discurso, assentada no princípio da universalização (*Universalisierungsgrundsatz*) *U* e no princípio ético-discursivo (*diskursethiken Grundsatz*) *D* a partir dos pressupostos da pragmática universal³⁸⁹.

Cuida-se de uma concepção cognitivista da moral que faz a exigência de um conceito epistêmico de verdade moral (*moralischer Wahrheit*) ou de correção. A validade de uma norma consiste no fato de merecer reconhecimento que pode ser verificado discursivamente. Uma norma em vigor merece reconhecimento na medida em que aceita, o que significa ser reconhecida como válida conforme as condições ideais de justificação. O conceito de verdade reformulado não altera a força racionalizante própria de uma forma pública e inclusiva, pacífica e descentrada entre pessoas de direitos iguais, mas relaciona o resultado de uma justificação bem sucedida a algo no mundo objetivo. Por seu lado, a correção de juízos e normas morais não possui esse ponto de referência, na medida em que o conceito de correção normativa se reduz à assertibilidade racional em condições ideais, faltando a conotação ontológica da referência a objetos³⁹⁰.

No lugar dos objetos, estão as relações interpessoais cuja objetividade pode ser construída a partir de um material mais brando que o da objetividade do estado das coisas. De qualquer sorte, para que as pretensões de validade moral retirem sua força obrigatória de uma incondicionalidade semelhante à verdade é necessário que a ausência de referência ao mundo objetivo do estado das coisas seja compensada pela mais expandida inclusão de pretensões alheias e de outras pessoas. O ponto de vista moral, a partir do qual se projeta o mundo idealmente ampliado das relações interpessoais, constitui um equivalente de um mundo objetivo que não está à disposição, pois enraizado em pressupostos pragmáticos da

³⁸⁶ Cf. HABERMAS, Wahrheitstheorien..., S. 174-175.

³⁸⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, S. 289.

³⁸⁸ Cf. MacINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984.

³⁸⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln. In: HABERMAS, Jürgen. *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*. 7. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, S. 127 e 132.

³⁹⁰ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 55-56.

argumentação igualmente indisponíveis³⁹¹. Os sujeitos dotados de capacidade comunicativa julgam as ações e os conflitos relevantes com relação ao universo de relações interpessoais bem ordenadas que eles mesmos projetam. Eles argumentam de um ponto de vista moral que lhes está à disposição como participantes do discurso argumentativo, pois não podem construir um reino da finalidade (*Reich der Zwecke*) como bem quiserem, mas o projetam com um universo que eles mesmos devem realizar. Por isso, então, a correção normativa não deve buscar seu sentido ontológico, pois os juízos morais se regulam por um mundo social idealmente projetado³⁹².

Isso se deve à razão de que o saber moral se distingue do saber empírico por sua referência à ação, pois diz como as pessoas devem se comportar e, portanto, guarda relação com as expectativas de comportamento moral. O saber empírico, por seu lado, diz respeito ao mundo objetivo e ao que se passa com as coisas desse mundo. Daí, então, que a verdade das proposições descritivas significa que um determinado estado de coisas existe e a correção das proposições normativas implica o caráter obrigatório dos modos de agir prescritos ou proibidos. O sentido prescritivo do ordenado (*geboten*) ou do proibido (*verboten*), contudo, vincula-se ao “sentido epistêmico do justificado (*gerechtfertigt*) e injustificado (*ungerechtfertigt*)”, dada a analogia entre o saber moral e o conhecimento. Segundo Habermas, somente uma concepção moral que estabelece uma analogia com o conhecimento autoriza uma “interpretação cognitivista da validade deontológica de normas obrigatórias”, pois o sentimento de respeito à lei (*Achtung vor dem Gesetz*) é compreendido como um fato da razão (*Faktum der Vernunft*)³⁹³. O fundamento da obrigação dos comportamentos morais ou da fundamentação de algo moralmente, depois que as religiões universais perderem o seu caráter obrigatório e credibilidade pública na modernidade – a validade das normas universalmente vinculantes (*allgemein verbindlicher*) não podia mais ser explicada a partir de razões e interpretações pressupostas na existência de um Deus criador transcendente³⁹⁴ – deve ser buscado na razão, ou seja, razões universais ou publicamente inteligíveis³⁹⁵. Essa fundamentação moral pressupõe o reconhecimento intersubjetivo de normas morais ou de práticas comuns que estabelecem para uma comunidade de modo conveniente aquilo a que estão obrigados os atores e quais devem ser as expectativas de comportamentos morais. Os membros da comunidade, sempre que as coordenações de ações fracassam, recorrem a essas

³⁹¹ Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 56.

³⁹² Cf. HABERMAS, Realismus nach der sprachpragmatischen Wende..., S. 57.

³⁹³ Cf. HABERMAS, Richtigkeit versus Wahrheit..., S. 272-273.

³⁹⁴ Cf. HABERMAS, Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral..., S. 20.

³⁹⁵ Cf. HABERMAS, Richtigkeit versus Wahrheit..., S. 272.

normas morais como razões, pois elas carregam um potencial de razões para a realização das discussões morais³⁹⁶. Assim, portanto, a fundamentação das normas e dos juízos morais descansa em razões públicas e na forma do melhor argumento desempenhado sob condições ideais de comunicação³⁹⁷.

A questão sobre até que ponto uma compreensão cognitivista dos juízos morais exige a assimilação de conceito de correção ao conceito de verdade, segundo Habermas, pode ser colocada nos seguintes termos. O primeiro ponto é que tanto a correção dos juízos morais como a verdade das proposições empíricas são estabelecidas pela argumentação. Não há acesso direto, sem o filtro da razão, às condições de verdade. Igualmente, as condições sob as quais as normas morais encontram reconhecimento universal somente podem ser acessadas pela razão. Nos dois casos, a validade das proposições requer um discurso e, portanto, um jogo das razões disponíveis. Evidentemente, falta às pretensões de validade moral a referência ao mundo objetivo, pois isso é característica das pretensões de verdade. A verdade transcende à justificação (*rechtfertigungstranszendent*), pois não se identifica como o conceito de afirmabilidade idealmente justificada (*ideal gerechtfertigter Behauptbarkeit*). Antes, aponta para condições que devem ser preenchidas pela realidade mesma³⁹⁸.

Diferentemente, a correção se reduz a uma aceitabilidade idealmente justificada (*ideal gerechtfertigter Akzeptabilität*), pois a construção do mundo social das relações interpessoais levada a efeito pelos próprios atores sociais é condição para o preenchimento das condições de validade dos juízos e normas morais. Portanto, o correto esgota o seu sentido nessa aceitabilidade idealmente justificada. Contudo, a pretensão de validade universal não é medida por conotações ontológicas, mas por condições sociais e relações de reconhecimento recíproco, aceitas como justas por todos os envolvidos. Falta à validade deontológica das proposições morais as condições ontológicas da validade veritativa, pois, no lugar da referência ao estado de coisas do mundo objetivo, que transcende a toda e qualquer justificação, entra a ideia regulativa da inclusão recíproca de pessoas estranhas num mundo inclusivo e, nesse sentido universal, de relações interpessoais bem ordenadas. São os pressupostos comunicativos do discurso racional que dão suporte à realização deste único mundo moral (*einzigsten moralischen Welt*)³⁹⁹.

O consenso alcançado pelo discurso apresenta conotações diferentes para a verdade dos enunciados e para a correção dos juízos morais. A verdade de um enunciado significa a

³⁹⁶ Cf. HABERMAS, Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral..., S. 11.

³⁹⁷ Cf. HABERMAS, Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral..., S. 49.

³⁹⁸ Cf. HABERMAS, Richtigkeit versus Wahrheit..., . 284-285.

³⁹⁹ Cf. HABERMAS, Richtigkeit versus Wahrheit..., S. 285.

existência de um estado de coisas cuja faticidade se acha enraizada no mundo dos objetos existentes independentemente de qualquer descrição. Nessa interpretação ontológica, um enunciado, por mais fundamentado que seja, pode se revelar falso à luz de novas evidências. No caso das pretensões de validade moral, segundo Habermas, é justamente essa diferença entre verdade e afirmabilidade racional que desaparece. Nos discursos práticos, quando todas as pessoas envolvidas chegam a um consenso sobre um determinado modo de agir e estabelecem esse modo como obrigatório, tem-se, para elas, algo definitivo. Não se trata de estabelecer um fato, mas de fundamentar (*begründen*) uma norma de comportamento que não consiste em outra coisa senão merecer (*verdienen*) um reconhecimento intersubjetivo (*intersubjektive Anerkennung*). Não se compreende a validade de uma proposição normativa como a existência de um estado de coisas, mas no sentido de se a norma, que estabelece um comportamento moral para a práxis cotidiana, é digna de reconhecimento (*anererkennungswürdige*)⁴⁰⁰.

O acordo obtido em condições ideais de discurso garante a correção dos juízos morais, pois a afirmabilidade idealmente justificada é o que se quer dizer com validade moral. Diferentemente do que ocorre com a pretensão de verdade, que transcende para além da justificação, a afirmabilidade igualmente justificada de uma norma ou juízo moral não vai para além dos limites do discurso em busca de algo que poderia existir independentemente do fato estabelecido de merecer reconhecimento. A correção é um conceito epistêmico, pois a validade de uma norma moral está no fato de que ela seja aceita, ou seja, reconhecida como válida sob condições ideais de justificação⁴⁰¹.

Isso, contudo, não significa uma reserva absoluta contra a falibilidade. Tanto pode haver engano quanto aos pressupostos da argumentação como quanto às circunstâncias relevantes. Quando, por exemplo, alguns atores são excluídos da participação, alguns temas não são postos à discussão, contribuições relevantes não são permitidas ou interesses específicos não são honestamente articulados ou convincentemente articulados, a conclusão pode ser a de que posições racionalmente motivadas não se façam valer. Essa falibilidade, contudo, é perfeitamente compatível com o caráter definitivo pelo qual se supõe que o discurso tenha sido realizado conforme as exigências ideais. O outro tipo de falibilidade deriva do fato de que as normas morais precisam ser completadas por discursos sobre sua aplicação, fazendo com que surja a necessidade de revisão quanto à nova fundamentação das

⁴⁰⁰ Cf. HABERMAS, Richtigkeit versus Wahrheit..., S. 297.

⁴⁰¹ Cf. HABERMAS, Richtigkeit versus Wahrheit..., S. 297-298.

normas mesmas⁴⁰². Isso, contudo, não desestabiliza necessariamente as convicções morais desde que as circunstâncias supostas nos discursos de fundamentação não sejam negadas pela história⁴⁰³.

A questão sobre a incondicionalidade da pretensão de correção dos juízos morais está vinculada a um programa universalista. Em relação a uma proposição descritiva se reivindica validade universal, o que significa o seu reconhecimento não apenas em contextos provincianos, mas, também, em todos os outros. Assim, se *p* é verdadeiro, então, *p* vale como enunciado incondicional e merece ser reconhecido com verdadeiro por todos. Em relação aos juízos morais, a sua validade é medida pela natureza inclusiva do acordo normativo obtido entre partes conflitantes. Supõe-se que a moral válida se estende a um único mundo social, que inclui igualmente todas as pretensões e pessoas. Assim, a incondicionalidade das pretensões morais de validez pode ser explicada pela universalidade (*Universalität*) de um âmbito de validez estabelecido⁴⁰⁴. Nesse sentido, então, somente são válidas as normas e os juízos morais que, incluídas igualmente as reivindicações relevantes de todas as pessoas, podem ser aceitos por boas razões por parte de cada pessoa envolvida. A correção das proposições morais, portanto, é examinada desse ponto universalista no qual os pressupostos de comunicação gerais da argumentação não podem ser dispensados⁴⁰⁵. Uma norma ou juízo moral é válido se pode ser aceito por todos desde a perspectiva de cada um. Na medida em que somente normas universais satisfazem a condição de disciplinar uma matéria no igual interesse de todos, a razão prática pressupõe a universabilidade dos interesses considerados⁴⁰⁶. Os interesses de todos devem ser considerados em igual medida, disso podendo resultar o assentimento de todos os envolvidos no discurso⁴⁰⁷.

A questão sobre como as relações entre pessoas podem ser reguladas a partir de normas morais dignas de reconhecimento pressupõe algum tipo de legitimidade, que é medida pelo consenso existente sobre o que é considerado justo. Ações igualmente boas para todos podem obter reconhecimento geral e, assim, assumirem o caráter da obrigatoriedade. Assim, os conflitos podem ser eliminados mediante razões que convençam ambos os lados, ou seja, imparcialmente. O que é justo, portanto, mede-se pelas condições de uma formação do juízo imparcial (*unparteiliche Urteilsbildung*)⁴⁰⁸. Segundo Habermas, quanto mais a substância de

⁴⁰² Cf. HABERMAS, Richtigkeit versus Wahrheit..., S. 298-299.

⁴⁰³ Cf. HABERMAS, Richtigkeit versus Wahrheit..., S. 299.

⁴⁰⁴ Cf. HABERMAS, Richtigkeit versus Wahrheit..., S. 300-301.

⁴⁰⁵ Cf. HABERMAS, Richtigkeit versus Wahrheit..., S. 301.

⁴⁰⁶ Cf. HABERMAS, Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral..., S. 46.

⁴⁰⁷ Cf. HABERMAS, Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral..., S. 49.

⁴⁰⁸ Cf. HABERMAS, Richtigkeit versus Wahrheit..., S. 302-303.

um consenso axiológico se dissipa, mais a ideia de justiça se funde com a ideia de uma fundamentação imparcial das normas. Do mesmo modo, quanto mais a erosão de concepções naturais de justiça avança, mais a justiça se purifica como um conceito procedimental. Assim, a expectativa de legitimidade – somente as normas e os juízos morais igualmente bons para todos merecem reconhecimento e, portanto, são obrigatórios para todos – pressupõe a satisfação dos pressupostos de comunicação dos discursos racionais, garantindo imparcialidade no sentido da consideração igualitária e universal dos interesses de todos os envolvidos cujos interesses são afetados. Isso pressupõe, por evidência, a satisfação das condições de inclusão de todas as pessoas potencialmente envolvidas⁴⁰⁹. No jogo da argumentação se exige a consideração dos interesses de todos os outros (*Interessen aller Anderen*)⁴¹⁰. Devem ser observados os pressupostos necessários da argumentação – completa inclusão de todos os envolvidos, distribuição igualitária de direitos e deveres da argumentação, ausência de coerção na situação de comunicação e atitude dos participantes orientada ao entendimento mútuo – de tal sorte que todas as informações e razões possam ser apresentadas livremente para escolha do melhores e decisivos argumentos. Dos participantes, segundo Habermas, deve-se esperar o exame sincero e imparcial de todas essas contribuições relevantes para a solução da questão tematizada. É muito importante, nas questões práticas, que dizem respeito aos interesses próprios e alheios, que cada participante seja sincero e imparcial. Essa imparcialidade, levada a sério, significa que cada um deve se por na situação de todos os outros e levar a compreensão que eles têm de si mesmos e do mundo tão a sério quanto a sua própria⁴¹¹. Nesse sentido, todos devem levar em conta a perspectiva de todos os demais participantes do discurso e, assim, verificar se uma norma poderá ser querida por todos sob a perspectiva de cada um (*aus der Sicht eines jeden*). Esta é a situação de um discurso racional dirigido ao entendimento do qual participam todos os interessados⁴¹².

Com isso, pode-se afirmar que a imparcialidade pressuposta na situação do discurso racional apresenta um lado motivacional e um lado cognitivo. Os participantes da argumentação são estimulados a antecipar, em pensamento, a autolegislação cooperativa (*Kooperative Selbstgesetzgebung*) que se espera deles como sujeitos atuantes no reino da liberdade (*Reich der Freiheit*). É essa antecipação que explica porque a correção, que se reduz à aceitabilidade idealmente justificada, pode pretender validade incondicional. Segundo Habermas, por conta de seus pressupostos comunicacionais de teor normativo, o discurso

⁴⁰⁹ Cf. HABERMAS, *Richtigkeit versus Wahrheit...*, S. 305.

⁴¹⁰ Cf. HABERMAS, *Richtigkeit versus Wahrheit...*, S. 306.

⁴¹¹ Cf. HABERMAS, *Richtigkeit versus Wahrheit...*, S. 311.

⁴¹² Cf. HABERMAS, *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral...*, p. 48.

pode criar por si mesmo as restrições que o projeto de um universo moral impõe à práxis da justificação. A obrigatoriedade das normas morais é dada pelo discurso, pois da perspectiva do participante a orientação é determinada pelo ponto de referência de uma comunidade inclusiva de relações interpessoais bem-ordenadas⁴¹³.

A ética do discurso, que é capaz de fundamentar o julgamento imparcial das questões morais a partir de uma práxis argumentativa comum e sob as condições ideais de comunicação, está assentada no princípio ético-discursivo (*diskursethiken Grundsatz*) *D* e no princípio da universalização (*Universalisierungsgrundsatz*) *U*. Um ponto de vista moral somente pode ser realizado em condições comunicativas que assegurem que todos possam examinar a aceitabilidade das normas morais de prática universal também desde a perspectiva de sua compreensão do mundo. Assim, o princípio do discurso *D* diz que somente podem ser válidas as normas que poderiam obter a aprovação de todos os interessados enquanto participantes de um discurso prático⁴¹⁴. Em outras palavras, conforme a ética do discurso, o que isso significa é que uma norma somente pode pretender validade quando todos os que por ela possam ser afetados, enquanto participantes de um discurso prático, cheguem a acordo quanto à validade mesma dessa norma⁴¹⁵.

Desse princípio, que exprime a ideia fundamental da ética do discurso, distingue-se o princípio da universalização, que deve ser entendido como um “princípio-ponte” porque desempenha, enquanto regra de argumentação no discurso prático, o mesmo papel que o princípio da indução executa no discurso das ciências empíricas. Esse princípio moral está assentado no imperativo categórico kantiano do caráter universal dos mandamentos morais válidos⁴¹⁶, excluindo como inválidas as normas morais que não possam encontrar assentimento de todos os afetados. O seu papel, portanto, é assegurar como válidas somente as normas que exprimem uma vontade geral (*allgemeinen Willen*)⁴¹⁷ e, assim, indicar como as normas morais podem ser fundamentadas. Essa é a condição da formação do juízo moral.

O princípio da universalização não se esgota, contudo, na exigência de que as normas morais devem apresentar a forma de proposições deônticas e universais, pois quer dizer, além disso, que as normas válidas têm que merecer o reconhecimento por parte de todos os afetados ou partes envolvidas. Com isso, então, somente são passíveis de universalização as normas que representam manifestação do interesse comum de todos os afetados e, por isso

⁴¹³ Cf. HABERMAS, Richtigkeit versus Wahrheit..., p. 312-313.

⁴¹⁴ Cf. HABERMAS, Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral..., p. 49.

⁴¹⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. Diskursethik. In: HABERMAS, Jürgen. *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*. 7. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 76.

⁴¹⁶ Cf. KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1999, S. 45.

mesmo, merecem reconhecimento intersubjetivo. O princípio da universalização *U* provoca uma troca de papéis, forçando cada um dos afetados a ponderar os interesses em jogo a partir da perspectiva de todos os outros. Daí, então, uma norma válida deve satisfazer a seguinte condição: as consequências e os efeitos colaterais, que resultarem para os interesses de cada um dos indivíduos decorrentes do cumprimento geral dessa norma, podem ser aceitos por todos os afetados em conjunto. O que isso significa é que uma norma é válida se as consequências e os seus efeitos colaterais resultantes para os interesses de cada um dos indivíduos, no caso de seu cumprimento geral, foram aceitos por todos os interessados ou partes envolvidas⁴¹⁸. O princípio da universalização é uma regra de argumentação que autoriza a formulação de acordo nos discursos práticos sobre matérias que podem ser reguladas no interesse igual de todos. Cuida-se, contudo, de uma regra que se destina a disciplinar o jogo argumentativo realizado entre diversos participantes empenhados em um esforço cooperativo destinado ao mútuo entendimento, estando excluída uma aplicação monológica do princípio da universalização⁴¹⁹. Segundo Habermas, os problemas que a argumentação pretende resolver não podem ser superados monologicamente, mas exigem um esforço cooperativo dos atores do agir comunicativo em favor de uma atitude reflexiva que tem por objetivo restaurar um consenso outrora perturbado. Em essência, os discursos práticos se destinam a restaurar consensualmente os conflitos de ação estabelecidos na vida cotidiana. Isso somente pode ser alcançado com o reconhecimento intersubjetivo de pretensão de validade da norma restaurada ou por outra norma, instaurada no lugar da primeira. Esse reconhecimento intersubjetivo pressupõe uma argumentação real, na qual participam cooperativamente os interessados em uma atitude efetivamente reflexiva⁴²⁰.

A questão da fundamentação do princípio da universalização encontra suporte nas pressuposições da argumentação em geral, que podem ser apresentadas nos planos lógico, dialético e retórico. Se a argumentação tem como objetivo produzir argumentos concludentes e capazes de convencimento e de resgatar ou rejeitar pretensões de validade, as exigências de consistência ou do cumprimento de regras lógico-semânticas não podem ser desprezadas⁴²¹. Assim, por exemplo, as regras que proíbem os falantes de contradição ou de usarem uma mesma expressão em diferentes sentidos ou obrigam os falantes a usarem sempre um mesmo predicado para um mesmo objeto ou para objetos que lhe sejam assemelhados em aspectos

⁴¹⁷ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 73

⁴¹⁸ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 75-76.

⁴¹⁹ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 76.

⁴²⁰ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 77-78.

⁴²¹ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 97.

relevantes⁴²². Como processos de entendimento mútuo, a argumentação é regulada de tal modo que os participantes do discurso argumentativo são suspensos em uma situação hipotética, liberados da coação externa da ação e da experiência, para, assim, examinarem as pretensões de validade tornadas problemáticas. É nesse plano que estão os pressupostos pragmáticos para a busca cooperativa da verdade: o reconhecimento da imputabilidade; a sinceridade de todos os participantes; as regras gerais de competência e a distribuição da carga de prova argumentativa⁴²³. Assim, por exemplo, a regra de que o falante somente pode afirmar o que acredita⁴²⁴ ou a de que quem criticar uma norma que não é objeto da discussão deve apresentar uma razão para isso⁴²⁵. No terceiro plano, o discurso se apresenta como um processo de comunicação que, relativamente ao objetivo de um acordo racionalmente motivado (*rational motivierten Einverständnisses*), apresenta uma situação de fala imunizada contra a coação externa e a desigualdade, configurando uma forma de comunicação aproximada de condições ideais. Os participantes do discurso argumentativo, segundo Habermas, não podem escapar à pressuposição de uma comunicação livre de coação externa sobre o processo de entendimento mútuo, salvo a coação dos melhores argumentos, em favor da busca cooperativa da verdade⁴²⁶. Assim, por exemplo, a regra do discurso de que todo o sujeito capaz de falar e agir pode participar de discursos, a regra de que é lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção, introduzir qualquer asserção no discurso ou manifestar suas atitudes, desejos e necessidades, bem como a regra que proíbe qualquer falante, por coação interna ou externa ao discurso, impedir a realização dos direitos estabelecidos nas regras anteriores referidas⁴²⁷.

Essas regras estabelecem quem pode participar dos discursos argumentativos, assegura igualdade de contribuição para a argumentação e acesso universal sem qualquer possibilidade coação interna ou externa ao discurso. Essas regras são pressuposições inevitáveis a toda e qualquer situação de comunicação, a menos que se pretenda incorrer em contradição performativa. A manifestação “com boas razões convenci A de que *p*” pode ser compreendida como a conclusão de uma argumentação na qual o falante, por meio de razões, convenceu o ouvinte a aceitar a pretensão de verdade associada com a asserção *p*, ou seja, o falante convenceu A de aceitar *p* como verdadeiro. Aqui, *convencer* corresponde à ideia de que uma pessoa forma sua opinião a partir de boas razões. A manifestação “por meio de uma

⁴²² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 234-235.

⁴²³ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 98.

⁴²⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 234.

⁴²⁵ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 244.

⁴²⁶ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 99.

mentira convenci *A* de aceitar *p*” incorre em uma contradição performativa, pois por meio de uma mentira alguém somente pode *persuadir* alguém a acreditar em alguma coisa. Convencer alguém da verdade de alguma coisa pressupõe um acordo racionalmente motivado alcançado nas pressuposições pragmáticas da argumentação em geral⁴²⁸.

Ninguém pode pretender convencer alguém e com ele estabelecer um acordo racionalmente motivado, senão persuadir, quando se põe a afirmar o que tampouco ele acredita. As pressuposições da argumentação são inevitáveis, sob pena de se achar o falante em uma contradição performativa. Aquele que entra em uma argumentação e apresenta uma razão para uma verdade já deve aceitar a pressuposição de que jamais pode pretender convencer o ouvinte da verdade de algo por meio de uma mentira. Com isso, o máximo que consegue é persuadi-lo e não convencê-lo. Quando o conteúdo da proposição a ser fundamentada contradiz uma das pressuposições da situação ideal de fala, a manifestação do falante não pode ser, ela mesma, considerada uma razão para o afirmado como verdadeiro.

Essas regras da abertura material e subjetiva da argumentação e da liberdade geral de atuação no discurso, segundo Habermas, não são regras constitutivas do discurso – como é o caso das regras do xadrez que determinam uma prática de jogo – mas representação de pressuposições pragmáticas que significam que os participantes devem presumir um cumprimento aproximado e suficiente para os fins de argumentação, independentemente de tal presunção apresentar um caráter contrafactual (*kontrafaktischen Charater*)⁴²⁹.

Outra observação a ser considerada é a de que os discursos estão submetidos às limitações do espaço e do tempo e tem lugar sob determinados contextos sociais. Por essas razões, então, há necessidade de que sejam adotados dispositivos institucionais, a fim de que sejam neutralizadas as limitações empíricas inevitáveis e as influências externas e internas evitáveis e, assim, possam ser cumpridas as exigências ideais da situação de fala, pelo menos aproximadamente. No campo dos discursos teóricos, a institucionalização do discurso é desempenhada pela atividade científica e, no âmbito dos discursos práticos, pela atividade parlamentar. São habilitações, competências, imunizações, regulamentos que jogam a favor do cumprimento das exigências do discurso racional⁴³⁰.

Assim, conclusivamente, podem ser sustentados os princípios da universalização *U* e do discurso *D*. Se todos que entram em argumentação devem pressupor o cumprimento das

⁴²⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 240.

⁴²⁸ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 100; PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, L. *La Nouvelle Rhétorique. Traité de L'Argumentation*. Paris: Presses Universitaires de Frande, 1958, p. 35-36.

⁴²⁹ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 102.

⁴³⁰ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 102.

regras do discurso e se as normas justificadas dizem respeito ao interesse comum de todas as pessoas envolvidas, então todos que se empenham em resgatar discursivamente pretensões de validade normativa devem aceitar as condições de procedimento que equivalem a um reconhecimento implícito do princípio da universalização. A razão disso está em que resulta das regras do discurso que uma norma cuja validade foi problematizada somente pode encontrar aceitação entre os participantes do discurso aceitam o princípio da universalização *U*, isto é, se as consequências e os efeitos laterais, que previsivelmente resultam da obediência universal da norma problematizada para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, podem ser aceitos sem coação por todos⁴³¹.

Assim, com a fundamentação do princípio da universalização *U*, fica igualmente demonstrado que as questões prático-morais podem ser decididas com base em razões. Os juízos morais apresentam conteúdo cognitivo na medida em que não se limitam a expressar afetividade, preferências ou decisões contingentes de cada falante. Por isso mesmo, a ética do discurso rejeita o ceticismo ético, dando conta de como os juízos morais podem ser fundamentados racionalmente. Igualmente, com a fundamentação do princípio da universalização *U*, a ética do discurso supera a objeção do relativismo ético, que diz que os juízos morais somente podem ser medidos segundo padrões de racionalidade ou de valor da cultura ou forma de vida à qual pertence, em cada caso, aquele que julga⁴³². Segundo Habermas, se os juízos morais não colocassem pretensão de validade universal, qualquer teoria do desenvolvimento moral que pretendesse comprovar a existência de vias de desenvolvimento universais teria fracassado. Além disso, o princípio da universalização *U* funciona como uma regra que elimina, porque são conteúdos não passíveis de universalização, todas as orientações axiológicas concretas integrantes do todo de uma forma de vida particular ou da história de uma vida individual e, desse modo, das questões valorativas do bom viver (*guten Lebens*), considerando como argumentativamente discursivas apenas as questões de justiça estritamente normativas. Com isso, a ética do discurso rejeita éticas materiais que se orientam pela felicidade e privilegiam ontologicamente um tipo de determinado de vida ética. Na medida em que a ética do discurso destaca a validade deontológica das normas de ação, o domínio do moralmente válido se demarca do domínio dos conteúdos de valor culturais. Esse ponto de vista deontológico da correção normativa é que permite que as questões práticas sejam decididas de modo racional⁴³³.

⁴³¹ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 103.

⁴³² Cf. HABERMAS, *Jürgen. Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln...*, S. 131.

⁴³³ Cf. HABERMAS, *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln...*, S. 132.

A ética do discurso, todavia, não se esgota no princípio da universalização, pois a ideia fundamental da teoria moral está no princípio da ética do discurso *D*, segundo o qual somente podem pretender validade as normas que encontram ou passam encontrar o assentimento de todos os interessados enquanto participantes de um discurso prático⁴³⁴. É preciso bem compreender, no entanto, que o único princípio moral é o princípio da universalização *U*, que funciona como regra de argumentação e pertence ao plano da lógica do discurso⁴³⁵. O princípio da ética do discurso *D* se refere a um procedimento que se empenha em resgatar discursivamente as pretensões de validade normativas, razão pela qual a ética do discurso pode ser caracterizada como formal. A ética do discurso não indica orientações de conteúdo, mas o procedimento do discurso prático, que tem sentido somente se o mundo da vida de uma determinada comunidade social e os conflitos de ação nela colocados fazem necessário o resgate discursivo de normas problematizadas⁴³⁶, garantindo a imparcialidade na formação dos juízos morais. O discurso prático, segundo Habermas, não é um processo para a produção de normas justificadas, mas se destina ao exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. É somente com esse procedimentalismo (*Prozeduralismus*) que a ética do discurso se distingue das outras éticas cognitivistas, universalistas e formalistas. O princípio da ética do discurso *D* serve para tornar consciente de que o princípio da universalização *U* exprime apenas o conteúdo normativo de um processo de formação discursiva da vontade, distinguindo-se dos conteúdos da argumentação. Todos os conteúdos devem ser colocados na dependência de discursos reais⁴³⁷.

5. AS REGRAS DA ARGUMENTAÇÃO PRÁTICA

As formulações até então apresentadas sobre a justificação das proposições normativas, nos seus elementos centrais, estão orientadas em direção a uma teoria do discurso prático racional entendido como procedimento e, assim, como uma atividade guiada por regras. Por isso mesmo, a teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática. Uma proposição normativa é correta quando é resultado de um determinado procedimento – o discurso racional prático⁴³⁸. Evidentemente, o discurso prático não tem a pretensão de ser

⁴³⁴ Cf. HABERMAS, *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln...*, S. 133.

⁴³⁵ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 103.

⁴³⁶ Cf. HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 113.

⁴³⁷ Cf. HABERMAS, *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln...*, S. 133.

⁴³⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 221; ALEXY, Robert. *Diskurstheorie und Menschenrechte*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 129-

regido pelas regras da demonstração próprias das ciências naturais, mas isso não é motivo suficiente para se lhe negar o caráter de atividade racional⁴³⁹. As proposições normativas estão sempre unidas à pretensão de correção e, com isso, à justificação e a razões. Estas, por seu lado, estão unidas a regras. Quando as razões apresentadas para a justificação de uma proposição normativa são colocadas em dúvida e, desse modo, problematizadas, razões devem ser apresentadas para dar conta da sua justificação. Se as razões apresentadas são, igualmente, tematizadas, o falante deve justificar com a apresentação de uma regra que suporta as razões antes dadas. Se esta última regra é também problematizada, uma nova regra deve ser indicada e, assim, sucessivamente.

Uma progressão desse tipo leva ao infinito, a um círculo lógico (*logischen Zirkel*) ou à necessidade da introdução de um dogma para quebrar a argumentação sem necessidade de qualquer justificação – esse é conhecido Trilema de Münchhausen (*Münchhausen-Trilema*)⁴⁴⁰. Como nenhuma dessas alternativas é satisfatória, a única saída é a justificação cumprir ela mesma uma série de exigências, ou seja, as regras do discurso racional⁴⁴¹. Evidentemente, o cumprimento dessas regras não garante que o discurso racional vai alcançar uma única resposta correta e definitiva sobre uma determinada proposição normativa, pois essa racionalidade absoluta não pode ser alcançada pelo discurso prático, que não pode ir além de assegurar um resultado racionalmente justificado. Quem pretende encontrar a certeza definitiva sobre questões práticas está buscando algo que não é acessível ao espírito finito, principalmente porque a correção dos juízos de dever e de valor somente é passível de justificação e aceitabilidade racional.

A teoria do discurso prático racional é uma teoria do discurso normativa⁴⁴² ao se ocupar de estabelecer e fundamentar os critérios que devem ser observados como exigências para a racionalidade do discurso mesmo. Em outras palavras, uma teoria do discurso é

130; ALEXY, Robert. Teoria do discurso e direitos do homem. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 103.

⁴³⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 221.

⁴⁴⁰ Cf. ALBERT, Hans. Criticismo y naturalismo. La superación del modelo clásico de racionalidad y el problema de la transición. In: ALBERT, Hans. *Razon crítica y práctica social*. Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Paídos, 2002, p. 40-41.

⁴⁴¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 223. Segundo Alexy, o conceito de regras deve ser, aqui, tomado em sentido para abranger também os princípios como mandamentos de otimização (Cf. ALEXY, ALEXY, Robert. Probleme der Diskurstheorie. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 113-114; ALEXY, Robert. Problemas da teoria do discurso. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 90) e, portanto, no sentido de uma teoria geral das normas (Cf. ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte...*, S. 130; ALEXY, Teoria do discurso e direitos do homem..., p. 103).

⁴⁴² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 225.

normativa quando cuida de indicar e de fundamentar as regras dos jogos de linguagem da práxis do discurso.

A questão sobre a fundamentação das regras fundamentais do discurso racional descansa sobre os pressupostos da pragmática universal⁴⁴³. Dizer que todo o falante une a suas manifestações as pretensões de compreensão, veracidade, correção e verdade é acertar o núcleo da fundamentação pragmática universal das regras fundamentais do discurso racional. Quem formula um juízo de valor ou de dever, coloca a pretensão de correção e, com isso, pretende que sua afirmação seja racionalmente justificada. Não releva investigar se em todo e qualquer juízo de valor ou de dever o falante coloca uma pretensão de correção ou somente quanto ele se decide (*sich entschließt*) a tomar parte de um jogo de linguagem de um discurso prático racional⁴⁴⁴, pois as pretensões de validade que estão unidas aos atos de fala não dependem dos desejos dos falantes e sim das regras que estão na base dos atos de fala mesmos. Um jogo de linguagem pressupõe o reconhecimento recíproco das pretensões de validade. A pretensão de inteligibilidade é colocada em todos os atos de fala. A pretensão de verdade é colocada nos atos de atos constataivos como, por exemplo, nas afirmações ou asserções. A pretensão de correção é colocada sempre nos atos de fala regulativos como é o caso das promessas e das ordens. A pretensão de veracidade é sempre colocada nos atos de fala representativos como é o caso dos atos que expressam intenções ou atitudes. Já os atos de fala consensuais pressupõem o reconhecimento recíproco das quatro pretensões de validade⁴⁴⁵.

Com isso, então, pode ser colocado o caráter universal das regras do discurso e, desse modo, a sua fundamentação pragmático-universal. Segundo Alexy, a validade universal das regras do discurso está fundamentada sob uma base transcendental, o que significa a linguagem como ponto de partida. Por isso mesmo, o argumento transcendental da teoria do discurso é um argumento pragmático-transcendental em que importam os pressupostos necessários dos atos de fala ou da argumentação⁴⁴⁶.

Uma explicação do argumento pragmático transcendental pode ser dada com apoio no ato de fala da afirmação, especialmente em razão dos seus pressupostos. É que o afirmar pressupõe regras e o seu cumprimento configura os pressupostos necessários do ato de fala da afirmação⁴⁴⁷. O primeiro pressuposto é o de que, sob pena de cair em uma contradição

⁴⁴³ Cf. Cap. II, n. 4.1.

⁴⁴⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 165.

⁴⁴⁵ Cf. HABERMAS, *Wahrheitstheorien...*, S. 147-148.

⁴⁴⁶ Cf. ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte...*, S. 134; ALEXY, *Teoria do discurso e direitos do homem...*, p. 106.

⁴⁴⁷ Cf. ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte...*, S. 136; ALEXY, *Teoria do discurso e direitos do homem...*, p. 107.

performativa, quem faz uma afirmação promove uma pretensão de verdade ou de correção. Como diz Alexy, quem afirma “está chovendo” e, ao mesmo tempo, diz que “isso é falso”, cai em uma contradição performativa. Uma parte do afirmado contradiz o que se pressupõe com a afirmação, ou seja, a pretensão de verdade ou correção⁴⁴⁸. Outro pressuposto é que a pretensão de verdade ou correção implica uma pretensão de fundamentação. Quem faz uma afirmação, colocando uma pretensão de correção, pressupõe a existência de fundamentos para o afirmado. Nem sequer de uma afirmação se trata se não existem fundamentos para o afirmado⁴⁴⁹. Aqueles falantes que detêm capacidade argumentativa e, assim, podem livremente entabular discursos racionais, devem, sempre, pressupor a existência da regra, inerente aos jogos de linguagem, que exige fundamentação. Essa regra não exige que todo e qualquer falante, a cada proposição, deve apresentar uma fundamentação, mas assegura a possibilidade de problematização a qualquer momento de cada proposição colocada. Assim, pode-se formular a seguinte regra de fundamentação geral (*allgemeine Begründungsregel*) dos atos de fala da afirmação: todo o falante deve, caso lhe for solicitado, fundamentar o que afirma, a não ser que possa aduzir razões que justifiquem recusar uma fundamentação⁴⁵⁰. Quem afirma algo se coloca em uma posição de dever fundamentar o afirmado. Afirmar implica assumir o dever *prima facie* de fundamentar.

A regra geral de fundamentação guarda uma relação muito estreita com os pressupostos comunicativos da situação ideal de fala. Quem se propõe a fundamentar, pressupõe aceitar o ouvinte na mesma posição, entrando no âmbito da argumentação. Assim, as exigências de igualdade de direitos, universabilidade e ausência de coação interna e externa são colocadas para todos os participantes do discurso, configurando as regras da razão (*Vernunftregeln*), que podem ser estruturadas como: *i*) uma regra para a admissão no discursivo, configurando abertura subjetiva para tomar parte do discurso pessoa com capacidade para falar; *ii*) uma regra para assegurar a liberdade da discussão, configurando abertura material para qualquer pessoa *ii*a) problematizar qualquer asserção, *ii*b) introduzir qualquer asserção no discurso e *ii*c) expressar suas opiniões, desejos e necessidades; *iii*) uma regra para proteger os falantes contra qualquer coação interna e externa ao discurso⁴⁵¹. Segundo Alexy, essas regras são importantes na medida em que estabelecem um ideal que pode ser alcançado aproximadamente, fornecem instrumentos para recusar as limitações de

⁴⁴⁸ Cf. ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte...*, S. 136; ALEXY, *Teoria do discurso e direitos do homem...*, p. 107.

⁴⁴⁹ Cf. ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte...*, S. 136-137; ALEXY, *Teoria do discurso e direitos do homem...*, p. 108.

⁴⁵⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 167.

direitos injustificáveis e, além disso, proporcionam um critério hipotético e negativo sobre a correção ou verdade⁴⁵².

Uma regra sobre o conteúdo da argumentação é a que está assentada no princípio da generalizabilidade (*Verallgemeinerbarkeitsprinzip*) e diz que uma norma é suscetível de generalização se as suas consequências diretas e indiretas podem ser aceitas por todos (*allen*) para a satisfação das necessidades de cada particular (*jeden einzelnen*). Segundo Alexy, essa regra pode formular-se, provisoriamente, assim: as consequências de uma norma para a satisfação das necessidades de qualquer indivíduo devem poder ser aceitas por todos⁴⁵³. O problema sobre quais são as necessidades que se consideram suscetíveis de generalização somente pode ser resolvida pela gênese crítica (*kritische Genese*), onde se reproduz, pelos participantes do discurso, o surgimento das regras morais, tanto no indivíduo como na história social. Assim, no exame da gênese crítica podem ser comprovadas até que ponto de se realizaram, nos diferentes níveis do desenvolvimento da sociedade, as condições da situação ideal de discurso e desse modo, podem ser objeto de crítica as regras morais surgidas nesse processo de desenvolvimento e que agora exercem influência sobre o pensamento e a argumentação⁴⁵⁴. A partir disso, pode-se formular a regra de que a interpretação das necessidades como aceitáveis de modo geral devem poder resistir à comprovação de sua gênese crítica⁴⁵⁵.

Ao lado da necessidade da base transcendental colocada pela necessidade de participação na forma mais geral de vida por meio de afirmações, pretensão de correção e fundamentação – difícil imaginar uma pessoa racional que possa passar a sua vida toda sem participar de uma atividade linguística por meio de uma afirmação, promoção de correção e fundamentação – dois outros elementos fundamentam as regras do discurso. A maximização da utilidade individual das regras do discurso e o interesse das pessoas em correção⁴⁵⁶. Segundo Alexy, uma regra detém validade real se e na medida em que existe um motivo ou interesse para cumpri-la e uma regra detém validade ideal se ela vale para todos como uma ideia regulativa e um valor positivo. Assim, por exemplo, a correção moral é um valor positivo para quem tem interesse nela. Nisso, aliás, está a importância do argumento transcendental, que é tornar claras as regras que devem ser cumpridas por aqueles que têm

⁴⁵¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 169-170.

⁴⁵² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 170.

⁴⁵³ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 172.

⁴⁵⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 173.

⁴⁵⁵ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 174.

⁴⁵⁶ Cf. ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte...*, S. 142; ALEXY, *Teoria do discurso e direitos do homem...*, p. 112.

interesse na correção. Quem tem interesse em correção, argumenta. Portanto, as regras do discurso são fundamentais para quem tem interesse na correção. Por seu lado, a maximização da utilidade individual das regras do discurso é vantajosa para todos que têm interesse na correção. Em longo prazo, mesmo para quem não tem interesse em correção, a observância das regras do discurso joga a favor da maximização da utilidade individual⁴⁵⁷.

Assim fundamentadas, as regras do discurso racional prático podem ser conhecidas mais detalhadamente. O grupo todo compreende as regras fundamentais, as regras da razão, as regras sobre a carga da argumentação, as regras de fundamentação e as regras de transição. Além disso, podem ser colocadas as formas do discurso prático racional.

5.1 AS REGRAS FUNDAMENTAIS

As regras fundamentais (*Grundregeln*) são aquelas cuja satisfação é exigida em toda e qualquer comunicação linguística em que uma pretensão de verdade ou de correção é colocada. Na formulação de Alexy, as regras fundamentais estão configuradas neste sentido: *R.1.1*. Nenhum falante pode se contradizer; *R.1.2*. Cada falante somente pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita; *R.1.3*. Cada falante que aplica um predicado *F* a um objeto *A*, tem que estar preparado para aplicar esse mesmo predicado *F* também a qualquer outro objeto semelhante a *A* em seus aspectos importantes; *R.1.4*. Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com significados diferentes⁴⁵⁸. A regra *R.1.1* remete para as regras da lógica. A regra *R.1.2* visa assegurar a sinceridade da discussão, cuidando-se de exigência colocada em toda e qualquer comunicação linguística⁴⁵⁹. A regra *R.1.3* se refere ao uso de expressões pelo falante, exigindo que o falante esteja disposto a atuar de modo coerente. Essa regra, aplicada a expressões valorativas, assume esta formulação: *R.1.3'*. Cada falante somente pode afirmar aqueles juízos de valor ou de dever a respeito de uma dada situação que igualmente estaria disposto a afirmar em relação a todas as outras situações semelhantes em aspectos relevantes com a situação dada. Essa regra *R.1.3'* é uma formulação do princípio da universalizabilidade de Hare⁴⁶⁰. Por fim, a regra *R.1.4* se refere ao uso de expressões por

⁴⁵⁷ Cf. ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte...*, S. 143; ALEXY, *Teoria do discurso e direitos do homem...*, p. 112-113.

⁴⁵⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 234-235.

⁴⁵⁹ Cf. AUSTIN, *How to Do Things with Words...*, p. 136; SEARLE, *Speech Acts...*, p. 60-61; Cap. II, n. 1.2.2.

⁴⁶⁰ Cf. HARE, *Freedom and Reason...*, p. 10; HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 12; Cap. II, n. 2.

diversos falantes, colocando a exigência de uma comunidade (*Gemeinsamkeit*) de uso da linguagem⁴⁶¹.

5.2 AS REGRAS DA RAZÃO

As regras da razão estão relacionadas à exigência de fundamentação colocada a todo aquele falante que afirma algo e, com alguém, pretende estabelecer uma ação comunicativa a respeito de verdade ou correção. A regra geral de fundamentação *R.2* diz que cada o falante, quando lhe for solicitado, deve fundamentar o que afirma, a menos que possa aduzir razões que justifiquem sua recusa à fundamentação do afirmado⁴⁶². Quem se dispõe a participar de um discurso e colocar afirmações deve estar também disposto para apresentar as razões que suportam o afirmado. Esse processo de fundamentação somente pode ser bem realizado se os participantes se encontram em posições idênticas quanto ao dar e aceitar razões, que pressupõe que todos, com capacidade argumentativa, podem participar com liberdade de discussão e sem qualquer tipo de coação interna ou externa ao discurso. A partir disso, Alexy formula as seguintes regras da razão: *R.2.1*. Cada um que pode falar pode participar de discursos; *R.2.2.a*. Cada um pode problematizar cada afirmação; *R.2.2.b*. Cada um pode introduzir qualquer afirmação no discurso; *R.2.2.c*. Cada um pode expressar suas opiniões, desejos e necessidades; *R.2.3*. Nenhum falante pode, mediante coerção interna ou externa ao discurso, ser impedido de realizar os direitos determinados em *R.2.1* e *R.2.2*⁴⁶³.

Essas regras, que colocam as condições mais importantes para a racionalidade do discurso⁴⁶⁴, configuram as exigências de abertura subjetiva e material do discurso racional, além de garantir a realização de um discurso livre de qualquer tipo de coação. Não por outra razão, essas regras expressam as ideias liberais da universabilidade e da autonomia⁴⁶⁵. Deve-se reconhecer, contudo, que as regras da razão configuram um critério hipotético e, portanto, ideal do qual uma aproximação deve ser perseguida. De qualquer sorte, como critério negativo, as regras da razão bastam, por si mesmas, para excluir o que está fora espaço de uma justificação racional. Um discurso não pode pretender racionalidade se a nem todos os falantes é assegurada a participação ou se algumas matérias estão excluídas das discussões ou se o argumento de autoridade ou de força psicológica é o que conta exclusivamente.

⁴⁶¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 236-237.

⁴⁶² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 239.

⁴⁶³ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 240.

⁴⁶⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 242.

5.3 AS REGRAS DA CARGA DA ARGUMENTAÇÃO

As regras da carga da argumentação (*Argumentationslastregeln*) se destinam a cuidar da questão da extensão e da distribuição da carga da argumentação no discurso⁴⁶⁶. Segundo Aarnio, as regras da carga de argumentação são de dois tipos: *i*) materiais e *ii*) procedimentais. As regras materiais da carga de argumentação dizem respeito ao conteúdo da justificação e encontram base na igualdade substancial. O que isso significa é que quem se afasta do tratamento igual de pessoas iguais, em situações iguais, deve suportar a carga da argumentação⁴⁶⁷. Nesse sentido, a partir do princípio da universabilidade da regra *R.1.3'* e da regra de fundamentação *R.2*, Alexy formula a regra *R.3.1*, que diz que quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente da pessoa *B* está obrigado a fundamentar. Uma razão para essa regra está em que tratar *A* diferente de *B* pressupõe uma diferença entre *A* e *B* e isso, a partir do colocado pela regra *R.1.3'*, exige uma justificação. Outra razão a favor da regra *R.3.1* pode ser encontrada nas regras da racionalidade, segundo as quais todos são iguais e, portanto, devem ser apresentadas razões para qualquer desvio dessa situação de igualdade. Aliás, as regras da razão fundamentam uma presunção em favor da igualdade⁴⁶⁸.

As regras procedimentais da carga de prova estão assentadas na ideia de continuidade e normalidade da vida intelectual e social, sustentando que uma opinião já consolidada ou adotada como prevalente em relação a outras não deve ser abandonada sem uma justificação⁴⁶⁹. Essa formulação pode ser reforçada pelo princípio da inércia de Perelman, segundo o qual uma proposição uma vez aceita somente pode ser abandonada se razões foram aduzidas em desfavor de sua manutenção⁴⁷⁰. Desse modo, quando o falante afirma algo, os participantes do discurso, conforme a regra *R.2*, têm o direito de exigir uma fundamentação. Por outro lado, quando uma proposição é pressuposta como verdadeira ou correta na comunidade dos participantes do discurso, mas isso não é afirmado expressamente, ela somente pode ser questionada se são apresentadas razões. Assim, para que algo seja objeto do discurso é preciso que seja afirmado ou questionado por alguém, indicando uma razão para

⁴⁶⁵ Cf. ALEXY, *Diskurstheorie und Menschenrechte...*, S. 130; ALEXY, *Teoria do discurso e direitos do homem...*, p. 103.

⁴⁶⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 243.

⁴⁶⁷ Cf. AARNIO, *Lo racional com razonable...*, p. 260-261.

⁴⁶⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 243.

⁴⁶⁹ Cf. AARNIO, *Lo racional como razonable...*, p. 260.

⁴⁷⁰ Cf. PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, *La Nouvelle Rhétorique. Traité de L'Argumentation...*, p. 142-143.

isso. Daí, a regra *R.3.2* dizer que quem ataca uma proposição ou uma norma, que não é objeto de discussão, deve dar uma razão para isso⁴⁷¹.

Outro elemento importante a ser considerado é que não é admissível que o falante exija, cada vez mais, razões dos demais participantes do discurso sem que isso seja justificado. Assim, se o falante apresenta uma razão, somente está obrigado a dar uma nova razão se novos contra-argumentos forem colocados. Assim, a regra *R.3.3* diz que quem apresenta um argumento, somente é obrigado a aduzir outros no caso de surgir um contra-argumento.

As regras *R.2.2.b* e *R.2.2.c* permitem a todo o falante introduzir no discurso, a qualquer momento, qualquer número de afirmativas e manifestações sobre suas atitudes, desejos e necessidades. Por isso, então, qualquer participante do discurso pode se manifestar sobre qualquer tema. Na medida em que o que deve ou não ser tema objeto do discurso é objeto do discurso mesmo, pode ser colocada a regra *R.3.4* que diz que quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos e necessidades, que não está relacionada, como argumento, a uma manifestação precedente, deve, caso lhe seja solicitado, fundamentar porque introduziu essa afirmação ou manifestação⁴⁷².

5.4 AS FORMAS DE ARGUMENTOS

As formas de argumentos (*Argumentformen*) servem para indicar como podem ser justificadas as proposições normativas no discurso prático. Por forma de argumento se deve entender um olhar sobre a estrutura da proposição afirmada pelo falante e das proposições aduzidas ou pressupostas diretamente para suportar a proposição afirmada. A estrutura da proposição é dada pela sua forma lógica e também pelo seu caráter – proposições empíricas, proposições morais, proposições jurídicas, etc⁴⁷³. Segundo Alexy, as proposições normativas podem ser justificadas de dois modos. No primeiro, toma-se como referência uma determinada regra *R*, pressuposta como válida; no segundo, são indicadas as consequências *F* de se seguir o imperativo implicado na proposição normativa *N*. Há semelhança estrutural entre esses dois modos de justificar as proposições normativas. Quem recorre a uma regra em uma fundamentação pressupõe que estejam cumpridas as condições de aplicação dessa mesma regra⁴⁷⁴. Essas condições de aplicação podem ser as características de uma determinada

⁴⁷¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 244.

⁴⁷² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 245.

⁴⁷³ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 123; TOULMIN, *The uses of argument...*, p. 98-99.

⁴⁷⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 245-246.

pessoa, como a condição de brasileiro ou estrangeiro; homem ou mulher; criança, adolescente ou adulto. Igualmente, as condições de aplicação de uma regra podem ser características de uma ação, como é o caso de uma ação voluntária ou involuntária ou de um objeto, como é o caso de um bem móvel ou imóvel.

Assim, quem apresenta uma regra como razão para uma proposição normativa N pressupõe a verdade de uma afirmação T , descrevendo essas características ou a existência de um determinado estado de coisas ou ocorrência de um determinado acontecimento. Por outro lado, quem aduz, como razão para a proposição normativa N , uma afirmação sobre consequências F , pressupõe uma regra que expressa que a realização dessas consequências é obrigatória ou boa. Essa formulação é uma generalização da noção de que a apresentação de uma razão G pressupõe a existência de uma regra que afirma que algo é uma razão para alguma outra coisa. Essa forma de argumento geral pode ser configurada assim: $F.4. GR=N$. As duas formas dela retiradas podem ser apresentadas assim: $F.4.1. TR=N$ e $F.4.2. FR=N$ ⁴⁷⁵.

Daí, então, que a discussão sobre a razão dada para justificar uma proposição normativa N vai recair sempre sobre a própria fundamentação da regra R de sustentação da razão apresentada. A partir disso, então, o que interessa é a discussão a respeito da defesa e da fundamentação da regra R . Existem diferentes modos de se defender uma regra R . Em primeiro lugar, a regra R pode ser justificada com base na existência de um determinado estado de coisas. Isso significa dizer que a regra implica um estado de coisas Zr . Por outro lado, em favor da regra, pode se dizer que um estado de coisas futuro será alcançado Zf se a regra for mantida. De qualquer sorte, em qualquer dos casos, trata-se de consequências Fr da regra R ⁴⁷⁶. É interessante destacar que também no caso da justificação de R por intermédio de Fr é válida a tese de que a indicação de uma razão para uma afirmação pressupõe uma regra segundo a qual a razão indicada é uma razão para essa afirmação. Por isso, então, faz-se necessária uma segunda regra R' , que exija R sob uma condição T' . Com isso, então, as formas de argumentos antes apresentadas configuram formas de argumentos de segundo nível: $F.4.3. FrR'=R$ e $F.4.4. T'R'=R$ ⁴⁷⁷.

Nessas quatro diferentes formas de argumentos, a aplicação de uma regra pode conduzir, em cada caso, a um resultado. Como regras distintas podem levar a resultados incompatíveis em fundamentações de uma mesma forma ou em fundamentações de formas diferentes, deve-se decidir qual é a fundamentação que merece prioridade. Para resolver essa

⁴⁷⁵ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 246.

⁴⁷⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 246.

⁴⁷⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 247.

questão, Alexy formula regras de primazia (*Vorrangregeln*). Existem regras de prioridade que estabelecem que algumas regras gozam de primazia sobre outras em quaisquer condições. Essas regras apresentam a seguinte forma: *RiPPk*. Além dessas regras, existem outras que estabelecem que algumas regras gozam de prioridade sobre outras somente em determinadas condições *C*. Essas regras apresentam a seguinte forma: $(RiPPk)C$. Evidentemente, em caso de conflitos entre regras de prioridade deve se recorrer às regras de prioridade de segundo nível: $Ri'PPk'$ e $(RiPPk')C$ ⁴⁷⁸.

Contudo, segundo Alexy, não é possível justificar todas as regras, pois sempre há algumas que simplesmente devem ser aceitas, pois do contrário o processo de justificação não seria possível. Não é demasiado se insistir que a exigência de racionalidade não significa que todas as regras devam ser simultaneamente justificadas, mas apenas que qualquer regra possa ser submetida ao processo de justificação ela mesma⁴⁷⁹.

5.5 AS REGRAS DE FUNDAMENTAÇÃO

As regras de fundamentação (*Begründungsregeln*) são as regras que determinam diretamente o conteúdo das proposições e das regras mesmas. Essas regras podem ser divididas em dois grupos. O primeiro é constituído a partir de derivações do princípio da generalizabilidade e o segundo a partir da comprovação de resistência da gênese crítica da criação e desenvolvimento das normas.

O princípio da generalizabilidade serve para a formulação das regras de fundamentação. Uma das suas derivações, o princípio da universalizabilidade de Hare⁴⁸⁰, juntamente com o princípio da prescritividade⁴⁸¹, permite a configuração da regra *R.5.1.1*, que diz que quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve aceitar as consequências dessa mesma regra também no caso hipotético de que se encontre na mesma situação daquelas pessoas. O que essa regra significa é que cada um deve poder estar de acordo com as consequências das regras que pressupõem ou afirmam para todos os demais⁴⁸².

O princípio da generalizabilidade de Habermas, configurado a partir dos pressupostos comunicativos da situação ideal de fala, segundo os quais todos deliberam com

⁴⁷⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 249.

⁴⁷⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 250.

⁴⁸⁰ Cf. HARE, *Freedom and Reason...*, p. 10; HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 12.

⁴⁸¹ Cf. HARE, *Freedom and Reason...*, p. 91 e 93; Cap. II, n. 2.

⁴⁸² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 251.

igualdade de direitos e livres de coação interna ou externa, diz que somente podem encontrar o acordo geral as proposições normativas e regras que todos possam aceitar⁴⁸³. A diferença entre este princípio e a regra *R.5.1.1* é que a regra tem como ponto de partida as concepções de cada falante e o princípio tem suporte nas percepções comuns havidas entre os participantes do discurso. A partir disso, pode ser formulada a regra *R.5.1.2*, que diz que as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um e de todos os indivíduos devem poder ser aceitas por todos. O que isso significa é que cada um deve poder estar de acordo com cada regra, ou seja, cada um deve concordar com cada regra⁴⁸⁴.

O princípio da generalidade de Baier sustenta as exigências de abertura e sinceridade no discurso⁴⁸⁵, no mesmo sentido da regra *R.1.2*, que diz que cada falante somente deve afirmar aquilo que ele mesmo acredita. A partir disso, Alexy sugere a regra *R.1.3*, que diz que cada regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral⁴⁸⁶.

Ainda que não seja possível se encontrar um acordo racional em cada caso quanto a concepções (*Auffassungen*) incompatíveis, o procedimento da gênese crítica é alternativa adequada para reduzir o grau de desacordo. O programa da gênese crítica proposto por Habermas diz que o desenvolvimento do sistema de regras morais é retrospectivamente construído pelos participantes do discurso. Desse modo, para as diferentes fases do desenvolvimento, podem ser estabelecidas até que ponto as condições do discurso racional foram realizadas. A partir disso, no presente, as regras que surgem neste processo de desenvolvimento e que determinam nossa argumentação prática podem ser criticadas⁴⁸⁷. Assim, Alexy, apresenta a seguinte regra: *R.2.1*. As regras morais, que servem de base para as concepções morais do falante, devem ser capazes de suportar a revisão de sua gênese histórica-crítica. Uma regra moral não suporta tal comprovação se: a) ela, sem dúvida, primitivamente era justificável racionalmente, mas perdeu, nesse meio tempo, sua justificação; ou b) ela, já, primitivamente, não era justificável racionalmente e também não se deixam aduzir para ela novas razões suficientes⁴⁸⁸. Essa revisão quanto à formação histórico-social das normas deve ser complementada pela revisão quanto ao desenvolvimento individual das concepções normativas, resultando a regra *R.2.2*, no sentido de que as regras morais, que servem de base para as concepções morais do falante, devem poder resistir à

⁴⁸³ Cf. HABERMAS, *Eine genealogische Betrachtung zum kognitiven Gehalt der Moral...*, S. 49; HABERMAS, *Diskursethik...*, S. 76; Cap. II, n. 4.5.

⁴⁸⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 173 e 252.

⁴⁸⁵ Cf. BAIER, *The Moral Point of View...*, p. 101; Cap. II, n. 3.

⁴⁸⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 252.

⁴⁸⁷ Cf. HABERMAS, *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln...*, S. 127-206, 1999.

⁴⁸⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 253.

revisão de sua formação histórico-individual. Uma regra moral não suporta semelhante revisão se ela foi estabelecida somente sob condições de socialização não justificáveis, como aquelas em que o discurso não seja aberto material e subjetivamente⁴⁸⁹.

Uma última regra deste grupo resulta do fato de que o discurso prático se desenvolve com a finalidade de resolver questões práticas realmente existentes. Por isso, então, a regra R.5.3 dispõe que os limites fáticos dados de realizabilidade devem ser respeitados⁴⁹⁰.

5.6 AS REGRAS DE TRANSIÇÃO

As regras de transição (*Übergangsregeln*) são regras destinadas a autorizar que cada falante possa transitar do discurso prático para uma questão de discurso teórico, de análise da linguagem ou de teoria do discurso. Essas regras se justificam porque o discurso prático não resolve todas as questões que nele podem ser colocadas. Questões de fato, problemas linguísticos e relativos às exigências colocadas na discussão de questões práticas não podem ser resolvidas pelo discurso prático. Assim, Alexy formula as seguintes regras de transição: R.6.1. Para qualquer falante, a qualquer momento, é possível passar a um discurso teórico (empírico); R.6.2. Para qualquer falante, a qualquer momento, é possível passar a um discurso analítico-linguístico (de análise da linguagem); R.6.3. Para qualquer falante, a qualquer momento, é possível passar a um discurso teórico-discursivo (de teoria do discurso). Segundo Alexy, a regra R.6.1 é de significativa importância, pois, muitas vezes, os falantes estão de acordo quanto às premissas normativas, mas divergem quanto aos fatos como, por exemplo, sobre as consequências de um determinado curso de ação. Em uma discussão sobre se a instalação de uma fábrica em uma determinada área deve ou não ser autorizada, podem ser colocados, por um lado, os argumentos a favor da proteção ambiental e, por outro, os argumentos a favor do desenvolvimento econômico e social da região. Uma análise prognóstica quanto às consequências ambientais da instalação e funcionamento da fábrica na área e quanto ao nível de desenvolvimento econômico e social da região somente pode ser alcançada no âmbito do discurso teórico. Muitas vezes, até mesmo o conhecimento empírico não alcança a certeza desejável, devendo-se recorrer à presunção racional⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 254.

⁴⁹⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 254.

⁴⁹¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 255.

5.7. A CORREÇÃO E OS LIMITES DO DISCURSO PRÁTICO

A teoria do discurso coloca a correção de uma proposição normativa como resultado do cumprimento das regras do discurso. A observação dessas regras garante a correção do resultado do discurso. Com isso está colocada a relação entre correção e procedimento. A questão que pode ser formulada é se a teoria do discurso conduz à correção prática. Segundo Weinberger, a observância das regras do discurso não assegura a correção da proposição normativa discursivamente alcançada⁴⁹². A justificação de uma proposição normativa e, assim, a sua correção não dependem do cumprimento das regras do discurso, mas sim de que em seu favor sejam apresentadas boas razões assentadas em argumentos dados a partir da lógica e da experiência⁴⁹³.

A respeito disso, Alexy observa que uma proposição normativa é correta quando ela *pode* ser resultado do procedimento do discurso racional⁴⁹⁴. Deve-se compreender que a teoria do discurso não considera como correto qualquer resultado de uma comunicação linguística, mas apenas a proposição normativa que resultar de um discurso racional. Na medida em que a racionalidade do discurso depende do cumprimento das regras do discurso, o que deve ser verificado é se o cumprimento dessas regras assegura que a proposição normativa encontre justificação em boas razões⁴⁹⁵. As regras do discurso estão diretamente implicadas com boas razões. Assim, por exemplo, a regra *R.1.1*, que coloca a exigência de não contradição; as regras *R.1.3* e *R.1.3'*, que cuidam da universalização para uso consistente dos predicados; a regra *R.6.2*, que se refere à exigência de clareza e precisão no uso da linguagem; a regra *R.6.1*, que coloca a questão da verdade empírica; a regra *R.4*, que destaca o caráter dedutivo dos argumentos; as regras *R.4.2* e *R.4.3*, que tomam em consideração as consequências; as regras *R.4.5* e *R.4.6*, que determinam as relações de preferências e as regras *R.5.2.1* e *R.5.2.2* que dizem respeito à formação das convicções morais. Da mesma forma, as regras da razão *R.2.1*, *R.2.2* e *R.2.3*, que determinam a consideração de todas as objeções e pontos de vista, são decisivas para a relação de implicação entre a teoria do discurso e bons argumentos⁴⁹⁶. Um discurso somente será racional se todos os participantes cumprirem as

⁴⁹² Cf. WEINBERGER, Otta. *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation...*, S. 188.

⁴⁹³ Cf. WEINBERGER, *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation...*, S. 203.

⁴⁹⁴ ALEXY, Robert. *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 95; ALEXY, Robert. *A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica*. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78.

⁴⁹⁵ Cf. ALEXY, Robert. *Nachwort* (1991): *Antwort auf einige Kritiker*. In: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, S. 400-401.

⁴⁹⁶ Cf. ALEXY, *Nachwort* (1991): *Antwort auf einige Kritiker...*, S. 401.

exigências colocadas pela teoria do discurso, quando, então, pode-se falar em justificação racional obtida pelo consenso. Isso, contudo, não significa que a obtenção do consenso é o que basta para a racionalidade do discurso, pois nem todo o consenso é resultado da situação ideal de discurso racional. O consenso obtido sob as condições da pragmática universal é racional, mas o consenso alcançado em situação de manipulação psicológica de massas está muito distante da racionalidade.

Além do cumprimento das regras do discurso pelos participantes da atividade argumentativa, os falantes e ouvintes devem deter habilidades imaginativas e capacidades intelectivas para discernir e apresentar boas razões em favor das proposições normativas. Isso se aproxima um pouco das condições de *input* e *output*, colocadas por Searle quanto aos atos de fala⁴⁹⁷, mas com elas não se identifica. Evidentemente, aqui, a suficiente capacidade de juízo e de imaginação dos participantes do discurso não representa exigência do discurso. Segundo Alexy, a relação entre a capacidade de juízo e de imaginação dos participantes e o discurso pode ser comparada à que existe entre uma Constituição e a capacidade dos cidadãos para as atividades políticas e sociais. Estas não são exigidas pelas normas constitucionais, mas constituem pressuposto para a Constituição⁴⁹⁸.

A teoria do discurso prático não pretende alcançar a correção normativa em sentido absoluto, pois mesmo o cumprimento das regras do discurso e a suficiente capacidade de juízo dos participantes não garantem uma correção normativa em sentido absoluto e definitivo. Isso porque, sobre questões práticas, uma correção absoluta não pode ser alcançada. Se essa exigência não é colocada, nenhum outro procedimento é mais adequado do que o discurso racional para a justificação da correção prática das proposições normativas⁴⁹⁹.

Isso mesmo já serve para indicar os limites do discurso prático geral.

A questão da aplicação das regras do discurso coloca questões de conhecimento, de imposição e de organização. A observação das regras e das formas de argumentos dados aumentam, certamente, a possibilidade de um acordo quanto a questões práticas, porém elas não garantem que se possa chegar a um acordo racional sobre cada questão e tampouco que cada acordo alcançado seja definitivo e irrevogável. As razões para isso estão em que as regras da razão somente podem ser cumpridas aproximadamente e todo o discurso prático tem que tomar como ponto de partida as concepções normativas historicamente dadas e, por isso, mutáveis. Além disso, as próprias regras da racionalidade sinalizam que o resultado do acordo

⁴⁹⁷ Cf. SEARLE, *Speech Acts...*, p. 57.

⁴⁹⁸ Cf. ALEXY, Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker..., S. 403.

⁴⁹⁹ Cf. ALEXY, Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker..., S. 403.

racional é sempre provisório, pois autorizam que qualquer falante possa, a qualquer tempo, atacar qualquer regra e proposição normativa⁵⁰⁰.

Aliás, a propósito da violação das regras do discurso, deve-se olhar para o caráter distinto das diferentes regras. As regras *R.1.1*, *R.1.3'* e a *R.5.3*, que tratam da ausência de contradição, do princípio da universabilidade e da realizabilidade, respectivamente, são do tipo cuja violação pode ser mais claramente verificada. Diferente é o caso das regras do tipo que somente podem ser aproximadamente cumpridas, como é o caso da *R.2.1* e da *R.1.2*, que dispõem sobre a universabilidade do acordo e a universabilidade da participação, respectivamente. Nesse caso, o cumprimento em uma dada situação depende da verificação da adequação a regra em uma medida ótima⁵⁰¹.

O fato de que algumas regras do discurso apresentam um caráter ideal implica a distinção entre discurso ideal e discurso real. As condições do discurso prático ideal como, por exemplo, o tempo ilimitado, a abertura subjetiva e material ilimitada e a ausência de coação interna e externa, configuram uma ideia regulativa que deve estar presente no discurso prático real. Se correto é dizer que nunca alguém participou de um discurso ideal e tampouco isso irá acontecer, também é certo afirmar que entrar no âmbito de uma argumentação real requer dos participantes a pressuposição das condições ideais do discurso. No discurso real, realizado sob condições de tempo limitado, participação limitada e liberdade de coação interna e externa limitada, o falante que pretende convencer o ouvinte deve pressupor, juntamente com este, a existência das condições ideais do discurso⁵⁰². Quanto mais próximo o discurso real estiver das condições ideais de discurso mais próxima a solução normativa da correção normativa mesma. Daí, então, que a teoria do discurso pressupõe uma concepção procedimental absoluta de correção (*absolute prozedurale Konzeption der Richtigkeit*)⁵⁰³. Em discursos práticos se trata de alcançar uma solução correta para o caso de conflitos de interesses, mas a resposta correta é um fim a ser perseguido. Os participantes do discurso, independentemente da existência ou não de uma resposta correta, devem colocar a pretensão de que a sua resposta seja a única correta⁵⁰⁴. O discurso do qual foram excluídos aqueles que não estavam dispostos a aceitar a retórica emocional do grupo de participantes dominantes, que pretendiam apenas proteger seus próprios interesses e no qual se tenha obtido a

⁵⁰⁰ Cf. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 255; ALEXI, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 98-99; ALEXI, *A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica*, p. 81-81.

⁵⁰¹ Cf. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 256.

⁵⁰² Cf. ALEXI, *A institucionalização da razão...*, p. 28.

⁵⁰³ Cf. ALEXI, *Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker...*, S. 414.

⁵⁰⁴ Cf. ALEXI, *Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker...*, S. 403.

proposição normativa N_1 , é bem diferente de outro discurso, realizado em condições tais em que nenhum participante tenha sido excluído, sem dominação, com argumentação clara e precisa, suposições acertadas ou prováveis sob circunstâncias de fato e onde todos, até quanto possível, na situação dos outros e com eles discutiram suas interpretações de interesses, no qual a solução para o conflito de interesses tenha sido dada pela proposição normativa N_2 . Evidentemente, o segundo discurso está mais próximo do discurso ideal do que o primeiro e, por isso mesmo, N_2 está mais próximo da correção do que N_1 ⁵⁰⁵.

Com relação às questões de conteúdo, a aplicação das regras do discurso pode conduzir às seguintes modalidades discursivas: *i*) necessidade discursiva (*diskursive Notwendigkeit*), *ii*) impossibilidade discursiva (*diskursive Unmöglichkeit*) ou *iii*) possibilidade discursiva (*diskursive Möglichkeit*). Se duas pessoas iniciam uma atividade argumentativa sobre uma questão prática, conforme o procedimento dado pelas regras do discurso racional, defendendo, cada uma, as proposições normativas diferentes e incompatíveis N_1 e N_2 , elas podem terminar assim: *i*) ambas concordam com a proposição normativa N_3 , que pode ser idêntica ou não com N_1 ou com outra proposição N_2 ; *ii*) ambas recusam a proposição normativa N_3 ; *iii*) uma pessoa está para a proposição normativa N_3 e outra está para a proposição N_4 . No primeiro caso, a proposição normativa N_3 é discursivamente necessária. No segundo, a proposição normativa N_3 é discursivamente impossível. No terceiro, as proposições normativas N_3 e N_4 não são nem discursivamente impossíveis e nem discursivamente necessárias, mas tão somente discursivamente possíveis⁵⁰⁶. Em relação ao que é impossível discursivamente, pode se dizer que, certamente, alguns juízos de valor e de dever e algumas regras estão totalmente excluídas do discurso. Esse é o caso, por exemplo, das regras que excluem algumas pessoas da participação nos discursos, impondo-lhes o *status* jurídico de escravos. Essa situação caracteriza uma hipótese de impossibilidade discursiva ou de necessidade discursiva⁵⁰⁷. Alguns direitos humanos, como direito à vida, à integridade, à liberdade de crença e opinião, à igualdade de tratamento, entre outros, são discursivamente necessários e sua negação é discursivamente impossível. Igualmente, as regras do discurso excluem da possibilidade discursiva as pretensões fundamentalistas ou racistas, pois elas somente admitem argumentos revisáveis por todos os participantes. Com isso, já, tem-se uma

⁵⁰⁵ Cf. ALEXY, A institucionalização da razão..., p. 29.

⁵⁰⁶ Cf. ALEXY, Probleme der Diskurstheorie..., S. 123-124; ALEXY, Problemas da teoria do discurso..., p. 98.

⁵⁰⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*..., S. 256.

contribuição essencial da teoria do discurso que é a exclusão do discursivamente impossível⁵⁰⁸.

A situação de impossibilidade discursiva é bem diferente da situação de possibilidade discursiva (*diskursiven Möglichkeit*). Esta, observadas as regras do discurso, é do tipo que admite até mesmo a justificação de duas proposições normativas incompatíveis entre si. A única exigência é que não sejam violadas as regras do discurso⁵⁰⁹. Efetivamente, quem defende a tese de que existe apenas uma única resposta correta para as questões normativas, independentemente do procedimento, não pode admitir duas proposições contrárias igualmente da modalidade do possível discursivamente. Cuida-se, nesse caso, de um alguém que defende um conceito ontológico e absoluto de correção, que não tem um caráter procedimental. Como questões práticas dependem de interesses e ponderações de interesses, a tese da única resposta correta não encontra justificação⁵¹⁰. Contudo, que essa tese deve ser deixada de lado não significa que a correção não tenha nenhum caráter absoluto, pois esse caráter ela apresenta se tomada como uma ideia regulativa. Os participantes do discurso devem aspirar descobrir uma única resposta correta, nisso se configurando uma concepção de correção procedimental absoluta (*absolute prozedurale Konzeption der Richtigkeit*). Com isso, pode ser colocado que o conceito de correção é um conceito de correção procedimental tanto absoluto como relativo. Se tanto a proposição normativa N_1 como a proposição normativa contrária N_2 são resultado de um procedimento do discurso racional, pois ambas são discursivamente possíveis, então, elas são corretas relativamente a esse procedimento⁵¹¹. Aliás, que nos discursos práticos se fundamentam regras que permitem decidir entre duas proposições normativas contraditórias, ambas discursivamente possíveis, pode ser comprovado com o exemplo das regras da legislação parlamentar que se sustentam nos princípios da representação e da maioria. Segundo Alexy, essas regras, bem como as regras jurídicas estabelecidas por meio de procedimentos regidos por elas, são necessárias e razoáveis, enquanto que a possibilidade de alcançar soluções coercitivas (*zwingende Lösungen*) no discurso prático é limitada⁵¹².

É que o conceito de correção prática é relativizado pelas regras do discurso, medida de seu cumprimento e pelos participantes. Um sentido da relativização do conceito de

⁵⁰⁸ Cf. ALEXY, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation..., S. 101; ALEXY, A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica..., p. 82.

⁵⁰⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*..., S. 256.

⁵¹⁰ Cf. ALEXY, Probleme der Diskurstheorie..., S. 121; ALEXY, Problemas da teoria do discurso..., p. 96.

⁵¹¹ Cf. ALEXY, Probleme der Diskurstheorie..., S. 123. ALEXY, Problemas da teoria do discurso..., p. 97.

⁵¹² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*..., S. 257; ALEXY, A institucionalização da razão..., p. 30.

correção está no problema de fundamentação das regras do discurso. A justificação das regras do discurso descansa nos pressupostos da pragmática universal, especialmente nas formulações do princípio da generalizabilidade⁵¹³. É disso que tratam as regras de fundamentação⁵¹⁴. Outro sentido da relativização da correção diz respeito ao cumprimento das regras do discurso, que somente podem ser atendidas aproximadamente. Com isso, a relatividade da correção depende da medida do cumprimento das regras do discurso. Outra relatividade decorre dos participantes, pois o discurso é procedimento não monológico. Com isso, alarga-se o espaço do discursivamente possível nos discursos reais limitados pelo tempo, incrementando-se o grau de incerteza⁵¹⁵. Contudo, essa relativização da correção pelos participantes não é somente uma desvantagem. Uma discussão qualquer deve ter um ponto de partida, pois não pode iniciar do nada. Segundo Alexy, o ponto de partida será sempre as convicções normativas existentes faticamente dos participantes que, uma vez iniciado o procedimento discursivo, poderão ser objeto de modificações após minucioso estudo racional. O mérito da teoria do discurso está em se limitar a cuidar da estruturação racional da argumentação e não se imiscuir no estabelecimento de premissas de partida, que devem ficar a cargo dos próprios participantes do discurso. Por isso, o resultado do discurso é relativo às convicções normativas faticamente existentes dos participantes e objetivo na medida em que depende do cumprimento das regras do discurso. A grande vantagem disso é que a teoria do discurso se desvia das fraquezas das teorias morais relativistas e objetivistas⁵¹⁶.

Além do problema do conhecimento, que “remove os pesos da correção quanto ao conteúdo para a decretação de acordo com a ordem”, podem ser colocados os problemas da imposição e da organização⁵¹⁷. Esses problemas apontam para a necessidade do discurso jurídico. As questões de imposição são apresentadas pelo descumprimento, por todos, das regras do discurso. Se alguns podem, sem mais, infringir as normas, o seu descumprimento por todos não mais pode ser controlado⁵¹⁸. A solução para isso não é outra que não alcançar coerção às regras pelo Direito. Com isso está dado o passo do discurso prático para o discurso jurídico. Os próprios limites do discurso prático geral fundamentam a necessidade de regras jurídicas⁵¹⁹. O problema da organização é que “as numerosas exigências morais e objetivos

⁵¹³ Cf. Cap. II, n. 4.1 e 4.3.

⁵¹⁴ Cf. Cap. II, n. 5.5.

⁵¹⁵ Cf. ALEXY, *Probleme der Diskurstheorie...*, S. 124; ALEXY, *Problemas da teoria do discurso...*, p. 98.

⁵¹⁶ Cf. ALEXY, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 102; ALEXY, *A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica*, p. 82.

⁵¹⁷ Cf. ALEXY, *A institucionalização da razão...*, p. 30.

⁵¹⁸ Cf. ALEXY, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 105; ALEXY, *A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica*, p. 84.

⁵¹⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 257.

dignos de esforço, somente por atuação individual e cooperação espontânea, não podem ser cumpridos suficientemente”, razão pela qual a “organização necessária pressupõe o Direito”⁵²⁰. A teoria do discurso, por isso mesmo, coloca a necessidade do Direito.

⁵²⁰ Cf. ALEXY, A institucionalização da razão..., p. 31.

III – O DISCURSO JURÍDICO E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

1. O DISCURSO PRÁTICO E O DISCURSO JURÍDICO

As limitações do discurso prático geral levam à necessidade do discurso jurídico. É que o amplo espaço do discursivamente possível e a pluralidade das alternativas igualmente aceitáveis deixadas abertas no discurso prático geral colocam a necessidade do Direito, o que implica a necessidade de três outros procedimentos: *i*) a criação do Direito; *ii*) a argumentação jurídica e *iii*) o processo judicial⁵²¹. O procedimento de criação do Direito, segundo Alexy, pode ser objeto do procedimento do discurso prático geral, tanto sob o enfoque de crítica racional como de legitimação racional e, assim, objeto de modificação racional como também de conservação racional. É que os argumentos e as decisões tomadas no procedimento de criação do Direito podem ser orientados e avaliados com base no procedimento do discurso prático geral⁵²².

Os resultados do procedimento de criação do Direito, contudo, não podem determinar, por si só e coercitivamente, todas as soluções particulares sobre o que está ordenado juridicamente. A aplicação das normas jurídicas não se deixa dar mecanicamente por simples implicação lógico-subsuntiva das premissas empíricas às hipóteses normativas abstratamente estabelecidas autoritativamente. Somente em poucos casos isso pode acontecer e, mesmo assim, apenas limitadamente. Em uma grande quantidade de casos de aplicação das normas jurídicas resultantes do procedimento da criação do Direito, para uma mesma questão jurídica particular, várias proposições normativas são possíveis. Com isso, está colocada a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica para dar conta de que a proposição normativa particular seja acompanhada das melhores razões e, assim, melhor justificada racionalmente. Isso somente pode ser alcançado no marco do discurso jurídico racional entendido, então, como um caso especial (*Sonderfall*) do discurso prático geral⁵²³. Essa tese do caso especial, formulada por Alexy, diz que a racionalidade de uma proposição normativa

⁵²¹ Cf. ALEXY, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation..., S. 102; ALEXY, A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica..., p. 82-83.

⁵²² Cf. ALEXY, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation..., S. 105; ALEXY, A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica..., p. 85.

⁵²³ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 263.

particular depende da sua referência ao sistema de normas jurídicas dadas autoritativamente, ao uso dos precedentes da jurisprudência e das proposições da dogmática jurídica⁵²⁴. Assim, o procedimento do discurso jurídico é definido pelas regras e formas do discurso prático geral e pelas regras e formas específicas do discurso jurídico. Sem que essas exigências sejam atendidas não se pode pretender a fundamentação racional das proposições normativas de aplicação particular das normas jurídicas⁵²⁵. Aliás, a necessidade do discurso para a justificação racional da aplicação das normas jurídicas se coloca mais intensamente quando o caso é de colisão de direitos fundamentais⁵²⁶.

O procedimento do discurso jurídico, que toma como ponto de partida exatamente o dado autoritativamente, representa um incremento de racionalidade no marco do sistema jurídico, mas não garante uma única resposta correta. Pode ser que sejam encontradas várias respostas discursivamente possíveis e, nesse caso, corretas. Daí, então, a necessidade do processo judicial, que não trata apenas de argumentação, mas também de decisão. Isso não significa que o resultado do processo judicial é irracional⁵²⁷, pois também ele é resultado do procedimento do discurso geral e do procedimento do discurso racional. Se o decidido é discursivamente possível no procedimento do discurso prático geral e no procedimento do discurso jurídico, então o decidido no processo judicial pode ser justificado racionalmente.

A correção dessas formulações pressupõe, portanto, que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático⁵²⁸. Essa formulação está assentada em três pontos. O discurso jurídico, do mesmo modo como o discurso prático, trata de questões práticas e da racionalidade das proposições normativas que dizem com o que deve ser feito ou não deve ser feito. O discurso jurídico se desenvolve sob condições limitadoras recolhidas do Direito vigente, que são as normas jurídicas, a dogmática jurídica e as decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas. Por fim, no discurso jurídico, com também no discurso prático, coloca-se a pretensão de correção. Quem formula uma proposição normativa juridicamente vinculante, da mesma forma que aquele que apresenta uma proposição normativa qualquer, coloca a pretensão de que a sua proposição é correta, devendo estar disposto a apresentar razões para sustentá-la.

⁵²⁴ Cf. ALEXY, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation..., S. 106; ALEXY, A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica..., p. 85.

⁵²⁵ Cf. ALEXY, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation..., S. 106-107; ALEXY, A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica..., p. 85.

⁵²⁶ Cf. CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 173.

⁵²⁷ Cf. ALEXY, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation..., S. 108; ALEXY, A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica..., p. 86.

⁵²⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 263.

O discurso jurídico, contudo, não se identifica com o discurso prático. A coincidência é parcial porque o discurso jurídico se desenvolve sob determinadas condições limitadoras decorrente de sua vinculação ao Direito vigente. Nesse ponto, aliás, demarca-se a distinção entre o discurso jurídico e o discurso prático, pois as proposições normativas produzidas pela argumentação prática não devem prestar contas às normas jurídicas dadas autoritativamente pela positivação do Direito. Por isso mesmo, a pretensão de correção colocada no discurso jurídico, uma vez que vinculada ao marco do ordenamento jurídico, coincide parcialmente com a pretensão de correção colocada no discurso prático geral.

1.1 AS DISCUSSÕES JURÍDICAS COMO QUESTÕES PRÁTICAS

O discurso prático e o discurso jurídico coincidem quanto ao objetivo da justificação de proposições normativas. O discurso prático pretende dar conta da justificação das proposições normativas práticas em geral e o discurso jurídico cuida da justificação das proposições normativas jurídicas. Com isso, pode ser sustentado que tanto o discurso prático como o discurso jurídico tratam de questões práticas, pois nos dois casos do que se trata é da justificação sobre o que deve ser feito ou não deve ser feito. O que isso significa é que tanto no discurso prático como no discurso jurídico do que se trata é do que é obrigatório, proibido ou permitido⁵²⁹.

Essa coincidência quanto a questões práticas no discurso prático e no discurso jurídico deve ser bem compreendida. Nem todas as discussões jurídicas tratam *diretamente* da justificação de proposições normativas e, portanto, de questões práticas. As investigações do historiador do Direito e daquele que se limita a descrever o Direito vigente não se propõem à justificação de proposições normativas, mas ao estabelecimento de fatos⁵³⁰. Isso, contudo, não pode levar à conclusão de que o discurso jurídico não cuida de questões práticas. Na grande parte dos diversos tipos de discussões jurídicas, cuida-se de questões práticas e, portanto, da justificação das proposições normativas jurídicas⁵³¹.

Nas discussões jurídicas estabelecidas na aplicação das normas jurídicas e na produção de decisões judiciais e, portanto, de proposições normativas particulares, não se trata de outra coisa que não exatamente de uma questão prática, pois, ao final, resulta que um

⁵²⁹ Cf. ALEXY, *The Special Case Thesis...*, p. 375.

⁵³⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 263.

⁵³¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 264.

determinado curso de ação deve ser realizado ou omitido definitivamente. Isso vale para os mais variados casos da práxis jurídica: da acusação e da defesa, que se dirigem aos jurados no tribunal do júri; dos juízes participantes de uma sessão de julgamento colegiada, que se dirigem uns aos outros; dos juízes, que se dirigem às partes e destas, que se dirigem ao juiz. Em todas essas discussões, do que se trata é da definição sobre um determinado curso de ação ser proibido, obrigatório ou permitido. Portanto, as discussões jurídicas em torno da aplicação das normas jurídicas na produção de decisões judiciais são questões práticas. Essa mesma formulação pode ser estendida para os casos de aplicação das normas jurídicas pelas autoridades nas decisões administrativas.

As discussões jurídicas que têm lugar na dogmática jurídica também tratam de questões práticas e da justificação das proposições normativas. É correto dizer que as discussões jurídicas realizadas no âmbito da ciência jurídica não se destinam à solução de casos concretos e não se prestam ao estabelecimento, direto e definitivo, de proposições normativas individuais. Por isso mesmo, poderia ser colocada a objeção de que as discussões jurídicas da dogmática jurídica não cuidam de questões práticas. Contudo, o que precisa ser bem compreendido é que as discussões da ciência jurídica são imprescindíveis para a análise, a crítica e o desenvolvimento do Direito. As discussões da dogmática jurídica são essenciais para aplicação das normas jurídicas e produção de decisões judiciais. A práxis da argumentação jurídica revela que as partes desenvolvem argumentos a partir dos conceitos e formulações estabelecidas pela dogmática jurídica. Do mesmo modo, a aplicação das normas jurídicas nas decisões judiciais é diretamente sustentada pelas análises e críticas das discussões jurídicas da dogmática jurídica⁵³². Com isso, então, pode ser colocado o caráter normativo da dogmática jurídica. Assim, segundo Alexy, o discurso da dogmática jurídica é um discurso sobre questões práticas e, portanto, é um discurso prático⁵³³.

O que são questões práticas deve ficar bem compreendido. Segundo Habermas, contra a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral podem ser levantadas duas questões. A primeira é que o discurso jurídico não pode se movimentar exclusivamente no universo fechado do Direito vigente, devendo estar aberto a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de dação das normas jurídicas e que se encaixam na pretensão de legitimidade do Direito mesmo⁵³⁴. A segunda é que a correção das decisões judiciais deve ser medida pela observância às condições comunicativas

⁵³² Cf. CACHAPUZ, *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro...*, p. 179-186.

⁵³³ Cf. ALEXY, *Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker...*, S. 427-428.

⁵³⁴ Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, S. 191.

da argumentação e que tornam possível a formação imparcial dos juízos. O problema é que nem a precedência heurística do discurso prático-moral e a exigência de que as normas jurídicas não podem contrariar as normas morais autorizam concluir que o discurso jurídico é como um subconjunto de argumentações morais (*juristische Diskurse als Teilmenge moralischer Argumentationen*)⁵³⁵. O que isso quer dizer é que o discurso jurídico não pode ser caso especial do discurso prático geral porque também argumentos pragmáticos, éticos e morais contam para a legitimidade do Direito.

Essa objeção, contudo, não compromete a tese do caso especial porque no discurso prático geral os argumentos pragmáticos, éticos e morais estão unidos uns com os outros. Entre eles existem não somente uma relação de complementação, mas também de “penetração”⁵³⁶. Segundo Alexy, a correção da tese do caso especial depende, essencialmente, do que se entende por discurso prático geral – problema que pode ser designado como *genus proximum*. Se o discurso prático geral for entendido como discurso moral no sentido da universalização e somente universalização (*universalization and only universalization*), como formulado por Habermas, efetivamente, a tese do caso especial está errada. Contudo, a argumentação jurídica não está aberta somente às razões morais, mas também às razões éticas e às razões pragmáticas⁵³⁷. Assim, contam as razões morais, que falam a favor da fundamentação das normas estabelecidas para a realização dos interesses de todos; as razões éticas e políticas, que servem como expressão de um auto-entendimento coletivo (*kollektiven Selbstverständnisses*) no sentido de argumentos aceitos por todos que compartilham as “nossas tradições” (*unsere Traditionen*) e “valorações fortes” (*starken Wertungen*) e as razões pragmáticas que levam em conta o ajuste e a ponderação de interesses concorrentes e antagônicos em favor de negociações compromissárias⁵³⁸. As razões éticas e as razões pragmáticas desempenham um papel indispensável na argumentação jurídica. Aliás, o ponto de partida da argumentação está nas normas jurídicas produzidas em um processo democrático no qual os três tipos de razões são essenciais. Uma vez que a argumentação jurídica está diretamente vinculada ao que é dado no material produzido pelo processo democrático, então a argumentação jurídica pressupõe razões morais, éticas e pragmáticas⁵³⁹. O que deve ser bem compreendido é que o discurso jurídico não é um subconjunto da argumentação moral (*subset of moral argumentation*), pois o *genus proximum* do discurso

⁵³⁵ Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, S. 283.

⁵³⁶ Cf. ALEXY, *A institucionalização da razão...*, p. 40.

⁵³⁷ Cf. ALEXY, *The Special Case Thesis...*, p. 377.

⁵³⁸ Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, S. 139.

⁵³⁹ Cf. ALEXY, *The Special Case Thesis...*, p. 377.

jurídico é o discurso prático geral no qual as questões morais, éticas e pragmáticas estão conectadas. O que difere o discurso jurídico do discurso prático geral são razões institucionais, como as normas jurídicas e as decisões judiciais, que são constitutivas para o primeiro e não para o segundo. A importância de um conceito de discurso prático geral que compreenda argumentos morais, éticos e pragmáticos está em que eles, cada um por si só e, assim, isoladamente, não respondem satisfatoriamente às questões práticas. A determinação de quais recursos devem ser disponibilizados para atender quais fins e quais objetivos, considerados os valores e os interesses de todos, não se deixa dar sem que sejam combinados argumentos e razões morais, éticas e pragmáticas⁵⁴⁰.

Assim, o discurso prático geral combina os pontos de vista de necessidade ou utilidade, do valor ou identidade e da moralidade ou justiça. Segundo Alexy, não se trata de mera combinação aditiva, pois existe uma ordem de primazia e uma relação de penetração entre o fim, o bom e o justo. A primazia do bom sobre o fim pode ser confirmada sem mais. A primazia do bom sobre o justo é uma questão difícil. O bom, como uma questão do discurso ético, pode expressar tanto valores individuais e não universais como valores coletivos. Algo pode ser bom ou ter valor para algumas pessoas sem, contudo, ser bom ou ter valor para todas as pessoas. O justo, por outro lado, representa um ponto de vista moral universal (*the universal moral point of view*). A primazia do ponto de vista moral pode ser sustentada se demonstrado que se trata de algo necessário para todas as pessoas. Essa primazia não pode ser determinada facilmente quando o justo é permeado pelo bom, o que significa que o justo depende do bom. Quem considera que a justiça coloca questões de distribuição e retribuição, problemas como os relativos ao Estado social e às penas privativas de liberdade devem ser tratadas como questões de justiça. O que isso significa, segundo Alexy, é que o discurso prático geral não é uma simples mistura ou combinação, mas uma conexão sistematicamente necessária expressiva da unidade substancial da razão prática⁵⁴¹.

Com essas formulações, que estão relacionadas à discussão em torno da atribuição de um componente de contexto transcendental (*context-transcending*) para a pretensão de correção colocada pelas normas e decisões jurídicas, Cooke sustenta que nem Habermas e tampouco Alexy acertam⁵⁴². Segundo Cooke, o primeiro defende uma interpretação excessivamente contextualista (*overly contextualist*) ao restringir a validade do componente do contexto transcendental da pretensão de correção das normas e decisões jurídicas aos

⁵⁴⁰ Cf. ALEXY, *The Special Case Thesis...*, p. 378.

⁵⁴¹ Cf. ALEXY, *The Special Case Thesis...*, p. 379.

habitantes de uma democracia particular. Contra isso, Cooke sustenta uma interpretação do contexto transcendental da pretensão de correção colocada pelo Direito de modo tal que se lhe possa atribuir uma validade universal. O último, diz Cooke, apresenta uma interpretação excessivamente universalista (*overly universalist*) do conteúdo das normas e decisões judiciais, ao considerar o componente do contexto transcendental da pretensão de correção colocado pelo Direito como uma pretensão moral. Como, tanto para Alexy como para Habermas, as normas morais são normas universais cuja validade se estende para todos os seres humanos, sendo igualmente aceitáveis por todos, o componente transcendental deve ser entendido no sentido desta moralidade universalista. O problema é que essa solução não faz justiça à particularidade e eficiência do Direito⁵⁴³. Outro problema apontado por Cooke é que Alexy, mesmo reconhecendo que as questões de justiça envolvem razões morais, éticas e pragmáticas, localiza o contexto transcendental da pretensão de correção no componente *moral* da razão prática e não na unidade substancial (*substantial unity*) da razão prática⁵⁴⁴. Essa opção enfraquece a mais plausível explicação da conexão entre o Direito positivo e o processo democrático. Se o contexto transcendental da pretensão de correção colocado pelo Direito é interpretado em termos puramente morais, resulta evidente como o sistema jurídico é alimentado, pelo processo democrático, por questões não exclusivamente morais. Assim, Cooke sustenta que o contexto transcendental não seja interpretado em termos morais, mas em termos da unidade substancial da razão prática no processo democrático. O que isso significa é uma interpretação que substitui a universalizabilidade do conteúdo da pretensão de correção em favor de uma ponderação entre as demandas por universalizabilidade, particularidade e eficiência⁵⁴⁵. Assim, uma decisão judicial é correta se é aceitável por todos os interessados diretamente atingidos em razão da ponderação realizada entre as exigências de universalizabilidade, particularidade e adequação quanto aos fins e, além disso, se tomada adequadamente em consideração ao sistema de Direito⁵⁴⁶.

Em relação a essas objeções, deve-se responder que a tese do caso especial sustenta que o discurso jurídico não é um caso especial do discurso moral, mas do discurso geral prático compreendido pelas dimensões moral, ética e pragmática. Com isso, a pretensão de correção colocada pelo Direito se refere não apenas à correção moral, mas também à correção ética e à correção pragmática. A dimensão moral da pretensão de correção é que estabelece a

⁵⁴² Cf. COOKE, Maeve. Law's Claim to Correctness. In: PAVLAKOS, George. *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 226.

⁵⁴³ Cf. COOKE, Law's Claim to Correctness..., p. 227.

⁵⁴⁴ Cf. COOKE, Law's Claim to Correctness..., p. 231.

⁵⁴⁵ Cf. COOKE, Law's Claim to Correctness..., p. 233.

conexão necessária entre o Direito e moralidade e, nesse sentido, apresenta o caráter do contexto transcendental. A questão que se coloca é se a correção é conectada com o contexto transcendental somente no caso de correção moral ou também nos casos de correção pragmática e correção ética. Segundo Alexy, se a correção pragmática é entendida como correção com respeito da possibilidade de ação fática, o contexto transcendental da pretensão de correção não apresenta problemas. Suposições ou premissas equivocadas sobre adequação dos meios aos fins devem ser revisadas mesmo se elas se acham profundamente enraizadas em um determinado contexto cultural. Essa é uma exigência mínima da racionalidade prática colocada pelas regras e formas da argumentação consequencialista e requer que os limites da realizabilidade sejam levados em conta⁵⁴⁷. Também em relação à correção ética o contexto transcendental da pretensão de correção pode ser colocado. Efetivamente, a dimensão ética da correção se refere a algo que é bom de acordo com a autocompreensão (*self-understanding*) conformada pelos valores individuais ou coletivos dados em um determinado contexto cultural particular. Isso, contudo, não indica que um contexto transcendental da correção ética não existe. Primeiro, em razão de que as questões de justiça dependem de questões de autocompreensão ou valores e, segundo, em razão da discursividade da autocompreensão. Segundo Alexy, que existe uma permeação do justo a partir da nossa própria autocompreensão pode ser reconhecido, por exemplo, pelo fato de que a escolha entre uma concepção liberal e uma concepção libertária de justiça depende essencialmente de como alguém concebe a si mesmo e da comunidade na qual vive. Isso, contudo, não exclui a possibilidade de que os defensores de cada uma dessas concepções de justiça possam levantar uma pretensão de correção contra os outros. Desse modo, o componente ético tem o caráter do contexto transcendental como um elemento da unidade substancial da razão prática⁵⁴⁸. Por seu lado, a discursividade da autocompreensão não significa que a dimensão moral e a dimensão ética desenvolvem o mesmo papel na discussão pública. Os limites que os direitos fundamentais colocam sobre o processo democrático falam a favor disso. A democracia, por um lado, autoriza que razões éticas contam para as decisões da maioria e, por outro lado, os direitos fundamentais protegem as convicções éticas da minoria. Os direitos fundamentais retiram força da revisão constitucional que, por seu lado, possui uma natureza discursiva – por isso mesmo, o complexo sistema a que a teoria do discurso conduz pode ser designado como constitucionalismo discursivo e que é uma tentativa em favor da reconciliação entre a

⁵⁴⁶ Cf. COOKE, Law's Claim to Correctness..., p. 233.

⁵⁴⁷ Cf. ALEXY, Robert. Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 354-355.

dimensão real e ideal do Direito⁵⁴⁹. Nesse sentido, a conceito de correção deve ser tomado como uma ideia regulativa relacionada ao discurso de justificação. Segundo Alexy, a correção prática pode ser ao mesmo tempo um discurso-transcendental e um discurso-imanente. Ela sempre transcende os resultados reais dos discursos, mas ao transcendê-los não se refere a algo que pode ser estabelecido fora do discurso⁵⁵⁰. É necessário bem compreender que a teoria do discurso compreende uma dimensão ideal e uma dimensão real. O decisivo para a dimensão real são o Direito e as instituições jurídicas. O ponto central é que a dimensão ideal permanece viva nesse processo de institucionalização. A teoria do discurso exige um projeto legislativo tão próximo quanto possível da democracia deliberativa, o que demanda uma organização e uma prática jurisdicional que torna possível a racionalidade discursiva no grau mais alto possível⁵⁵¹.

1.2 O PROCESSO JUDICIAL COMO DISCURSO JURÍDICO

Uma questão que pode ser colocada contra a teoria do discurso jurídico é que as condições limitadoras que o Direito vigente lhe impõe, que são as normas jurídicas, a dogmática jurídica e as decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas, impedem o discurso jurídico mesmo. O que isso significa é que as limitações próprias das discussões jurídicas não são compatíveis com a teoria do discurso.

Essa questão pode ser analisada com um enfoque nas discussões jurídicas realizadas pela dogmática jurídica e outro nas discussões jurídicas que se dão no âmbito da aplicação das normas jurídicas para a produção de decisões judiciais no processo judicial.

No primeiro caso, quando se está diante da forma mais livre e aberta de discussão jurídica, pois a discussão dogmática não está limitada no tempo e tampouco deve obediência às regras estritas do desenvolvimento do processo judicial, trata-se efetivamente de uma argumentação racional. Na justificação de uma proposição normativa jurídica, não se busca encontrar um acordo de todos em uma discussão sem limites, mas que todos, que se orientam conforme o ordenamento jurídico vigente, possam estar de acordo com ela. Além disso, no âmbito das discussões jurídicas, o espaço para o jogo de argumentos favoráveis e contrários à

⁵⁴⁸ Cr. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 355.

⁵⁴⁹ Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 356.

⁵⁵⁰ Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 356.

⁵⁵¹ Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 357.

justificação de uma determinada proposição normativa é bastante amplo, permitindo uma elevação da qualidade do discurso para que sejam apresentadas as melhores razões⁵⁵².

No segundo caso, a questão é mais complexa em razão das particularidades, limitações e restrições impostas pelo ordenamento jurídico quanto ao desenvolvimento do processo judicial. As limitações do processo judicial, dadas as regras processuais, poderiam ser impeditivas de que as discussões jurídicas estabelecidas na aplicação das normas jurídicas possam caracterizar discurso nos moldes da teoria do discurso. As razões para isso estariam no fato de que o processo judicial deve ser concluído conforme os prazos estabelecidos pelas regras processuais. Além disso, os atos processuais devem observar determinadas formas. A própria participação das partes pode ser motivada por interesses próprios e individuais, cada uma buscando o que lhe parecer mais vantajoso, o que se afastaria bastante dos pressupostos de uma atividade comunicativa desenvolvida com vistas ao entendimento ou acordo racional intersubjetivamente controlável. No processo judicial, ademais, a participação do réu nunca é voluntária e o que mais parece ser do interesse das partes, independentemente de uma proposição normativa justa, é obter uma situação de vantagem. Com essas marcas, aliás, o processo judicial poderia ser compreendido como uma ação estratégica e não como uma ação comunicativa e, portanto, distante dos pressupostos comunicativos da teoria do discurso⁵⁵³.

Nesse mesmo sentido, Gorman sustenta que as regras do discurso racional e, assim, a teoria do discurso, não podem ser aplicadas no processual judicial. A razão para essa formulação é a de que as regras do discurso racional, que estão assentadas nos pressupostos comunicativos da pragmática universal, são do tipo que somente podem ser aplicadas a discussões de duas pessoas ou a discussões entre mais de duas pessoas. Uma certeza intersubjetivamente vinculante (*intersubjectively binding certainty*) sobre uma questão prática somente pode ser alcançada se for adotado um procedimento multipessoal (*procedure multiperson*) estruturado de tal modo a impedir uma *decisão* até que uma justificação seja explicitada, compartilhada e aceita. Na situação de discurso do tipo de justificação duas-pessoas (*two-person dispute*), bem como na situação de discurso multipessoal, todos os participantes do discurso detêm os mesmos direitos e competências, encontrando-se em posição de igualdade de tal modo que nenhum deles está investido de autoridade para, sozinho ou com alguns outros, decidir uma questão prática⁵⁵⁴. Segundo Gorman, o processo judicial não se encaixa no tipo de justificação duas-pessoas, mas sim no discurso do tipo de

⁵⁵² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 269.

⁵⁵³ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 270.

justificação três-pessoas (*three-person justification*). Com isso, modifica-se a estrutura da justificação na medida em que ela conta com as duas partes e o juiz e, além disso, o último está investido de poderes não conferidos aos primeiros. Alguns conceitos necessários ao entendimento das decisões judiciais, como os de aplicabilidade e de verificação, são essencialmente conceitos do discurso de justificação três-pessoas⁵⁵⁵. No caso de uma decisão judicial que decide a respeito de uma controvérsia jurídica entre duas partes, o juiz deve apresentar razões de tal sorte que a parte perdedora tolere o resultado negativo, o que bem caracteriza uma situação de discurso de justificação três-pessoas⁵⁵⁶. Além disso, Gorman sustenta que no processo judicial o juiz não pode fazer suas as razões apresentadas pelas partes, pois a justificação do juiz deve ser diferente das justificações já adiantadas pelas próprias partes⁵⁵⁷.

O processo judicial pode ser configurado como atividade comunicativa nos moldes exigidos pela teoria do discurso. Contudo, para que as objeções colocadas possam ser respondidas satisfatoriamente, o processo judicial deve ser desenvolvido o mais próximo possível do atendimento às exigências da teoria do discurso. O decisivo é que o processo judicial pode ser compreendido como o desenvolvimento de um discurso cooperativo entre as partes envolvidas, no qual a diversidade e os interesses contrários em disputa não excluem um consentimento racional e um debate cooperativo como valor ou ideia regulativa⁵⁵⁸. Assim, o processo judicial pode ser compreendido como uma interação discursiva na qual as diferentes partes desempenham diferentes papéis, conforme as regras que estabelecem que tipo de manifestações são as permitidas a cada parte, em que circunstâncias e quais são seus valores. O fato de que há vencedores e perdedores e o de que as partes desenvolvem, frequentemente, ações estratégicas, não exclui que elas, mais ou menos, contribuem para a formulação de posições intersubjetivamente compartilhadas⁵⁵⁹. Deve-se compreender a diferença entre o objetivo dos participantes do discurso e a função do discurso. Ao buscarem a realização de seus objetivos, as partes contribuem ao propósito institucional de dar um fim justo e bem informado ao litígio que iniciaram. É certo que as partes e seus procuradores visam vencer o

⁵⁵⁴ Cf. GORMAN, Jonathan. Three-Person Justification. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 218.

⁵⁵⁵ Cf. GORMAN, Three-Person Justification..., p. 219.

⁵⁵⁶ Cf. GORMAN, Three-Person Justification..., p. 221.

⁵⁵⁷ Cf. GORMAN, Three-Person Justification..., p. 217-218.

⁵⁵⁸ Cf. SARTOR, Giovanni. A Teleological Approach to Legal Dialogues. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 252.

⁵⁵⁹ Cf. SARTOR, A Teleological Approach to Legal Dialogues..., p. 254.

conflito, mas também é certo que eles podem acreditar que estão contribuindo para a justiça⁵⁶⁰.

Existem diversos tipos de processos judiciais e são diversas alternativas para o comportamento das partes e dos juízes. Os processos judiciais como o de uma ação de controle de constitucionalidade ou o de uma ação cuja controvérsia é exclusivamente sobre questões jurídicas puras, em que fatos não são controvertidos, as exigências colocadas pela teoria do discurso podem ser mais facilmente atingidas. No processo judicial criminal e, principalmente, no julgamento perante o tribunal do júri, quando a acusação e a defesa se dirigem aos jurados, que decidem intimamente e sem dar razões, a realização das exigências da teoria do discurso está mais distante. No tribunal do júri, quando as partes se dirigem aos jurados, abre-se espaço bastante amplo para a exploração de argumentos com efeitos retóricos e psicológicos, disso resultando persuasão e não convencimento. Mas, independentemente da natureza do processo judicial, o que mais conta para a realização das exigências da teoria do discurso é o comportamento das partes. Mesmos os argumentos desenvolvidos pelas partes perante os jurados no tribunal do júri podem ser colocados em termos de uma ação comunicativa, bastando que o falante considere os pressupostos da situação ideal de fala da pragmática universal. De qualquer sorte, no tribunal do júri, até mesmo os espaços para ações estratégicas estão organizados de tal modo que todos os fatos relevantes para a constituição do estado de coisas são tematizados⁵⁶¹ – na sessão de julgamento, conforme as normas processuais, as partes são livres para formular perguntas e apresentar respostas umas as outras, ao juiz e, inclusive os próprios jurados podem formular perguntas às partes e ao juiz. No processo judicial civil, ainda que as partes coloquem argumentos em favor de seus próprios interesses e busquem uma situação de vantagem uma em face da outra, o comportamento das partes e os argumentos podem ser apresentados em consideração aos pressupostos comunicativos da pragmática universal. Basta que as partes arranjam seus argumentos com a pretensão de que toda pessoa racional possa estar de acordo sob as condições ideais colocadas pela teoria do discurso⁵⁶². Nesse sentido, segundo Habermas, todos os participantes do processo, por diferentes motivos, apresentam, sempre, contribuições para um discurso, que serve, da perspectiva do juiz (*aus der Perspektive des Richters*), para a formação imparcial do juízo⁵⁶³. Os argumentos apresentados pelo juiz para justificar a proposição normativa singular podem ser colocados como uma ação comunicativa nos termos da pragmática

⁵⁶⁰ Cf. SARTOR, A Teleological Approach to Legal Dialogues..., p. 255.

⁵⁶¹ Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*..., S. 289.

⁵⁶² Cf. ALEXY, The Special Case Thesis..., p. 376.

universal. Não há razão para se desacreditar que o juiz não possa considerar, como ideia regulativa, as pretensões de validez da inteligibilidade, da veracidade, da verdade e da correção, e, ainda, o princípio da universalizabilidade e o princípio da ética do discurso. Segundo Alexy, se o juiz deseja decidir corretamente, então deve ouvir todos os argumentos e, se a correção de sua decisão deve ser submetida a um controle, então ele deve justificar o seu julgamento perante as partes, a comunidade jurídica e também a comunidade em geral⁵⁶⁴.

Se a tarefa do juiz é apresentar uma decisão correta com base em uma justificação correta, não se pode pretender, como sustenta Gorman, que as razões apresentadas pelas partes devem estar excluídas da justificação judicial. Nem sempre as justificações das partes vão estar corretas em todos os seus elementos apresentados, mas nada impede que o juiz possa se valer das boas razões trazidas pelas partes no quanto que for correto. A prevalecer entendimento de que a justificação do juiz deve ser diferente das razões apresentadas pelas partes, nenhuma delas poderia apresentar qualquer argumentação que julgasse correto, o que seria incompatível com a pretensão de correção necessariamente levantada pelas partes quando se dirigem ao juiz⁵⁶⁵. Outra razão que pode ser acrescentada, segundo Alexy, é a de que as razões do juiz não se dirigem somente as partes, mas também aos outros juízes, juristas e sociedade em geral, configurando argumentos jurídicos gerais. Com isso, considerada a distinção entre justificação duas-pessoas e justificação três-pessoas proposta por Gorman, a justificação autoritativa três-pessoas se transforma em uma justificação não autoritativa duas-pessoas, quando, então, deverá ser submetida ao exame crítico no discurso jurídico geral. A decisão do juiz somente passará no teste se cada um dos argumentos apresentados na sua justificação contarem como bons argumentos no discurso jurídico⁵⁶⁶.

O processo judicial não pode ser entendido teoricamente sem referência à teoria do discurso, pois ele coloca sempre a exigência de que as partes e os juízes devam argumentar racionalmente. Contudo, o discurso jurídico racional, como teoria da argumentação jurídica, não pressupõe que todas as disputas jurídicas devam ser vistas como discurso no sentido da comunicação sem coação e sem restrições, senão somente que nas disputas jurídicas as discussões tenham lugar sob a pretensão de correção e, por isso, tendo como referência as condições ideais colocadas no discurso prático. Por isso, então, é correto se interpretar o processo judicial em termos da teoria do discurso⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, S. 283.

⁵⁶⁴ Cf. ALEXY, *The Special Case Thesis...*, p. 377.

⁵⁶⁵ Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 352.

⁵⁶⁶ Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 352.

⁵⁶⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 271.

1.3 A PRETENSÃO DE CORREÇÃO

O discurso jurídico e o discurso prático colocam a pretensão de correção (*Anspruch auf Richtigkeit*). Aquele que apresenta uma proposição normativa juridicamente vinculante – e também quem afirma uma proposição normativa qualquer do discurso prático – coloca, sempre, a pretensão de que a sua proposição é correta, devendo estar disposto a apresentar razões para sustentá-la⁵⁶⁸.

O Direito promove, necessariamente, uma pretensão de correção, o que significa: *i*) a afirmação de uma correção; *ii*) a garantia da justificação e *iii*) a esperança do reconhecimento da correção⁵⁶⁹. Assim, colocar a pretensão de correção de uma decisão judicial *a* é afirmar (*asserts*) que *a* é correto, garantir (*guarantees*) que *a* pode ser justificado e ter a expectativa (*expects*) de que todos os destinatários vão aceitar *a*⁵⁷⁰. A compreensão, interpretação e aplicação das normas jurídicas pelos juízes carregam, sempre, uma promoção da pretensão de correção. Quando um juiz decide um caso aplicando uma norma jurídica, coloca a pretensão de que a proposição normativa particular vinculante juridicamente para as partes do conflito seja correta, assume a garantia de justificá-la e mantém a esperança de que a sua decisão seja aceita como correta pelas próprias partes e pela comunidade.

Contra essa formulação, Sieckmann levanta a objeção de que não é adequado considerar as afirmações sobre o estado das coisas como elementos básicos do discurso e, com isso, relacionar a necessidade da pretensão de correção. O problema é que na justificação procedimental, afirmações sobre fatos existentes não podem ser, ao mesmo tempo, pontos de partida e conclusão da justificação, pois, nesse caso, o processo de justificação é redundante⁵⁷¹. Sobre essa questão, Alexy observa que as afirmações, como atos de fala, podem expressar a verdade de uma proposição ou a existência de um fato. O simples fato de alguém afirmar algo não implica que o afirmado é verdade. É possível alguém afirmar algo que é falso. Contudo, não é possível afirmar algo sem colocar a pretensão de que o afirmado é verdade. Pretensões, uma vez colocadas, podem ser ou não satisfeitas. O discurso é processo cujo objetivo é estabelecer que a pretensão de verdade colocada seja, realmente, verdade. Por isso, então, uma afirmação pode ser um ponto de partida e, ao mesmo tempo, o resultado do

⁵⁶⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 263.

⁵⁶⁹ Cf. ALEXY, *A institucionalização da razão...*, p. 20-21.

⁵⁷⁰ ALEXY, Robert. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, v. 12, n. 13, Jun. 2000, p. 140.

⁵⁷¹ Cf. SIECKMANN, Jan-R. Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p.194-195.

discurso⁵⁷². Uma segunda objeção apresentada por Sieckmann se refere à tese de que a pretensão de correção compreende não apenas a afirmação de correção, mas também a garantia da justificação e a expectativa da aceitação. Estes dois últimos elementos seriam problemáticos. O próprio significado do que é garantia de justificação – ou garantia de justificabilidade (*garantee of justifiability*) – não é claro. Não se pode designar como *garantia* de justificação apenas a obrigação *prima facie* de dar razões para uma afirmação quando isso for solicitado. Afirmações colocam a pretensão de verdade e justificá-las pode ser entendido como prova da verdade, o que implica uma resposta unicamente correta. Por isso, uma garantia de justificação implica não apenas que razões podem ser apresentadas para suportar a afirmação, mas que são razões consistentemente sólidas e que devem ser aceitas. Assim, a garantia de justificação implica assegurar o resultado do discurso racional, que, contudo, não pode ser conhecido antecipadamente. Se isso fosse possível, então, o discurso seria redundante como instrumento de justificação. Além disso, o falante não pode ter a expectativa de que os outros participantes do discurso irão aceitar a sua posição, adotando o mesmo ponto de vista jurídico e sendo pessoas razoáveis. É que também pessoas razoáveis divergem quanto a questões normativas, podendo ser aduzidos argumentos válidos em favor dos dois lados contrários. Portanto, o falante não pode ter a expectativa de que todos os outros participantes do discurso irão concordar com o seu ponto de vista. Com essas formulações, Sieckmann conclui que estabelecer uma relação entre afirmações com garantia de justificação e expectativa de aceitação torna o discurso prático redundante como procedimento de justificação⁵⁷³. Segundo Alexy, efetivamente, a garantia de justificação implica não apenas que razões devem ser dadas, mas que elas sejam seguras, referindo-se ao resultado do discurso. Desse modo, se fosse possível, com uma afirmação já antecipadamente garantir o resultado do discurso, este seria redundante. Por isso mesmo, Alexy reconhece que a expressão “garantia” pode ser infeliz na medida em que é possível sua vinculação com a ideia de infalibilidade. É que pertence à própria natureza da pretensão de correção que ela pode falhar. A pretensão de correção inclui a pretensão de que podem ser apresentadas razões seguras para suportar o afirmado. Esta pretensão está centrada entre a simples pretensão de ter razões, seguras ou não, e a garantia de segurança. Por essa razão, a expressão *garantia* de justificação (*garantee of justifiability*) deveria ser substituída por algo como *afirmação* de justificação (*affirmation of justifiability*). Realmente, uma afirmação de justificação antecipa o resultado do discurso, mas isso deve ser assim. Discurso é um procedimento no qual

⁵⁷² Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 347.

⁵⁷³ Cf. SIECKMANN, *Human Rights and the Claim to Correctness...*, p. 198-199.

pretensões de correção e de segurança são sempre examinadas. Nem todas, evidentemente, terão sucesso. O fato de uma pretensão alcançar sucesso e justificação no discurso confirma a afirmação inicial. É exatamente isso que ocorre com a expectativa de aceitação⁵⁷⁴.

O Direito promover pretensão de correção significa que a promovem somente os sujeitos que atuam no e para o Direito ao criá-lo, interpretá-lo, aplicá-lo e impô-lo. É o caso do legislador democraticamente escolhido para dar leis e do juiz⁵⁷⁵. Igualmente, é o caso de todos os que atuam no e perante o sistema jurídico⁵⁷⁶. Por isso mesmo, então, a tese de que o Direito não promove nenhuma pretensão (*Law claims nothing*)⁵⁷⁷ deve ser entendida apenas no sentido de que o Direito, por si mesmo, não coloca qualquer pretensão. Efetivamente, o Direito entendido como ordem normativa institucional, por si mesmo, em sentido literal, é incapaz de manifestar intenções e atos de fala⁵⁷⁸. Contudo, dizer que o Direito como tal é incapaz de promover qualquer pretensão em nada afeta a pretensão de correção no Direito quando é o caso de sua criação, interpretação, aplicação e imposição. Aliás, MacCormick reconhece que os atos do legislador, do executivo e do judiciário estão incluídos na categoria de atos de fala, pois quaisquer deles configuram uma manifestação linguística formal e, desse modo, qualquer pretensão de correção associada ao Direito deve estar inserida no contexto dos atos de fala⁵⁷⁹. A pretensão de correção, longe de configurar uma simples metáfora inútil (*unhelpful*), é decisiva para distinguir a pretensão colocada objetivamente da pretensão levantada subjetivamente. Um agente que cria, interpreta, aplica e impõe o Direito coloca a pretensão de correção subjetivamente se lhe é dado *decidir* sobre colocar ou não a pretensão de correção ao criar, interpretar, aplicar ou impor o Direito. Diferentemente, a pretensão de correção é colocada objetivamente se ao agente não é dado decidir sobre colocar tal pretensão ao criar, interpretar, aplicar ou impor o Direito. Segundo Alexy, a pretensão de correção objetivamente colocada não é uma questão privada, pois se apresenta necessariamente vinculada com o papel do participante no sistema jurídico. Nada mais evidente, nesse sentido, o caso do juiz que coloca a pretensão de correção como representante do sistema jurídico⁵⁸⁰.

⁵⁷⁴ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 348-349.

⁵⁷⁵ ALEXY, A institucionalização da razão, p. 20.

⁵⁷⁶ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 334-335.

⁵⁷⁷ Cf. MacCORMICK, Neil. Why Law Makes No Claims. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 59.

⁵⁷⁸ Cf. MacCORMICK, Why Law Makes No Claims..., p. 60.

⁵⁷⁹ Cf. MacCORMICK, Why Law Makes No Claims..., p. 62.

⁵⁸⁰ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 334.

O argumento da pretensão de correção pressupõe a tese da vinculação (*Verbindungsthese*) necessária⁵⁸¹ entre o conceito de Direito e a moralidade, configurando uma manifestação da tese não positivista (*nichtpositivistische*). Uma tese positivista adota um conceito de Direito que exclui os elementos da moralidade, negando a existência de uma conexão necessária entre o ordenado pelo Direito e o exigido pela moralidade, pois o seu conceito de Direito se restringe ao dado autoritativamente com eficácia social – essa é a tese da separação (*Trennungsthese*)⁵⁸². Um exemplo desta tese pode ser recolhido na célebre formulação de Kelsen de que “pode cada conteúdo qualquer ser Direito” (*kann jeder beliebige Inhalt Recht sein*)⁵⁸³. Nesse sentido, o conceito de Direito se resume a legalidade de acordo com a ordem (*ordnungsgemäße*) ou a legalidade dotada de decretação autoritativa (*autoritative Gesetztheit*) e eficácia social. As mais diferentes variações da tese positivista coincidem que o conceito de Direito depende e inclui apenas o que é imposto autoritativamente e eficaz⁵⁸⁴. Nesse sentido, Raz sustenta a tese de que não há conexão necessária entre o conceito de Direito e os elementos da moralidade, o que significa que a identificação do Direito não requer o uso de argumentos morais⁵⁸⁵. Contudo, o próprio Raz reconhece que uma característica essencial do Direito é a pretensão de legitimidade autoritativa (*legitimate authority*) e que este é um conceito moral⁵⁸⁶. Na verdade, por um lado, Raz acaba reconhecendo que Direito é necessariamente ou essencialmente conectado com os elementos da moralidade e, por outro, sustenta a tese do positivismo jurídico. Isso, contudo, não é possível⁵⁸⁷.

A conexão entre o conceito de Direito e os elementos da moralidade é dada pelo argumento da pretensão de correção. O Direito promove pretensão de correção. O ordenamento jurídico como um todo, as normas jurídicas e as proposições normativas singulares das decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas promovem pretensão de correção. Com isso está dada a relação de necessariedade do decretado autoritativamente de acordo com a ordem e com eficácia social e a correção quanto ao conteúdo⁵⁸⁸. O ponto central

⁵⁸¹ Cf. ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Aufl. München: Verlag Karl Alber Freiburg, 2005, S. 17.

⁵⁸² Cf. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts...*, S. 15.

⁵⁸³ Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre...*, S. 201.

⁵⁸⁴ Cf. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts...*, S. 15.

⁵⁸⁵ Cf. RAZ, Joseph. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 22.

⁵⁸⁶ Cf. RAZ, The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism..., p. 20.

⁵⁸⁷ Cf. ALEXY, Robert. An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 45.

⁵⁸⁸ Cf. ALEXY, A institucionalização da razão..., p. 19; ALEXY, Robert. The Nature of Legal Philosophy. *Ratio Juris*, v. 17, n. 2. jun., 2004, p. 164-165.

desse argumento é a pretensão de correção colocada pelo Direito⁵⁸⁹, que pode ser designada como argumento de correção (*Richtigkeitsargument*). O sistema jurídico que não formula uma pretensão de correção, explícita ou implicitamente, não é um sistema jurídico. Com isso, a pretensão de correção serve para *classificar* ou desclassificar um ordenamento como jurídico. Igualmente, as normas jurídicas isoladas e as decisões judiciais colocam sempre uma pretensão de correção. O fato de uma norma jurídica qualquer isolada ou de uma decisão judicial de aplicação de norma jurídica, eventualmente, não formular a pretensão de correção não desclassifica o sistema jurídico para um não jurídico, mas *qualifica* a decisão judicial ou a norma como um defeito ou uma falta – a incorreção é uma falta (*incorrectness is a fault*). Trata-se, apenas, de casos de normas jurídicas ou de decisões judiciais defeituosas ou imperfeitas⁵⁹⁰. A partir dessa formulação, a conexão entre o Direito e os elementos da moralidade pode ser distinguida em conexão classificativa e conexão qualificativa. Em uma conexão classificativa, uma norma ou um sistema normativo como um todo, que não observa os critérios da racionalidade moral colocados pela pretensão de correção, não pode ser classificado como Direito. Por seu lado, em uma conexão qualificativa, o fato de uma norma ou sistema de normas não observar os critérios da racionalidade moral implica apenas que tal norma ou sistema de normas deve ser qualificado como defeituoso, mas não inválido. Nessa situação, somente quando uma norma configurar hipótese de extrema injustiça é que será o caso de invalidade e, portanto, de não Direito⁵⁹¹. Essa distinção é decisiva para a segurança jurídica que todo o sistema jurídico deve garantir. Segundo Beratea, uma tese não positivista baseada em conexão não qualificada entre o Direito e os elementos da moralidade, especialmente em sociedades pluralistas em que as controvérsias sobre questões morais são intensas, comprometeria a garantia de segurança jurídica que o Direito deve oferecer. Isso porque a introdução da racionalidade moral no Direito nos termos dessa tese teria o efeito de fazer o Direito mais subjetivo e irracional⁵⁹². Essa objeção não pode ser apresentada contra a versão não positivista moderada de Alexy, baseada na distinção entre conexão classificativa e qualificativa do Direito e elementos da moralidade⁵⁹³. Segundo Alexy, uma norma somente será inválida em caso de extrema injustiça reconhecida acima de qualquer dúvida razoável, podendo ser formulado que quanto mais extrema a injustiça, mais seguro (*sicherer*) deve ser o

⁵⁸⁹ Cf. ALEXY, On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality..., p. 138-139.

⁵⁹⁰ Cf. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts...*, S. 64; ALEXY, On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality..., p. 144.

⁵⁹¹ Cf. ALEXY, Robert. An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 50-51.

⁵⁹² Cf. BERTEA, Stefano. How Non-positivism can Accommodate Legal Certainty. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 79.

seu conhecimento (*Erkenntnis*)⁵⁹⁴. Com isso, a segurança jurídica, que não é um princípio absoluto, perde muito pouco⁵⁹⁵, sacrificando-se apenas na medida do razoável⁵⁹⁶. Aliás, pode se acrescentar que um irrazoável sacrifício da justiça seria experimentado se uma norma, dada autoritativamente e socialmente eficaz, mantivesse sua validade ainda que extremamente injusta (conexão classificativa) ou se, dada autoritativamente e socialmente válida, mantivesse sua legalidade perfeita embora contaminada de defeitos morais (conexão qualificativa). O que é decisivo para Alexy é que a pretensão de correção se refere, por um lado, ao Direito na sua dimensão autoritativa real e, por outro lado, ao Direito na sua dimensão crítica ideal, visando a uma combinação ótima entre segurança jurídica e justiça⁵⁹⁷.

Com isso, então, pode ser colocado que a pretensão de correção é destinada a todos e, desse modo, é como a pretensão de objetividade do Direito no sentido do que é aceitável por *todos* que fazem parte de um determinado ordenamento jurídico. A objetividade é uma característica essencial do Direito que não é compartilhada e tampouco pode ser identificada com ações intencionais⁵⁹⁸ – como pretende Raz, ao sustentar que as ações de grupos criminosos ou de Robin Hood podem satisfazer a pretensão de correção no seio de sua própria comunidade⁵⁹⁹. A objetividade do Direito está relacionada à imparcialidade⁶⁰⁰ e deve ser entendida no sentido do que é intersubjetivamente válido⁶⁰¹. As decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas são questões que concernem à distribuição e à ponderação. A questão de correção da distribuição e da ponderação é uma questão de justiça, pois justiça não é outra coisa que não correção em distribuição e justiça. E questões de justiça são questões morais⁶⁰².

Que a pretensão de correção está unida necessariamente com o Direito pode ser comprovado pela análise da cláusula constitucional de um Estado em que a minoria oprime a maioria e pretende continuar gozando dessa vantagem e, para isso, faz inserir no texto constitucional uma disposição de que se trata de um “Estado X soberano, federal e injusto” (*i*). Essa cláusula é “não só imoral, mas também, de alguma maneira, louca”. Trata-se de uma contradição que nasce do fato de que com uma Constituição se coloca uma pretensão de

⁵⁹³ Cf. BERTEA, Non-positivism can Accommodate Legal Certainty..., p. 79.

⁵⁹⁴ Cf. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts...*, S. 91.

⁵⁹⁵ Cf. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts...*, S. 92.

⁵⁹⁶ Cf. BERTEA, Non-positivism can Accommodate Legal Certainty..., p. 79.

⁵⁹⁷ Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 336.

⁵⁹⁸ Cf. ALEXY, *An Answer to Joseph Raz...*, p. 49.

⁵⁹⁹ Cf. RAZ, *The Argument from Justice, or How Not to Replay to Legal Positivism...*, p. 27.

⁶⁰⁰ Cf. RAZ, Joseph. Notes on Value and Objectivity. In: LEITER, Brian (Ed). *Objectivity in Law and Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 195.

⁶⁰¹ Cf. GREENAWALT, Kent. *Law and Objectivity*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 193.

⁶⁰² Cf. ALEXY, *An Answer to Joseph Raz...*, p. 50.

correção e, com isso, uma pretensão de justiça⁶⁰³. Segundo Alexy, essa contradição entre o conteúdo de um ato e a necessária pressuposição de sua manifestação pode ser designada como contradição performativa⁶⁰⁴. Isso pode ser detalhado neste sentido. Se com uma Constituição se coloca a pretensão de justiça, então, com ela, afirma-se que “a Constituição do Estado X é justa” (ii). Por sua vez, a disposição constitucional (i) configura o princípio da injustiça, que pode ser exposto assim: “o legislador, a administração e a jurisdição estão obrigados à realização da injustiça” (iii). Por isso mesmo, a seguinte disposição constitucional: “a Constituição do Estado X obriga o legislador, a administração e a jurisdição à realização da injustiça (iv). Como (iv) e (iii) estão em contradição com (ii), deve ser acrescentada a seguinte premissa: “a Constituição que obriga o legislador, a administração e a jurisdição à realização da injustiça é uma Constituição injusta” (v). Esta premissa, analiticamente verdadeira, torna possível o seguinte: “a Constituição do Estado X é injusta” (vi). Assim, a contradição performativa reside nisto. Afirmar (ii) está implícito no ato de dação de uma Constituição, pois neste ato uma pretensão de correção é sempre colocada. Afirmar (vi) está implícito no que é explicitamente promulgado⁶⁰⁵. Cuida-se de uma contradição em sentido clássico, cujo caráter performativo resulta, por uma parte, do que é explicitamente afirmado com a dação da norma constitucional e, por outra parte, do que está implícito com a pretensão conectada com a própria dação da norma constitucional. É importante destacar que, geralmente, a pretensão de correção aparece *implicitamente* colocada pelo ordenamento jurídico como um todo e, assim, pelas normas jurídicas e decisões judiciais. Evidentemente, pode aparecer explicitada em uma disposição constitucional do tipo “o Estado X é justo”, muito embora tal caracterize uma redundância⁶⁰⁶.

Contudo, a pretensão de correção colocada no discurso jurídico é diferente da pretensão de correção do discurso prático⁶⁰⁷. No discurso jurídico não se trata de que a proposição normativa seja absolutamente (*schlechthin*) racional, mas sim de que seja racionalmente justificada no marco do ordenamento jurídico. A particularidade é que a pretensão de correção no discurso jurídico não se refere ao que é absolutamente correto, mas o que é correto no quadro do sistema jurídico⁶⁰⁸. Segundo Alexy, em todas as formas de discursos são apresentadas justificações com pretensão de correção. Quem apresentar razões para justificar uma proposição normativa qualquer, implicitamente, ao participar de um

⁶⁰³ Cf. ALEXY, A institucionalização da razão, p. 22.

⁶⁰⁴ Cf. ALEXY, On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality..., p. 139.

⁶⁰⁵ Cf. ALEXY, On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality..., p. 139.

⁶⁰⁶ Cf. ALEXY, On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality..., p. 141.

⁶⁰⁷ Cf. ALEXY, On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality..., p. 143.

discurso, assume que sua justificação é correta. No discurso jurídico, do mesmo modo que no discurso prático geral, sob pena de contradição performativa, não é admissível que alguém apresente uma proposição normativa e, quando isto lhe for solicitado, negue-se a apresentar as razões que suportam o afirmado⁶⁰⁹. Aliás, no que diz com a aplicação das normas jurídicas pelos juízes, a exigência de justificação das decisões judiciais é determinada pela disposição do art. 96, IX, da Constituição Federal.

A relação entre decisão judicial e pretensão de correção deve ser bem compreendida. Se o Direito é o dado autoritativamente, com eficácia social e correção, é duvidoso aceitar um conceito de decisão judicial que exclua a pretensão de correção. A decisão judicial que produz a proposição normativa do tipo “A, B e C devem cumprir a pena de 20 (vinte) anos de reclusão” pela prática de crime de roubo e, ao mesmo tempo, reconhece que não há razões para condenar A pelo roubo, pois ele não participou do crime, é uma decisão que não pode pretender justificação racional e ser qualificada como correta. Do mesmo modo, a decisão judicial que afirma a condenação de alguém à pena privativa de liberdade, reconhecendo, que ela resulta de interpretação falsa do ordenamento jurídico. Trata-se de uma “sentença absurda”, pois “com uma sentença judicial é promovida sempre a pretensão” de que o Direito seja aplicado corretamente⁶¹⁰. Com uma decisão judicial, implicitamente, está afirmado que se trata de uma decisão judicial correta. Uma decisão judicial, em que a imposição de uma pena privativa de liberdade a alguém é justificada a partir de uma falsa interpretação das normas jurídicas, é absurda, porque explicita uma contradição. O que isso sugere é a existência de uma relação necessária entre decisão judicial e pretensão de correção.

Daí, então, a conexão necessária entre decisão judicial e pretensão de correção e, assim, que a pretensão de correção está implícita na aplicação das normas jurídicas pelos juízes e, portanto, na justificação das decisões judiciais.

Uma investigação empírica realizada nos mais diversos campos das discussões de questões jurídicas é suficiente para indicar que a pretensão de correção é levada a sério na justificação das decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas. Nas discussões de questões jurídicas nos meios de comunicação, os participantes apresentam argumentos e contra-argumentos em direção a uma resposta correta. Não é diferente o que acontece no âmbito da ciência jurídica, quando os investigadores disputam argumentos em busca da correção de uma decisão. Do mesmo modo, no âmbito do processo judicial, ao aplicar as

⁶⁰⁸ Cf. ALEXY, A institucionalização da razão..., p. 39.

⁶⁰⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 262.

⁶¹⁰ Cf. ALEXY, A institucionalização da razão..., p. 22-23.

normas jurídicas, o juiz não pode deixar de colocar a pretensão de correção, até mesmo para convencer aquele cujo interesse é desfavorecido a aceitar a decisão judicial. Razões devem ser apresentadas de tal forma que o réu – e também a sua família, amigos e membros de sua comunidade –, que vem a ser condenado à pena de 15 (quinze anos) de reclusão pela prática de crime de estupro, aceite a decisão judicial. Igualmente, boas razões o juiz deve apresentar para que o réu, condenado a pagar uma indenização de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dano moral, aceite como correto o provimento jurisdicional.

A discussão sobre o conteúdo da pretensão de correção colocada pelo discurso jurídico pressupõe a correção das decisões judiciais no marco do ordenamento jurídico, isso significando que a proposição normativa produzida pelo juiz deve ser racionalmente justificada conforme as normas jurídicas, a dogmática jurídica e as decisões judiciais anteriores sobre a aplicação das normas jurídicas⁶¹¹. A essa formulação pode ser colocada a objeção da obrigatoriedade de o juiz aplicar uma lei dada válida, mas claramente injusta ou irracional. Nesse caso, a racionalidade discursiva da argumentação jurídica se choca contra um limite, que, contudo, não faz cair a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral⁶¹². A primeira razão é que o conteúdo da tese do caso especial é tal que existem, efetivamente, limites na argumentação jurídica. Segundo Alexy, a tese do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral somente é refutada se todas as normas válidas do sistema jurídico podem ser aplicadas mediante subsunção, assim se resolvendo todo e qualquer caso submetido ao juiz. Desse modo, não haveria lugar para o discurso jurídico. Contudo, não há um sistema jurídico completo de tal sorte que tudo se resolva pela subsunção e que, assim, não deixe espaço para o discurso jurídico⁶¹³. É nessa abertura necessária do Direito⁶¹⁴ que se demarca o espaço para a argumentação jurídica⁶¹⁵.

Além dessa razão, deve-se acrescentar que a pretensão de correção colocada nas decisões judiciais apresenta dois aspectos distintos. O primeiro se refere à justificação correta de uma decisão porque dada conforme as normas jurídicas válidas dadas autoritativamente. Nesse sentido, uma decisão judicial é correta quando aplica uma norma jurídica criada validamente no marco do ordenamento jurídico vigente (*im Rahmen der geltenden Rechtsordnung*)⁶¹⁶. O segundo aspecto da correção da pretensão de correção se refere a se o ordenamento jurídico vigente é justo ou racional. A pretensão de correção das decisões

⁶¹¹ Cf. ALEXY, Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker..., S. 429-430.

⁶¹² Cf. ALEXY, Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker..., S. 432.

⁶¹³ Cf. ALEXY, Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker..., S. 432.

⁶¹⁴ Cf. ALEXY, A institucionalização da razão..., p. 36.

⁶¹⁵ Cf. ALEXY, A institucionalização da razão..., p. 37.

judiciais requer a consideração desses dois aspectos. Uma decisão judicial não somente coloca a pretensão de ser correta no âmbito do ordenamento jurídico validamente dado (*within the framework of the validly established legal order*), como, também, ser correta como uma decisão jurídica (*legal decisions*)⁶¹⁷. A decisão judicial que aplica uma norma jurídica válida, mas irracional ou injusta, não coloca a pretensão de correção nesses dois aspectos. Trata-se de uma decisão judicial juridicamente válida, que cumpre os princípios da segurança jurídica, da divisão dos poderes e da democracia, mas porque irracional ou injusta, é juridicamente imperfeita ou defeituosa⁶¹⁸. O seu problema está com o terceiro elemento exigido pelo conceito de Direito: a correção. No caso da aplicação de uma norma jurídica válida, o papel do discurso jurídico é zero quanto ao conteúdo da decisão jurídica mesma, mas é essencial para indicar as razões de sua incorreção e a medida para sua crítica. Com isso, então, pode ser afirmada a integração da argumentação jurídica no contexto da racionalidade discursiva⁶¹⁹.

Assim, então, estão colocados os elementos centrais da tese do caso especial. O discurso jurídico se demarca do discurso prático geral porque a argumentação jurídica está vinculada ao ordenamento jurídico e, assim, às condições limitadoras das normas jurídicas, da dogmática jurídica e das decisões judiciais precedentes de aplicação das normas jurídicas.

Quando as normas jurídicas, o aprofundado pela dogmática jurídica e as decisões judiciais precedentes determinam a decisão judicial e dúvidas sérias não são levantadas contra a correção da proposição normativa juridicamente vinculante produzida, cuida-se de um caso fácil “decidido somente pelo fundado em autoridade e institucional”⁶²⁰. Contudo, se as normas jurídicas, a dogmática e as decisões judiciais precedentes não dão a resposta para a questão jurídica, situação que se enquadra nos chamados casos difíceis, são necessárias “valorações adicionais”⁶²¹ que, contudo, não podem ser recolhidas somente no decretado autoritativamente ou institucional, mas na argumentação prática geral, quando são colocadas reflexões de conformidade com a finalidade e ideias daquilo que é bom para a comunidade⁶²².

Essa integração dos argumentos práticos gerais no contexto do jurídico pode ser concebida em dois modos. O primeiro é o coerentista (*coherentist*) e o segundo é o procedimental (*procedural*). O holismo jurídico é manifestação mais radical do ponto de vista coerentista, significando que todas as premissas da argumentação jurídica já estão dadas

⁶¹⁶ Cf. ALEXY, Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker...S. 432.

⁶¹⁷ Cf. ALEXY, The Special Case Thesis..., p. 382.

⁶¹⁸ Cf. ALEXY, The Special Case Thesis..., p. 382.

⁶¹⁹ Cf. ALEXY, Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker...S. 433-434.

⁶²⁰ Cf. ALEXY, A institucionalização da razão..., p. 39.

⁶²¹ Cf. ALEXY, A institucionalização da razão..., p. 39.

⁶²² Cf. ALEXY, A institucionalização da razão..., p. 40.

previamente no sistema jurídico, necessitando apenas serem descobertas. Com isso, está assegurada a total autonomia do Direito, sendo possível rastrear completamente cada decisão judicial a partir das normas jurídicas dadas no processo democrático. Entretanto, segundo Alexy, a ideia do holismo jurídico no sentido de uma perfeita ou ideal coerência não é realizável⁶²³. Qualquer tentativa em favor dessa ideia evidencia sua dependência de valorações e normas que ainda não estão dadas validamente no ordenamento jurídico. Além disso, como as normas jurídicas somente podem ser aplicadas por intermédio de atos de pessoas e pela via de procedimentos, o sistema jurídico, por si mesmo, não pode produzir coerência. As pessoas e os procedimentos são necessários para preencher os novos conteúdos⁶²⁴. Assim, abre-se o caminho para o modo procedimental de integração dos argumentos práticos gerais no contexto jurídico. É exatamente nesse ponto que se pode explicar o problema da mudança do caráter ou natureza de um argumento quando alterado o contexto. O que essa questão coloca é se um argumento prático geral continua sendo um argumento prático geral quando empregado no contexto jurídico. Segundo Alexy, a resposta para essa questão depende do que se entende por mudança do caráter ou da natureza de um argumento e isso é dado pela ideia de unidade da razão prática (*unity of practical reason*). Segundo essa ideia, o sistema jurídico do Estado democrático constitucional é uma tentativa para institucionalizar a razão prática. É a razão prática mesma que justifica a própria existência do sistema jurídico e de suas estruturas básicas, devendo se valer dos procedimentos democráticos de formação de opiniões e da argumentação jurídica para cumprir a pretensão de correção por ela mesma exigida. Os argumentos práticos gerais são argumentos que transitam através de todas as instituições e, mesmo assim, mantêm o que é essencial para esse tipo de argumento: caráter livre e não institucional. Essa é a última razão para a tese do caso especial⁶²⁵.

A pretensão de correção deve ser compreendida como uma ideia regulativa. Essa formulação, conforme sugerido por Bongiovanni, Rotolo e Roversi, carrega consigo o risco normalmente apontado contra os ideais⁶²⁶ e que podem ser remetidos à célebre referência ao tardio Wittgenstein de que as condições ideais levam a terrenos escorregadios sobre os quais

⁶²³ Cf. ALEXY, The Special Case Thesis, p. 383.

⁶²⁴ Cf. ALEXY, The Special Case Thesis, p. 383.

⁶²⁵ Cf. ALEXY, The Special Case Thesis, p. 384; ALEXY, Uma concepção teórico-discursiva da razão prática..., p. 113.

⁶²⁶ Cf. BONGIOVANNI, Giorgio; ROTOLO, Antonio e ROVERSI, Corrado. The Claim to Correctness and Inferentialism: Alexy's Theory of Practical Reason Reconsidered. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 284-285.

não se pode andar⁶²⁷. O conceito de ideia regulativa utilizado por Alexy é de origem kantiana e, por isso, deve ser entendido não com referência a um objeto ao qual a ideia possa supostamente corresponder, mas para a compreensão de seu uso como tal, ou seja, dirigindo o entendimento para um determinado objetivo. Esse objetivo, entretanto, está fora dos limites da experiência possível (*möglicher Erfahrung*)⁶²⁸, mas tudo é definido em relação ao que deve permanecer dentro dos limites da experiência. Assim, se o conceito de correção é entendido nesse sentido com relação ao discurso real, o risco desaparece⁶²⁹.

Com isso pode ser colocada a questão da relação entre discurso e correção.

A teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática. A correção de uma proposição normativa requer que ela seja resultado de um procedimento argumentativo definido conforme as regras do discurso como a ausência de contradição, a clareza da linguagem, a verdade empírica, a consideração das consequências, o peso das razões, a comprovação da gênese normativa, a liberdade e a igualdade de participação no discurso. Essas exigências excluem qualquer pretensão de identificar do discurso com negociação ou decisão⁶³⁰. Mesmo assim, Heidemann duvida da existência de uma conexão necessária entre discurso e correção ou validade objetiva⁶³¹, o que significa apontar para a possibilidade de o discurso resultar em julgamento normativo incorreto e da obtenção de julgamento normativo correto independentemente do discurso.

O que isso coloca em discussão é a necessidade de um discurso real. Segundo Alexy, o ponto decisivo para a teoria do discurso é que existe sempre a possibilidade de divergência entre o correto ou o objetivamente válido e o resultado de um discurso real. A razão para isso está no contexto transcendental da pretensão de correção. Os participantes do discurso são pessoas concretas, reais e historicamente situados que buscam realizar um julgamento moral correto com respeito às regras ideais da argumentação que, contudo, somente pode ser cumpridas aproximadamente. Sob essas condições, evidentemente, somente é possível se alcançar a correção tanto quanto possível. Por essa razão, então, o consenso realizado no discurso real não é constitutivo da correção ou validade objetiva. Esse seria o caso – quando, então, o consenso contaria como critério definitivo para a correção – se o discurso fosse compreendido como negociação ou decisão. Contudo, diferentemente, discurso é um

⁶²⁷ Cf. WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas*, p. 70, § 107.

⁶²⁸ Cf. KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1990, S. 606, B 672, 20.

⁶²⁹ Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 359.

⁶³⁰ Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 360.

⁶³¹ Cf. HEIDEMANN, Carsten. The Concept of Validity in a Theory of Social Action. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 312.

procedimento argumentativo, com o que a correção está necessariamente vinculada⁶³². O critério para a correção não é o consenso, mas a realização do procedimento segundo as regras do discurso⁶³³.

2. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

O discurso jurídico é um caso especial do discurso geral prático porque trata de questões práticas e coloca a pretensão de correção. Além disso, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral porque se desenvolve sob condições limitadoras recolhidas do Direito vigente. Essa formulação serve para justificar a tese do caso especial, pois o discurso jurídico não se identifica com o discurso prático. A coincidência é parcial exatamente porque o discurso jurídico se desenvolve sob determinadas condições limitadoras decorrente de sua vinculação às normas jurídicas, à dogmática jurídica e às decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas. Por isso mesmo, a racionalidade no discurso jurídico cuida da justificação de uma proposição normativa na moldura do ordenamento jurídico vigente.

A tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral implica, uma vez que discurso é uma atividade argumentativa dirigida por regras, que o procedimento do discurso jurídico se define, por um lado, pelas regras e formas do discurso prático geral⁶³⁴ e, por outro lado, pelas regras e formas específicas do discurso jurídico que, sinteticamente, exprimem sujeição às normas jurídicas, aos precedentes da jurisprudência e às proposições da dogmática jurídica.

As regras e formas do discurso jurídico são as regras e formas da justificação das proposições normativas das decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas. Analisar uma decisão judicial não é outra coisa que analisar a sua justificação sob o ponto de vista de sua própria estrutura. Segundo Alexy, uma exigência mínima para a justificação de uma decisão judicial é que ela possa ser reconstruída de tal modo que a proposição normativa definidora do dever jurídico particular concreto siga logicamente das proposições apresentadas na justificação mesma, juntamente com outras proposições pressupostas, resultando um conjunto todo de premissas livres de contradições. Esse, contudo, é somente um lado da justificação das decisões judiciais, pois a sua correção não deve ser limitada à correção lógica da sua cadeia de proposições. O outro lado da justificação das decisões

⁶³² Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 361.

⁶³³ Cf. ALEXY, *Probleme der Diskurstheorie...*, S. 120; ALEXY, *Problemas da teoria do discurso...*, p. 95.

⁶³⁴ Cf. Cap. II, n. 5.

judiciais consiste na análise da verdade, correção ou aceitabilidade das proposições apresentadas como premissas⁶³⁵.

Nesse sentido, então, a justificação interna trata da relação de implicação lógica entre as premissas e a conclusão. Cuida-se de verificar se a proposição normativa singular do caso concreto decidido pelo juiz segue logicamente das premissas aduzidas como justificação da conclusão. O objeto da justificação externa é o exame da verdade, correção ou aceitabilidade das premissas utilizadas na justificação interna⁶³⁶. A justificação interna não é uma justificação completa, pois nela se trata tão somente da relação de implicação lógica entre as premissas empregadas. O que interessa à justificação interna diz com a explicitação das premissas e o respectivo encadeamento lógico livre de contradição que deve ser estabelecido entre elas. Na justificação externa, cuida-se da fundamentação das proposições usadas como premissas na justificação interna.

Essa formulação autoriza sustentar que na estrutura da justificação das decisões judiciais se deve distinguir entre um núcleo dedutivo e uma justificação argumentativa das proposições apresentadas como premissas na dedução. Assim, costuma-se falar em justificação interna (*internal justification – IN-justification*) e justificação externa (*external justification – EX-justification*)⁶³⁷. Segundo Wróblewski, a justificação *lato sensu* (*JL-justificação*) abarca a verificação e a justificação *stricto sensu* (*JS-justificação*). A justificação-*JL* apresenta razões para qualquer juízo que aparece em um discurso. A verificação é uma justificação-*JL* sobre proposições ou juízos que são verdadeiros ou falsos em uma determinada linguagem. A justificação-*JS* é uma justificação-*JL* de juízos que não são verdadeiros nem falsos em uma determinada linguagem dada, ou seja, são juízos não verificáveis. Nesta, cuida-se de técnicas argumentativas de verificação cuja qualificação não se faz em termos de verdade, mas de “boas razões” e “razoabilidade”. Uma decisão que está internamente justificada é uma “decisão internamente racional” porque explicita as suas

⁶³⁵ Cf. ALEXY, Robert. Die logische Analyse juristischer Entscheidung. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 17; ALEXY, Robert. A análise lógica de decisões jurídicas. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20-21.

⁶³⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 273; ALEXY, Die logische Analyse juristischer Entscheidung..., S. 17-18; ALEXY, A análise lógica de decisões jurídicas..., p. 20.

⁶³⁷ Cf. ALEXY, Juristische Interpretation. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 80; ALEXY, Robert. Interpretação jurídica. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 119.

razões. Se uma decisão está externamente justificada se trata de uma decisão externamente racional porque sustentada por “boas razões, é dizer, em razões aceitas pela crítica”⁶³⁸.

A partir dessa formulação, Wróblewski se refere à racionalidade interna e externa das decisões judiciais, observando que uma decisão é racional se está justificada ou pelo menos pode ser justificada pelas razões que são apresentadas pelo juiz. Desse modo, a racionalidade interna de uma decisão judicial consiste na sua justificabilidade. Uma decisão qualquer q é suportada por um conjunto de premissas p , conforme a aplicação de uma regra de inferência aceita R . A racionalidade interna pode ser simbolizada por $pR^i q$. A racionalidade externa cuida da aceitação das premissas da racionalidade interna e pode ser simbolizada por $pR^e q$. Uma decisão judicial qualquer q pode ser racional internamente e, no entanto, não ser racional externamente se as premissas não forem adequadamente conhecidas pelo juiz ou se as premissas axiologicamente aceitas por ele não foram compartilhadas pela crítica⁶³⁹. Essa distinção corresponde à distinção formulada por Aarnio entre racionalidade- L e racionalidade- D . A primeira se refere à forma da argumentação e diz que uma inferência lógico-dedutiva é sempre racional. A segunda, que não está vinculada às regras da lógica, refere-se ao procedimento do discurso para a justificação das premissas. Cuida-se da racionalidade do discurso racional⁶⁴⁰ ou racionalidade discursiva⁶⁴¹.

Na formulação de Peczenik, além da racionalidade- L e da racionalidade- D , está colocada a racionalidade- S – racionalidade substancial (*substantial*) ou da fundamentação (*supportive*) – que constitui a ideia básica de racionalidade. Nesse sentido, uma perfeita racionalidade- S de uma proposição conclusiva significa que ela segue logicamente de um conjunto de premissas altamente coerente. A racionalidade substancial ou de fundamentação está centrada nos conceitos de fundamentação fraca (*weak support*), fundamentação razoável (*reasonable support*) e fundamentação forte (*strong support*), que podem ser definidos como relações lógicas entre premissas e conclusão⁶⁴².

Uma proposição p fundamenta, em sentido fraco (*weakly support*), uma proposição q se, e somente se, p pertence a um conjunto de premissas S , do qual q segue logicamente. Quando uma proposição segue de um conjunto de premissas coerentes em uma parte significativa com a conclusão, mas algumas premissas *apenas talvez* (*perhaps*) sejam

⁶³⁸ Cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurda. Madrid: Civitas, 2001, 58-59.

⁶³⁹ Cf. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Towards Foundation of Judicial Reasoning*. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Bunker & Humblot, 1983, p. 234.

⁶⁴⁰ Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 189-190.

⁶⁴¹ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 46.

⁶⁴² Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 97.

coerentes, o caso é de uma conclusão que tem razoável fundamentação (*reasonable support*). Nesse caso, a conclusão é racional-*S* até certo grau, conforme o grau coerência alcançado pelo conjunto de premissas. Assim, uma proposição *p* suporta, razoavelmente, uma proposição *q* se, e somente se, *q* pertence ao conjunto de premissas razoáveis *S* do qual *p* segue logicamente. A fundamentação é razoável se o conjunto é constituído de premissas razoáveis⁶⁴³. Uma proposição apresentada como premissa é razoável quanto não pode ser tornada falsa e não é arbitrária. Segundo Peczenik, a falsidade deve ser entendida no sentido de Popper⁶⁴⁴, o que significa que uma determinada hipótese deve ser aceita condicionalmente, até que sobrevenha prova de que é falsa. Uma proposição é tanto mais razoável quanto mais tenha resistido às tentativas de falsificação. Outra condição exigida para que uma premissa apresentada como proposição seja razoável é que ela não seja suficientemente corroborada logicamente a partir de um conjunto altamente coerente de premissas⁶⁴⁵. Uma proposição *p* fundamenta, em sentido forte (*strongly support*), uma proposição *q* se, e somente se, *p* pertence a um conjunto de premissas *S*, com as seguintes propriedades: *i*) todas as premissas são razoáveis; e *ii*) pelos menos um subconjunto de *S* é tal que *ii*a) a proposição *q* lhe segue logicamente, e todos os membros são necessários para inferir desse subconjunto de tal sorte que *q* não se dá caso seja suprimida alguma premissa; e *iii*) cada membro de *S* pertence a pelo menos um tal subconjunto; e *iv*) *p* é necessário neste sentido forte de que *q* não se segue de nenhum subconjunto de *S* do qual *p* não pertence⁶⁴⁶. O conceito de fundamentação em sentido forte é especialmente importante para a argumentação jurídica, pois as disposições jurídicas e as normas jurídicas que a partir delas podem ser formuladas ocupam uma posição privilegiada (*privileged provision*). As decisões judiciais devem ser suportadas por normas jurídicas, diretamente retiradas das disposições jurídicas ou associadas interpretativamente às disposições jurídicas dadas autoritativamente pelo legislador democraticamente legitimado. Evidentemente, muitas premissas construídas a partir de outras fontes são incluídas na estrutura de fundamentação como as premissas fáticas descritivas do caso, as premissas formuladas a partir dos precedentes, as premissas da dogmática jurídica, as premissas formuladas a partir do material dos trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*)⁶⁴⁷ e das premissas decorrentes da argumentação prática geral.

⁶⁴³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 47 e 97-98.

⁶⁴⁴ Cf. POPPER, Karl R. *The Logic of Scientific Discovery*. London: Routledge, 2002, p. 17-18.

⁶⁴⁵ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 97 e 116.

⁶⁴⁶ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 110.

⁶⁴⁷ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 111.

A racionalidade-*S* coloca uma exigência de racionalidade mais forte e que está relacionada com o conceito e os critérios de coerência⁶⁴⁸.

A coerência é uma questão de fundamentação, devendo-se compreender que as relações que criam conexões positivas de coerência são as relações de fundamentação. Segundo Alexy, há uma relação conceitualmente necessária entre os conceitos de coerência e de fundamentação de tal modo que quanto melhor a estrutura da fundamentação de uma classe de proposições, tanto mais coerente é essa classe de proposições⁶⁴⁹. O conceito de fundamentação é semântico-sintático e, por isso, exclui a dimensão pragmática do fundamentar como uma atividade. Assim, uma proposição *p* fundamenta uma proposição *q* quando *q* resulta logicamente de *p* – sozinho de *p* ou de *p* com outras premissas. Por seu lado, o conceito de estrutura de fundamentação corresponde à classe das propriedades formais de todas as relações de fundamentação que existem dentro da classe de proposições. A coerência é uma questão de grau, de tal sorte que a “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”⁶⁵⁰. Isso significa que a medida de coerência é dada pelo de grau de critérios de coerência que são cumpridos⁶⁵¹.

As regras da justificação interna e externa – racionalidade interna e externa – e os critérios da coerência devem, então, ser explicitados.

2.1 A JUSTIFICAÇÃO ARGUMENTATIVA INTERNA

As questões da justificação interna das decisões judiciais dizem respeito à validade das inferências a partir das premissas dadas até a conclusão. Trata-se, portanto, da validade do silogismo jurídico sob o ponto de vista da lógica formal. A justificação interna significa a derivação de uma proposição de conclusão a partir das premissas dadas, conforme as regras de inferência aceitas. A condição de justificação interna é a existência de uma regra com a qual se pode submeter à prova a racionalidade interna da decisão judicial⁶⁵². Segundo Peczenik, a racionalidade lógica de uma conclusão significa que ela segue logicamente (*follows logically*) de um conjunto de premissas que são logicamente consistentes (*logically*

⁶⁴⁸ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 47.

⁶⁴⁹ Cf. ALEXY, Robert. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 119; PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 132.

⁶⁵⁰ Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 119.

⁶⁵¹ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 133.

consistent) e linguisticamente corretas (*linguistically correct*)⁶⁵³. Como isso, desde já, fica antecipado que o silogismo é central para a argumentação jurídica, desempenhando um papel estruturante fundamental. A justificação das decisões judiciais também é silogística ou silogística com reservas e qualificações (*reservations and qualifications*)⁶⁵⁴.

A estrutura da forma mais simples da justificação interna (*R.I.I*)⁶⁵⁵ pode ser exemplificada do seguinte modo: (i) quem comete homicídio qualificado, deve ser condenado à pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão; (ii) A cometeu homicídio qualificado; (iii) A deve ser condenado à pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão. Cuida-se apenas da relação entre as premissas e a conclusão e, portanto, da validade dedutiva dos argumentos apresentados para justificar uma proposição normativa. Uma vez determinadas definitivamente as premissas, o assunto da justificação interna é o que diz com a relação de implicação entre elas e a conclusão. Na formulação acima, das premissas *i* e *ii*, necessariamente, por implicação lógica, resulta a conclusão *iii*. Uma decisão está internamente justificada quando não são violadas as regras de inferências lógico-dedutivas.

Assim, no caso das normas jurídicas que associam uma situação de fato a uma determinada previsão normativa – a consequência jurídica – sempre que verificada essa situação de fato no mundo, por implicação lógica, a conclusão é que se dê a consequência jurídica prevista para o caso descrito abstratamente na norma jurídica. Portanto, sempre que uma situação de fato concreta *S* realiza a previsão normativa *T*, vigora para essa situação de fato a consequência jurídica *R*. Para cada caso *P*, vigora *R*. Essa formulação permite inferir que a decisão judicial pode ser justificada a partir de um exemplo clássico de regra de inferência – ou de forma de argumento – que é a do *modus ponens*. Na linguagem dos lógicos, essa forma é assim apresentada: Se *p*, então *q*; *p*; então *q*. Nessa forma, se *p*, então *q* e *p* constituem as premissas do argumento e a *q* a conclusão. Essa forma mais simples da estrutura da justificação interna pode ser designada por *R.I.I*, configurando a primeira regra da argumentação jurídica.

De modo mais específico, a forma mais simples da justificação interna remete ao silogismo, forma de argumento válido estruturado em duas premissas e uma conclusão. Como todas as formas de argumentos dedutivos, o silogismo pode ser válido ou inválido. A validade do silogístico depende de sua estrutura interna de tal sorte que a verdade das premissas

⁶⁵² Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 119; WRÓBLEWSKI, *Towards Foundation of Judicial Reasoning...*, p. 234.

⁶⁵³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 46.

⁶⁵⁴ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, 2005, p. 32-33.

⁶⁵⁵ Cf. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 274.

implica, por derivação lógica, a verdade da conclusão. Se todas as premissas são verdadeiras, a conclusão será necessariamente verdadeira. Toda a informação dada pela conclusão está, antes, dada pelas premissas, ainda que de modo implícito. O objetivo do argumento dedutivo é tornar explícito o conteúdo das premissas⁶⁵⁶.

Assim, no caso de aplicação das normas jurídicas a proposição normativa é obtida por intermédio de uma operação dedutiva: *i*) a norma jurídica funciona como premissa maior; *ii*) a descrição do fato controvertido funciona como premissa menor; *iii*) a proposição normativa concreta é a conclusão. Sempre que a previsão *T* está realizada numa situação de fato concreta *S*, vale para *S* a consequência jurídica *R*. A previsão *T*, conformada em termos gerais, realiza-se quando numa determinada situação de fato quando *S*, do ponto de vista lógico, é um caso de *T*. Para saber-se a respeito de uma determinada consequência jurídica, deve-se verificar se a situação de fato se subordina, como um caso, a uma determinada previsão legal abstratamente prevista no ordenamento jurídico⁶⁵⁷.

Os passos são os seguintes: *i*) se *T* se realiza numa situação de fato, vale para essa situação de fato a consequência jurídica *R* – tem-se a premissa maior; *ii*) se essa determinada situação de fato *S* realiza *T*, é dizer, essa determinada situação de fato *S* é um caso de *T* – tem-se a premissa menor; *iii*) então, para *S* vale a conclusão *R*. Esse é o silogismo de determinação da consequência jurídica, pois a premissa maior é constituída por uma norma jurídica completa e a premissa menor pela subordinação de uma situação de fato concreta, como um caso, à previsão da norma jurídica abstratamente dada pelo legislador. A conclusão afirma que para essa situação de fato, vale a consequência jurídica mencionada na norma jurídica. Essa, então, a fórmula mais geral da subsunção⁶⁵⁸. A subsunção não é outra coisa senão encaixe de um caso individual a uma hipótese ou a um tipo legal. A subsunção é resultado do enquadramento de uma determinada situação fática individual a uma determinada descrição abstrata de uma hipótese normativa. Assim, a partir da hipótese normativa abstratamente prevista e da situação da vida tomada em conta, cumpre ao aplicador definir o comportamento devido ou permitido: dizer o dever jurídico concreto.

Um caso fácil serve para dar conta da justificação dedutiva de uma proposição normativa particular. A disposição do art. 1.238 do Código Civil diz que aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o

⁶⁵⁶ Cf. SALMON, Wesley C. *Lógica*. Trad. Álvaro Cabral. 3. ed. Rio de Janeiro: Prentice-Hall, 1993, p. 8.

⁶⁵⁷ Cf. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...*, S. 271-272.

⁶⁵⁸ Cf. ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, Dec. 2003, p. 433.

declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no cartório de registro de imóveis. No mundo da vida, sem oposição de quem quer seja, A, por mais de vinte anos, detém a posse do imóvel x com intenção de dono, fato incontroversamente demonstrado. Nesse caso, a proposição normativa concreta “A deve ser declarado proprietário do imóvel x ” encontra justificção dedutiva a partir da relação de implicação necessária entre a premissa normativa e a premissa fática dadas. Se a disposição do art. 1.238 do Código Civil estabelece que aquele que detém a posse de um imóvel, com intenção de dono, sem interrupção e sem oposição, por 15 (quinze) anos, adquire-lhe a propriedade e se A preenche todos esses requisitos em relação ao imóvel x , então A deve ser declarado proprietário do imóvel. A consequência jurídica prevista na norma jurídica coincide com a conclusão da situação concreta da vida: aquisição da propriedade. A aplicação da norma jurídica pelo juiz se dá pela subsunção da situação concreta da vida à norma universal abstratamente dada. A proposição normativa particular encontra justificção raciocínio lógico dedutivo, pois a relação entre a premissa normativa e a premissa fática dadas implica, por derivação lógica, a conclusão.

Uma objeção normalmente levantada contra essa forma simples da justificção interna é que as regras da lógica não servem à aplicação das normas jurídicas. Segundo Kelsen, uma análise lógica somente pode ser realizada sobre proposições verdadeiras ou falsas e que sejam passíveis de verificação e não sobre normas que não são verdadeiras ou falsas⁶⁵⁹. Nesse sentido, a inferência silogística não funciona em relação às normas, pois as regras da lógica se aplicam ao silogismo teórico, que se baseia num ato do pensamento, mas não ao silogismo prático ou normativo. Neste silogismo, pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas, que se baseiam em um ato de vontade – numa norma⁶⁶⁰. Na tradição da filosofia do Direito, essa questão costuma ser remetida ao famoso dilema de Jørgensen, segundo o qual as proposições imperativas (*imperative sentences*) não podem ser verdadeiras nem falsas e, portanto, são incapazes de serem conclusões de inferências lógicas (*incapable of being conclusions in logical inferences*)⁶⁶¹. Nesse sentido, então, a seguinte inferência prática careceria de validade lógica: *i*) você deve manter as suas promessas; *ii*) essa é uma das suas promessas; *iii*) logo, você deve manter essa promessa. Essa inferência prática não seria validamente lógica porque não é logicamente necessário que alguém que estabelece uma regra universal deve também estabelecer a aplicação particular dessa regra, pois se isso se verifica ou não depende de fatos psicológicos. É possível que alguém, mesmo tendo proposto uma

⁶⁵⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 1979, S. 153.

⁶⁶⁰ Cf. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen...*, S. 181-184.

regra universal, não defenda sua aplicação quando isso lhe implica uma situação de desvantagem. No caso, manter ou não a promessa não decorre logicamente da relação entre as premissas, mas da vontade de alguém.

Contudo, essa solução não parece ser uma ideia racional. Se *A* aceita como moralmente correta a regra – as promessas devem ser mantidas – e promete acompanhar *B* ao cinema, seria irracional sustentar, ao mesmo tempo, que não tem o dever de acompanhar *B* ao cinema. Segundo Atienza, isso serve para demonstrar que na vida comum atribuímos às inferências práticas a mesma validade atribuída às inferências teóricas. Conclusivamente, tem-se uma implicação ou uma inferência lógica ou uma argumentação dedutivamente válida quando a conclusão é necessariamente verdadeira – correta, justa, válida – se as premissas são verdadeiras – corretas, justas, válidas⁶⁶². Essa é uma via para se superar o dilema de Jørgensen. Outra é mostrar que a presença de palavras lógicas como “se ... então”, “todos” e “alguns” é uma razão para afirmar que existe relação de implicação lógica entre proposições normativas⁶⁶³. Sobre isso, Hare observa que do fato de que comandos (*commands*) podem contradizer um ao outro resulta que, para evitar a autocontradição (*self-contradiction*), um comando deve observar determinadas regras lógicas (*must observe certain logical rules*)⁶⁶⁴. Se a palavra “todos” e outras palavras lógicas são utilizadas tanto em afirmações – “todos os carros são vermelhos” – como em comandos – “leve todas as caixas para a estação” – deve haver uma relação de implicação lógica entre comandos, pois, do contrário, não seria possível dar algum significado para elas tal como neles usadas⁶⁶⁵. Duas pessoas estão em contradição lógica tanto quando uma afirma “o carro é vermelho” e outra afirma “o carro não é vermelho” como quando uma diz “é proibido fumar” e outra diz “não é proibido fumar”. Se uma proposição é verdadeira por necessidade lógica (*logical necessity*), então qualquer outra proposição da mesma forma lógica será necessariamente verdadeira (*necessarily true*)⁶⁶⁶. Contudo, segundo Alexy, a melhor maneira de superar a objeção é criar modelos semânticos nos quais as proposições normativas possam ser classificadas como verdadeiras ou falsas⁶⁶⁷. Aliás, o próprio Jørgensen, admitindo a formulação de inferências em que pelo menos uma

⁶⁶¹ Cf. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen...*, S. 154.

⁶⁶² Cf. ATIENZA, *Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002, p. 36; ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006, p. 127.

⁶⁶³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 34.

⁶⁶⁴ Cf. HARE, *The Language of Morals...*, p. 24; HARE, *Freedom and Reason...*, p. 186-187.

⁶⁶⁵ Cf. Cf. HARE, *The Language of Morals...*, p. 24.

⁶⁶⁶ Cf. HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 137.

⁶⁶⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 186; HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Law, Morals and Defeasibility. *Ratio Juris*, v. 13, n.3, Sept. 2000, p. 322-323.

das premissas e a conclusão sejam proposições imperativas (*imperative sentences*), propõe a distinção entre dois fatores: *i*) um imperativo e *ii*) um indicativo. O primeiro corresponde a uma expressão do estado de espírito de quem fala e, por essa razão, cuida-se de uma consequência não lógica. O segundo corresponde a uma descrição do conteúdo da proposição imperativa e, por isso, capaz de ter significado e valor de verdade – portanto, sujeito a ser governado pela lógica. A conclusão é que qualquer proposição imperativa apresenta um fator imperativo, indicando que algo é ordenado, e um fator indicativo, descrevendo o que é ordenado⁶⁶⁸.

Segundo MacCormick, deve-se concordar com a ideia de que um ato de decisão (*act of deciding*) não é e não pode ser inferido logicamente de certas premissas, mas isso não significa que uma determinada conclusão não possa ser deduzida de premissas quando se coloca a questão sobre qual decisão seria justificável em um dado caso (“*what decision is justifiable in a given case?*”)⁶⁶⁹. As premissas *i*) toda pessoa condenada por homicídio simples deve cumprir pena de 6 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão e *ii*) *A* é uma pessoa condenada por homicídio simples não sustentam à *decisão* do juiz, mas permitem a conclusão de que o juiz deve condenar *A* à pena de 6 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão. Sobre isso, MacCormick observa que a conclusão não é ela mesma uma decisão (*conclusion is not itself a decision*), mas fundamenta de que modo o juiz pode decidir justificadamente (*justifiably decide*)⁶⁷⁰. A decisão do juiz de condenar *A* a uma pena entre 6 (seis) e 20 (vinte) anos de reclusão estará justificada, admitindo-se as premissas *i* e *ii* como razões. A relação entre as razões e a ação pode ser formulada no seguinte argumento prático: o juiz deve condenar *A* a uma pena entre 6 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão e, por isso, então, o juiz condena *A* a uma pena entre 6 (seis) a 20 (vinte) anos. A relação entre a ação e as razões justificadoras não é dedutiva, mas isso não significa que as razões mesmas não possam ser estabelecidas dedutivamente⁶⁷¹. O que isso significa é que não se pode levantar uma objeção séria contra o deducionismo com base na correta afirmação de que as normas jurídicas não passíveis de verdade ou falsidade. As normas jurídicas não possuem valor de verdade, mas as proposições descritivo-interpretativas do Direito podem ser verdadeiras ou falsas. Isso é o que basta para deixar claro o papel da deducionismo na justificação das decisões judiciais⁶⁷².

⁶⁶⁸ Cf. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen...*, S. 155.

⁶⁶⁹ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*p. 55 (entre aspas no original).

⁶⁷⁰ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*p. 55.

⁶⁷¹ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*p. 55-56.

⁶⁷² Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 66-67; KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen...*, S. 165-166.

A forma mais simples da justificação interna serve para os chamados casos fáceis (*easy cases*)⁶⁷³, mas se mostra insuficiente para a justificação dos casos difíceis (*hard cases*). Segundo Dworkin, um caso difícil é aquele que coloca duas ou mais alternativas de interpretação do Direito, todas acompanhadas de boas razões⁶⁷⁴. Ainda que essa distinção mesma não tenha seus limites traçados de modo suficientemente claro, a classificação de um caso como difícil pode ser alcançada por exclusão. Um caso difícil é um caso que não é fácil. Um caso fácil é aquele cuja proposição normativa concreta pode ser justificada dedutivamente pela forma simples da justificação interna. Um caso fácil não exige premissas adicionais. Um caso fácil é aquele no qual todas as premissas usadas na justificação interna estão completamente justificadas e são aceitas por todos sem qualquer dúvida. Quando a justificação interna coloca a exigência de premissas adicionais ou quando as premissas precisam ser formuladas ou reformuladas de algum modo, entre outras razões, cuida-se de um caso difícil.

A justificação interna, por isso mesmo, não se esgota na exigência da dedutibilidade lógica de premissas livres de contradição. Além disso, segundo Alexy, outras exigências adicionais à estrutura lógica devem ser colocadas, pois a teoria do silogismo jurídico não se resume a uma teoria puramente lógica. Ao lado da verificação da validade do esquema de conclusão, outras formas válidas como normativamente vinculativas devem ser consideradas como a exigência de que, pelo menos, uma premissa seja a formulação de uma norma universal⁶⁷⁵.

A forma *R.1.1* da argumentação satisfaz a justificação mediante regras universais estabelecida pelo princípio da universalizabilidade da regra *R.1.3'* da argumentação geral prática, que estabelece que cada falante somente pode afirmar aqueles juízos de valor ou de dever a respeito de uma dada situação que igualmente estaria disposto a afirmar em relação a todas as outras situações semelhantes em aspectos relevantes com a situação dada⁶⁷⁶. O princípio da universalidade suporta o princípio da justiça formal, que coloca a exigência de tratar do mesmo modo todos que pertencem a uma mesma categoria. O que isso significa é a

⁶⁷³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 14.

⁶⁷⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *Hard Cases*. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 81-130. Ao invés dessa terminologia, MacCormick prefere a distinção entre casos claros (*clear cases*) e casos problemas (*problematic cases*), formulada em bases essencialmente pragmáticas. Um caso claro é aquele em que nenhum problema jurídico é levantado e, por isso, pode ser resolvido sumariamente. Mesmo matérias complexas podem ser claras e passíveis de resolução sumária (Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 50-51).

⁶⁷⁵ Cf. ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidung...*, S. 19; ALEXY, *A análise lógica de decisões jurídicas...*, p. 21.

⁶⁷⁶ Cf. HARE, *Freedom and Reason...*, p. 10; HARE, *Sorting out Ethics...*, p. 12.

exigência de que a justificação de uma decisão judicial siga logicamente de uma regra universal. Daí, então, como concretização do princípio da universabilidade podem ser formuladas as seguintes regras da justificação interna: a regra *R.2.1* da argumentação jurídica diz que para a fundamentação de uma decisão judicial deve ser aduzida, pelo menos, uma norma universal; a regra *R.2.2* diz que a decisão judicial deve seguir logicamente, pelo menos, de uma norma universal juntamente com outras proposições⁶⁷⁷.

Essas regras não afastam a possibilidade de que a norma universal seja modificada pela introdução de uma exceção. É o caso, por exemplo, se *A* comete homicídio em legítima defesa ou se *A* comete homicídio e é penalmente inimputável e, por isso, não está sujeito às sanções penais estabelecidas no Código Penal. De qualquer modo, a norma modificada pela exceção já é outra norma e, com base na regra *R.2.1*, deve ser tomada como uma norma universal. Assim, para todos os casos de homicídio praticado em legítima defesa ou para todos os casos de homicídio praticado por inimputável está excluída a imposição das penas previstas para o crime de homicídio no Código Penal. Essa mesma formulação deve valer também para os casos em que o ordenamento jurídico positivado não fornece uma hipótese normativa determinada para fins de subsunção da hipótese fática considerada⁶⁷⁸. Quanto esse é o caso e uma premissa normativa deve ser construída pelo juiz, ela deve valer como norma universal para todos os casos semelhantes em seus aspectos relevantes. Uma vez construída, em uma decisão judicial, a premissa normativa de que a relação afetiva de pessoas do mesmo sexo configura dever de mútua assistência, incluindo o dever de prestar alimentos, ela deve valer para todos os casos iguais em seus aspectos essenciais. Trata-se de uma exigência das regras de justiça *R.2.1* e *R.2.2*, juntamente com o princípio da universabilidade e com a regra formal de justiça. Segundo MacCormick, é inerente à pretensão de correção de que se um ato é correto em razão de apresentar um conjunto de características, então ele deve ser correto em todas as situações que apresentarem as mesmas características. Se características relevantes são adicionadas de tal modo a configurarem uma exceção, essa deve apresentar a mesma qualidade universal⁶⁷⁹. Nesse sentido, pode se sustentar que se trata de universabilidade excepcionável (*defeasible*) e de uma exceção universalizável⁶⁸⁰. A universabilidade é central para a justificação das decisões judiciais de tal modo a se poder afirmar que não há justificação sem universalização (*no justification without universalization*). Por isso mesmo, razões de justificação não devem ser confundidas com razões explicativas ou com motivos.

⁶⁷⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 275.

⁶⁷⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 275.

⁶⁷⁹ Cf. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 91.

Saber se há razões de justificação para alguém perseguir um objetivo é bem diferente de saber se alguém tem algum motivo para perseguir um objetivo. A exigência para que motivos particulares possam configurar razões de justificação é que eles possam ser remetidos a uma proposição normativa universal⁶⁸¹.

A forma de justificação *R.I.I* não é suficiente para dar conta dos casos mais difíceis, que não autorizam uma relação direta de implicação necessária entre as premissas e a conclusão, como são os casos em que a aplicação da norma jurídica requer a interpretação de outras normas jurídicas ou a aplicação da norma pode conduzir a diversos cursos de ações e, portanto, a diferentes consequências jurídicas. Cuida-se de casos de aplicação de normas jurídicas formuladas por meio de conceitos de termos jurídicos indeterminados ou semanticamente vagos, de tal sorte que diferentes interpretações do texto podem ser construídas⁶⁸². Aliás, Hart observa que o Direito apresenta uma textura aberta (*open texture*), o que significa a existência de áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais, que devem promover, conforme as circunstâncias de cada caso, o equilíbrio entre interesses conflitantes⁶⁸³.

Uma norma admite várias interpretações quando não se pode dizer, com segurança, se *a* é um *T* ou se *a* não é um *T*, o que significa para *T* a existência de um espaço semântico (*semantischen Spielraum*). Segundo Alexy, os espaços semânticos podem ser de três tipos: ambiguidade, vagueza e abertura valorativa. Uma expressão é ambígua quanto ela pode ser empregada segundo regras semânticas distintas. Uma expressão é vaga quando as regras de seu emprego não dizem nada quanto ao caso de *a* ser ou não um *T*, de tal sorte que é possível que *a* seja um *T* e que *a* não seja um *T*. Outro tipo de espaço semântico é constituído pelas expressões valorativamente abertas como o bom e o justo⁶⁸⁴. Normalmente, a ambiguidade pode ser eliminada pelo contexto. Contudo, nos casos da vagueza semântica e da abertura valorativa é necessário o recurso a uma regra semântica que fixe o significado da expressão vaga, para além das regras de emprego da expressão já existentes. Essa regra deve ser tal que possa vincular um determinado complexo de características *M*, dado em *a*, que configure um *T*⁶⁸⁵. Segundo Peczenik, as palavras que configuram uma abertura valorativa (*value-openness*) apresentam as seguintes propriedades: *i*) um significado prático, relacionado a sentimentos,

⁶⁸⁰ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 94.

⁶⁸¹ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 99.

⁶⁸² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 276.

⁶⁸³ Cf. HART, H. L. A. *The Concept of Law...*, p. 125.

⁶⁸⁴ Cf. ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen...*, S. 24; ALEXY, *A análise lógica de decisões jurídicas...*, p. 24.

atitudes, ações, etc. – por exemplo, designar como abusiva uma cláusula contratual expressa uma rejeição à referida cláusula; *ii*) um significado teórico, relacionado com alguns fatos indicativos de que uma determinada cláusula contratual é abusiva; *iii*) esse significado teórico é lexicamente vago e ambíguo; *iv*) em determinados casos, para se determinar se uma palavra se refere ou não a um caso específico, são necessárias ponderações⁶⁸⁶. Nesses casos, segundo Larenz, não se trata de subsunção lógico-dedutiva, pois os conceitos vagos têm uma amplitude oscilante no seio da qual não se pode dizer com segurança se um determinado caso se encaixa ou não nessa amplitude. Com esses conceitos, o legislador pretendeu exatamente deixar uma margem de apreciação ao juiz, mas isso não significa que o juiz está dispensado de fundamentação⁶⁸⁷. Quando está diante de uma ambiguidade normativa, o juiz deve resolver o problema de interpretação (*problem of interpretation*), escolhendo um dos sentidos possíveis, com base em uma completa justificação (*complete justification*) sustentada por boas razões⁶⁸⁸.

Contudo, nos casos de espaços semânticos, a forma simples de justificação interna se mostra insuficiente. Algumas disposições constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico servem para indicar a correção dessa formulação. A disposição do art. 196, *caput*, da Constituição Federal, diz que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. A partir dessa normalização constitucional, coloca-se a questão sobre a possibilidade de um indivíduo, afirmando-se titular do direito fundamental à saúde, deduzir contra o Estado uma pretensão a uma prestação material consistente no fornecimento periódico de medicamentos ou a realização de uma intervenção cirúrgica⁶⁸⁹. O que deve ser respondido é se a palavra “saúde” pode ser interpretada de modo a configurar posição fundamental jurídica definitiva a prestações materiais específicas, consistente no fornecimento de um medicamento determinado ou na realização de um determinado procedimento cirúrgico. Uma resposta positiva, sem muitas dúvidas, pode ser encontrada se o caso é de uma pessoa que se encontra em estado tal que um determinado medicamento ou procedimento cirúrgico é necessário para assegurar a sua vida ou condições de saúde mínima.

⁶⁸⁵ Cf. ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen...*, S. 25; ALEXY, *A análise lógica de decisões jurídicas...*, p. 25.

⁶⁸⁶ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 18.

⁶⁸⁷ Cf. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...*, S. 157-158.

⁶⁸⁸ Cf. MAcCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory...*, p. 68.

⁶⁸⁹ Cf. STF, Ag. Reg. REExt. 271286, 2. T, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 101; STF, REExt. 242859, 1. T, j. 29/06/1999, DJ 17/09/1999.

Uma mesma resposta positiva livre de dúvida talvez não possa ser alcançada, pelo menos sem premissas adicionais, se caso é de uma pessoa que pretende, com fundamento na disposição constitucional, a realização de uma cirurgia estética sob a alegação de que tal é necessário para a saúde mental e psicológica.

Outro exemplo pode ser recolhido da disposição do art. 225, *caput*, da Constituição Federal, que diz 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. Essa disposição é completada pela disposição do art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, que estabelece incumbir ao poder público, para assegurar a efetividade desse direito fundamental, exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio ambiental. A partir dessa disposição, pode ser colocado o caso de um empreendedor deduzir prestação jurisdicional para se desonerar de exigência imposta pelo Estado de realizar de estudo prévio de impacto ambiental. Nessa decisão judicial, necessariamente, haverá a passagem das normas constitucionais à proposição normativa concreta definidora da conduta devida concreta⁶⁹⁰. A questão central é como esse caminho é desenvolvido e quais são razões que o sustentam. Nessa hipótese, especialmente, a decisão judicial deverá responder se a obra ou a atividade é potencialmente causadora de *significativa* degradação ambiental. O essencial será dizer por que o caso é ou não é de significativa degradação ambiental, isso pressupondo o conceito do que se deve entender por significativa degradação ambiental.

Não é diferente o que acontece com as disposições dos art. 421 e art. 422 do Código Civil. A primeira diz que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato e a segunda dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé. A abertura semântica dessas disposições – função social do contrato, probidade e boa-fé – não autoriza a justificação de uma proposição normativa pela via da forma *R.I.I.*, pois não se pode estabelecer uma relação de implicação lógica entre as normas e a premissa fática de que A comprou uma fazenda para simplesmente apreciar a paisagem ou de que A deixou de dar conhecimento ao adquirente de características essenciais referentes ao objeto do contrato. A relação da premissa normativa e da premissa fática com a conclusão final de que o contrato é nulo ou que B tem, em face de A, direito a uma indenização configura um salto.

⁶⁹⁰ Cf. STF, ADIn. 1086, TP, j. 10/08/2001, DJ 10/08/2001; STF, REExt. 396541, 2. T, j. 14/06/2005, DJ 05/08/2005.

Em todos esses casos, a justificação não se configura por meio de razões exclusivamente dedutivas. São necessárias premissas adicionais e, principalmente, julgamentos valorativos, restando excluída a suficiência da justificação dedutiva para dar conta da justificação das decisões judiciais.

Segundo Peczenik, um salto (*jump*) de um conjunto de premissas S para uma conclusão q existe se, e somente se, *i*) q não segue dedutivamente de S ; e *ii*) não se pode ampliar ou alterar S de tal modo que um conjunto de premissas S_1 preencha as seguintes condições: *ii*a) a conclusão q segue dedutivamente de S_1 ; e *ii*b) S_1 consiste unicamente de premissas determinadas, premissas pressupostas na cultura considerada e premissas provadas. O espaço (*gap*) deixado pelo salto deve ser completado por meio de premissas adicionais a fim de que a cadeia dedutiva alcance correção lógica. Nesse caso, a passagem das premissas à conclusão não é um salto porque convertida em uma dedução lógica pelo acréscimo de novas premissas⁶⁹¹. Um salto, contudo, pode ser um salto razoável (*reasonable jump*). Um salto de um conjunto de premissas para uma conclusão q é razoável se ele pode ser convertido em uma inferência dedutivamente correta pela adição de novas premissas ao conjunto originário de premissas S ou transformando algumas premissas pertencentes à S e, desse modo, resultar um finito e logicamente consistente conjunto de premissas que unicamente contém *i*) algumas premissas originárias já pertencentes à S e *ii*) novas premissas razoáveis⁶⁹². Assim, Peczenik formula conclusivamente: *i*) cada premissa, sozinha, em sentido fraco, suporta a conclusão; *ii*) o passo de qualquer premissa individual para a conclusão configura um salto, como é o caso, em particular, da passagem de uma norma jurídica para uma conclusão singular; *iii*) um salto é razoável se todas as premissas, incluídas as originárias de normas morais e de ordem valorativa, são razoáveis; *iv*) o passo do conjunto total de premissas para a conclusão não é um salto; *v*) um conjunto de premissas que inclui uma norma jurídica suporta fortemente a conclusão⁶⁹³.

Em favor da racionalidade da decisão judicial, então, são necessárias premissas adicionais e novos passos de desenvolvimento devem ser dados até que não mais existam dúvidas quanto às premissas mesmas e a relação de implicação lógica necessária que elas possam estabelecer com a conclusão. As premissas e os passos devem ser tais que a aplicação na norma não mais seja objeto de insegurança. É possível que uma multiplicidade de passos seja necessária e isso pode ser trabalhoso, mas que tal contribui para a clareza não deve haver

⁶⁹¹ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 95-96.

⁶⁹² Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 109.

⁶⁹³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 110.

dúvida. Quando muitos passos não são explicitados e premissas são omitidas, dúvidas podem ser colocadas quanto à clareza e à correção da proposição normativa que se pretende justificar. Portanto, a cobertura de um salto por uma cadeia dedutiva logicamente correta se dá por meio da adição de um diferente número de passos e premissas, conforme a profundidade que se pretende alcançar à argumentação⁶⁹⁴.

A forma mais geral da estrutura da justificação interna *R.1.2*⁶⁹⁵ pode ser apresentada do seguinte exemplo: (i) quem comete homicídio qualificado, deve ser condenado à pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão; (ii) quem, à traição, causa a morte de uma pessoa, comete homicídio qualificado; (iii) quem se aproveita de surpresa e da completa impossibilidade de defesa de outrem, age à traição; (iv) quem mata uma pessoa distraída e pelas costas, aproveita-se de sua surpresa, da falta de defesa e age à traição; (v) A matou B enquanto este estava distraído, de costas e sem qualquer possibilidade de esboçar defesa; (vi) A deve cometeu homicídio qualificado e deve ser condenado à pena de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão⁶⁹⁶.

Essas formulações, contudo, constituem apenas uma parte da justificação. Outras premissas e passos devem ser desenvolvidos para a fixação da pena entre os limites dados pelo legislador. Como justificar a proposição normativa singular que condena A ao cumprimento da pena de 12 anos de reclusão pela prática de homicídio qualificado? Sobre isso, a disposição do art. 59, do Código Penal, estabelece os critérios para a fixação da pena, dizendo que o juiz deve atender à culpabilidade, aos antecedentes, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, conforme seja necessário para a reprovação e prevenção do crime. Nesse caso, para justificar a proposição normativa que fixa a pena no mínimo legal, uma cadeia de premissas deverá ser construída pelo juiz de tal sorte que a relação entre elas implique logicamente a conclusão. Isso somente poderá ser alcançado se, em relação a cada um dos conceitos semanticamente abertos da norma jurídica, não houver qualquer dúvida. Um conjunto de premissas deverá ser construído sobre a questão da culpabilidade, outro sobre os antecedentes e, assim, sucessivamente, até o final com o conjunto de premissas sobre o que é entendido necessário para a reprovação e prevenção do crime. Para fins de justificação interna, não importam quais as razões que o juiz deve apresentar para construir as premissas cujo

⁶⁹⁴ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 113.

⁶⁹⁵ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 279; AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. *Grundlagen der juristischen Argumentation*. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Bunker & Humblot, 1983, S. 55-56.

⁶⁹⁶ Cf. ALEXY, *On Balancing and Subsumption...*, p. 343.

encadeamento conduz à conclusão no sentido da fixação do mínimo legal. Essa é uma questão de justificação externa. É assunto de justificação interna, contudo, que as premissas sejam encadeadas livres de contradição. Igualmente, interessa à justificação interna que as premissas construídas sejam universais e possam ser aplicadas a todos os casos iguais nos seus aspectos relevantes. Um conceito sobre culpabilidade utilizado na construção de uma premissa em relação a um determinado caso deve ser igualmente empregado na construção de uma premissa de outro caso semelhante. O fato de o réu ter prestado socorro a vítima, levando-a imediatamente ao hospital e, com isso, colaborado para a redução de seu sofrimento e dor, uma vez levado em consideração para empurrar a pena em direção ao mínimo legal, deve ser assim considerado em todos os casos semelhantes.

Com isso, então, podem ser formuladas as seguintes regras adicionais da justificação interna. A regra *R.2.3* diz que sempre que haja dúvida sobre uma premissa, deve ser apresentada uma regra que resolva a questão. A partir daí, coloca-se a questão de se saber quantos passos de desenvolvimento são necessários. Segundo Alexy, para resolver essa questão, duas regras podem ser apresentadas. A regra *R.2.4* diz que são necessários tantos os passos de desenvolvimento quanto permitam formular expressões cuja aplicação ao caso concreto em questão não seja mais discutível e a regra *R.2.5* diz que devem ser apresentados tantos passos de desenvolvimento quanto possível⁶⁹⁷.

As formas e regras da justificação interna e, principalmente, a regra *R.2.2* não podem ser entendidas no sentido de que a justificação da decisão judicial de aplicação das normas jurídicas consiste tão somente em uma cadeia dedutiva de premissas construídas a partir do dado autoritativamente pelo legislador democraticamente legitimado. É verdade que a regra *R.2.2* diz que a decisão judicial deve seguir logicamente, pelo menos, de uma norma universal juntamente com outras proposições, mas isso não implica que a justificação judicial se resume à dedução lógica das normas jurídicas positivadas. Em alguns casos, muitas premissas não podem ser deduzidas diretamente das normas jurídicas. No exemplo usado para ilustrar a forma mais geral da justificação interna *R.1.2*, a premissa *ii*, que diz que quem, à traição, causa a morte de uma pessoa comete homicídio qualificado, é dada diretamente pelo Direito penal positivado, conforme dispõe o art. 121, § 2º, IV, do Código Penal. Contudo, a premissa *iii*, que diz que quem se aproveita de surpresa e da completa impossibilidade de defesa de outrem age à traição, e a premissa *iv*, que diz que quem mata uma pessoa distraída e pelas costas, aproveita-se de sua surpresa, da falta de defesa e age à traição, não decorrem

⁶⁹⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 280.

diretamente do dado autoritativamente. A importância da exigência da dedutibilidade lógica está em tornar obrigatória a explicitação de todas as premissas e, com isso, a própria indicação daquelas premissas que não decorrem diretamente do Direito positivado. O modelo dedutivo da completude das premissas, segundo Alexy, torna claro o que deve ser justificado e, com isso, impede a introdução como contrabando de premissas (*Einschmuggeln versteckter Prämissen*). Ao invés de encobrir a parte criativa da aplicação do Direito pelo juiz, a exigência dedutiva ilumina a cadeia toda trazendo às claras as premissas. Além disso, a explicitação das premissas incrementa a segurança jurídica. Por seu lado, a exigência do caráter universal das premissas serve à realização da justiça⁶⁹⁸.

Assim, as formas e regras da estrutura interna da justificação visam alcançar clareza, consistência, coerência, segurança e justiça à decisão judicial de aplicação das normas jurídicas. O ponto decisivo é que elas asseguram certa medida de racionalidade. Contudo, trata-se da racionalidade relativa às relações entre as premissas da decisão judicial, pois a racionalidade da decisão judicial mesma é uma questão de justificação externa⁶⁹⁹. A justificação interna não responde sozinha pela fundamentação e racionalidade toda da decisão judicial, pois as premissas mesmas devem ser justificadas. Como observa MacCormick, defender um argumento não é simplesmente sustentar uma proposição normativa conclusiva, mas justificar as suas premissas⁷⁰⁰. O lugar da verdadeira justificação das decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas é a justificação externa. Contudo, é na justificação interna que se acha o núcleo da fundamentação⁷⁰¹.

2.2 A COERÊNCIA: CRITÉRIOS E PRINCÍPIOS

A relação entre justificação e coerência é conceitualmente necessária. A justificação é também uma questão de coerência. Quanto melhor a estrutura da fundamentação de uma classe de proposições, tanto mais coerente é essa classe de proposições⁷⁰². A coerência não deve ser confundida com consistência, pois um sistema é consistente se não há contradição lógica. Um sistema de proposições é mutuamente consistente se cada proposição pode ser, sem contradição, sustentada em conjunto com cada uma das outras e com a conjunção de todas as outras. A coerência, diferentemente, é uma propriedade do sistema de proposições

⁶⁹⁸ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 81; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 68.

⁶⁹⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 283.

⁷⁰⁰ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 76.

⁷⁰¹ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 81; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 68.

que, no conjunto, faz sentido na sua totalidade. Como diz MacCormick, consistência completa não é condição necessária da coerência, pois coerência é uma questão de grau. Uma coerência perfeita (*perfect coherence*) requer a eliminação de toda inconsistência, mas não uma coerência relativa (*relative coherence*) que admite alguma inconsistência⁷⁰³. Apenas, o conceito de coerência pode ser formulado de modo que inclua a consistência como lado negativo da coerência⁷⁰⁴.

A coerência é uma questão de grau cuja medida é dada pelo cumprimento de seus critérios. Os critérios de coerência são caracterizados não somente pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, mas também pelo fato de que podem colidir. Assim, os critérios de coerência podem ser formulados como princípios e, por isso, a coerência não é somente uma questão de grau, mas também um assunto de ponderação⁷⁰⁵. Assim, por exemplo, uma cadeia de razões de fundamentação pode ser particularmente longa quando são usados conceitos menos gerais e substancialmente mais encurtada quando são aplicados conceitos mais gerais. Nesse caso, uma ponderação deve ser empregada para determinar se é mais coerente o sistema mais geral ou o sistema que apresenta uma cadeia de razões de fundamentação mais longa⁷⁰⁶.

Os critérios de coerência podem ser agrupados em três classes: *i*) propriedades da estrutura da fundamentação de uma teoria ou sistema de proposições; *ii*) propriedades dos conceitos empregados em uma teoria ou sistema de proposições; *iii*) propriedades do âmbito do objeto de uma teoria ou sistema de proposições. Os critérios integrantes da classe *i* são: *ia*) número de relações de fundamentação; *ib*) extensão da cadeia de fundamentação; *ic*) fundamentação forte; *id*) conexão entre cadeias de fundamentação; *ie*) relações de primazia entre razões; *if*) fundamentação mútua. Os critérios integrantes da classe *ii* são: *iiia*) comunidade; *iiib*) conexões transversais de conceitos. Os critérios integrantes da classe *iii* são: *iiia*) número de casos; *iiib*) diversificação de casos⁷⁰⁷.

Os critérios da classe daqueles que se referem às propriedades da estrutura da fundamentação são essenciais para a racionalidade interna das decisões judiciais de aplicação de normas jurídicas. Isso porque toda a estrutura de fundamentação pressupõe conceitos

⁷⁰² Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 119; PECZENIK, *On Law and Reason*..., p. 132.

⁷⁰³ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*..., p. 190.

⁷⁰⁴ Cf. ALEXY, Fundamentação, sistema e coerência, p. 119; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*..., p. 203.

⁷⁰⁵ Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 120.

⁷⁰⁶ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason*..., p. 145.

⁷⁰⁷ Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 120-128; PECZENIK, *On Law and Reason*..., p. 133-144

lógicos como o do tipo “se, então”⁷⁰⁸. Os critérios de coerência que se referem à estrutura da fundamentação são os seguintes: *i*) número de relações de fundamentação; *ii*) extensão da cadeia de fundamentação; *iii*) fundamentação forte; *iv*) conexão entre cadeias de fundamentação; *v*) ordem de primazia de fundamentos; *vi*) fundamentação mútua.

O critério do número de relações de fundamentação diz que quanto mais proposições pertencentes a uma teoria ou sistema são fundamentadas por outra proposição dessa teoria ou sistema, tanto mais coerente é a teoria ou o sistema⁷⁰⁹. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: devem ser justificadas tantas proposições quanto possível⁷¹⁰. Uma condição mínima de coerência é que existam relações de fundamentação entre proposições de um sistema. Quando não existem relações de fundamentação entre proposições em um sistema, uma consistência pode ser achada, mas nunca coerência.

O critério da extensão da cadeia de fundamentação diz que quanto mais extensas são as cadeias de fundamentação que pertencem a um sistema, mais coerente é o sistema⁷¹¹. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: devem ser fundamentadas proposições com cadeias de fundamentação tão longas quanto possível. Segundo Peczenik, coerência depende também da extensão da cadeia de fundamentação. Desse modo, a proposição *i* fundamenta a proposição *ii*; a proposição *ii* fundamenta a proposição *iii*; a proposição *iv* fundamenta a proposição *v* e, assim, sucessivamente. Uma longa cadeia de fundamentação faz mais complexa a estrutura de fundamentação, o que significa um sistema de proposições mais estruturado e mais profundo. A exigência de uma longa série de justificação, juntamente com o conceito de fundamentação, implica correção dedutiva e, com isso, um complexo critério de coerência⁷¹². No exemplo de Alexy, serve à coerência dizer que o princípio da primazia da lei é fundamentado pelo princípio da juridicidade da administração. Mais coerência, contudo, é alcançada quando a essa cadeia é somado o dizer que o princípio da juridicidade da administração é justificado pelo princípio do Estado de Direito⁷¹³.

Outro critério da coerência que pode ser diretamente associado ao critério da extensão da cadeia de fundamentação diz respeito à força da fundamentação de cada uma das proposições do sistema. Na argumentação jurídica, as premissas formuladas a partir de normas jurídicas dadas autoritativamente pelo legislador legitimado no processo democrático ocupam posições de primazia *prima facie* em relação às premissas formuladas pela dogmática

⁷⁰⁸ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 140.

⁷⁰⁹ Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 121.

⁷¹⁰ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 133-134.

⁷¹¹ Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 121.

⁷¹² Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 134.

jurídica, configurando, portanto, uma relação de fundamentação forte (*strong support*). Esse critério de coerência diz que quanto mais proposições pertencentes a um sistema são fortemente fundamentadas por outras proposições tanto mais coerente é o sistema. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: devem ser formuladas tantas proposições fortemente fundamentadas quanto possível⁷¹⁴.

A conexão entre cadeias de fundamentação é outro critério da coerência que pertence à classe da estrutura da fundamentação. Existem dois tipos de conexões. Do primeiro tipo são as conexões em que uma mesma premissa, relativamente geral, serve para fundamentar diferentes conclusões. É o que ocorre quando um princípio jurídico fundamenta vários outros princípios jurídicos e diversas regras jurídicas como é o caso do princípio do Estado de Direito. O princípio da proteção à confiança é fundamentado pelo princípio da segurança jurídica que, por sua vez, encontra fundamentação no princípio do Estado de Direito⁷¹⁵. Assim, pode ser formulado o seguinte critério: quanto maior o número de conclusões que são fundamentadas por uma mesma premissa comum pertencente a uma teoria ou sistema, mais coerente a teoria ou o sistema. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: devem ser formuladas premissas que fundamentem diferentes conclusões tanto quanto possível⁷¹⁶. Em outras palavras, esse critério coloca a exigência de que tantas proposições quanto possível se deixem apoiar em tão poucos princípios quanto possível. Quanto mais poucos princípios fundamentam mais diferentes proposições normativas, inclusive as concretas decorrentes de decisões judiciais de aplicação de normas jurídicas, mais coerente o sistema normativo. Do segundo tipo são as conexões em que uma mesma conclusão resulta da cumulação de razões ou da conexão de várias cadeias de fundamentação. A proposição normativa concreta de uma decisão judicial, normalmente, vem fundamentada por meio de um conjunto de razões, as quais, se consideradas isoladamente, talvez não sejam suficientes para justificar a decisão judicial mesma. Assim, por exemplo, a reserva da lei pode ser fundamentada não apenas no princípio da legalidade da administração pelo princípio do Estado de Direito, mas também pelo princípio democrático e pelos direitos fundamentais⁷¹⁷. Em outros casos, às vezes, uma mesma conclusão pode ser resultado de um número independente de razões, cada uma suficiente para a justificação da decisão judicial. Uma decisão da jurisdição constitucional sobre uma norma jurídica infraconstitucional pode ser

⁷¹³ Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 121.

⁷¹⁴ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 135.

⁷¹⁵ Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência, p. 122.

⁷¹⁶ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 135.

⁷¹⁷ Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência, p. 123.

fundamentada por três razões independentes: o princípio do Estado de Direito, o princípio parlamentar e os direitos fundamentais⁷¹⁸. Assim pode ser formulado o seguinte critério de coerência: quanto mais cadeias de fundamentação independentes têm uma conclusão comum, tanto mais coerente é a teoria ou o sistema. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: devem ser formuladas premissas de fundamentação independentes tanto quanto possível⁷¹⁹.

Quando é o caso de premissas configuradas por princípios, coloca-se a questão da ordem de primazia entre as razões. No caso de colisão de princípios, ordens de primazia devem ser estabelecidas. Entendidos os princípios como mandamentos de otimização que se cumprem em diferentes graus conforme as possibilidades fáticas e jurídicas – as possibilidades jurídicas são exatamente os princípios em sentido contrário ao princípio em questão – a solução para os casos de colisão depende de que a fixação das relações de primazia seja determinada apenas *prima facie*, tornando-se definitiva quando condicionada às circunstâncias concretas. Como otimizar princípios é criar coerência, pode ser formulado o seguinte critério: quanto mais relações de primazia são determinadas entre os princípios de uma teoria ou sistema, tanto mais coerente é a teoria ou sistema. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando princípios pertencentes a uma teoria ou sistema forem usados para justificar uma proposição, devem ser formuladas tantas relações de primazia entre princípios quanto possível⁷²⁰.

Uma das mais interessantes questões em torno da coerência se refere critério da fundamentação mútua ou justificação recíproca (*reciprocal justification*), que diz que em um sistema cada proposição fundamenta outra. Se p fundamenta q e q fundamenta p , então p e q são logicamente equivalentes. Assim, a ideia de um sistema no qual cada proposição fundamenta outra termina em um sistema que contém apenas proposições logicamente equivalentes e, nesse sentido, somente uma proposição⁷²¹. Por isso, deve-se buscar outra definição para a definição de fundamentação de tal sorte que q fundamenta p mesmo se p não segue logicamente de q . Desse modo, q fundamenta p se, e somente se, q pertence ao conjunto de premissas S , do qual p segue logicamente. Ao mesmo tempo, p pode fundamentar q , no caso de p pertencer a outro conjunto de premissas S' do qual q segue logicamente⁷²².

⁷¹⁸ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 135.

⁷¹⁹ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 136; ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 123.

⁷²⁰ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 136; ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 123-124.

⁷²¹ Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 124.

⁷²² Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 136-137.

A fundamentação mútua pode ser de três tipos: *i*) empírica; *ii*) analítica; *iii*) normativa. Um exemplo de fundamentação mútua empírica é a que existe entre direitos fundamentais e democracia. Assim, pode ser colocada a premissa de que a institucionalização duradoura dos direitos fundamentais constitui condição fática da democracia e a premissa de que a democracia é um pressuposto fático dos direitos fundamentais. Assim, pode ser formulado o seguinte critério de coerência: quanto mais fundamentações mútuas empíricas um sistema contém, tanto mais coerente ele é⁷²³. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema for usado para fundamentar uma proposição, deve ser considerado que a teoria ou sistema cobre tantas relações mútuas empíricas entre proposições quanto possível⁷²⁴. Um exemplo de fundamentação mútua analítica é dado pela relação entre direitos fundamentais e Estado de Direito. Tanto é assim que a validade de direitos fundamentais é condição conceitualmente necessária (*conceptually necessary condition*) da existência de um Estado de Direito plenamente desenvolvido. Onde não existe um Estado de Direito, por razões conceituais, não se pode falar em direitos fundamentais⁷²⁵. Assim, um sistema que contém tais fundamentações conecta seus elementos de um modo mais estreitamente do que um sistema que não as apresenta. Nesse sentido, então, pode ser formulado o seguinte critério: quanto mais fundamentações mútuas analíticas um sistema contém, tanto mais coerente ele é⁷²⁶. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema for usado para fundamentar uma proposição, deve ser considerado que a teoria ou sistema cobre tantas relações mútuas analíticas entre proposições quanto possível⁷²⁷. Uma fundamentação mútua normativa existe de dois modos: primeiro, quando uma proposição fundamenta uma série de proposições relativamente especiais e, segundo, quando uma série de proposições relativamente especiais fundamenta uma proposição relativamente geral. Do primeiro modo é o caso, por exemplo, quando uma norma jurídica geral – princípio jurídico – fundamenta várias outras normas jurídicas especiais – regras jurídicas. Esse modo de fundamentação, normalmente designado como “dedutivo” corresponde ao critério de coerência da conexão entre cadeias de fundamentação. O princípio do Estado de Direito, como uma norma jurídica geral, serve para fundamentar várias regras jurídicas. O segundo modo de fundamentação, embora frequentemente designado como “indutivo”, pode ser transformado em dedutivo com a adição de premissas aceitáveis. Uma

⁷²³ Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 125.

⁷²⁴ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason*..., p. 137.

⁷²⁵ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason*..., p. 137.

⁷²⁶ Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 125.

⁷²⁷ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason*..., p. 137.

fundamentação indutiva é transformada em uma fundamentação dedutiva se completada dedutivamente pelo acréscimo de premissas adicionais aceitáveis. A conclusão relativamente geral segue logicamente de premissas relativamente menos gerais, acrescidas das premissas adicionais⁷²⁸. A união desses dois modos de fundamentação conduz ao equilíbrio reflexivo de considerações (*reflective equilibrium of considerations*), caracterizando uma ponderação de proposições práticas gerais e individuais aceitas. Assim, é possível argumentar em favor de proposições gerais demonstrando que elas são fundamentadas por proposições individuais como também argumentar em favor de proposições especiais mostrando que elas são fundamentadas por proposições mais gerais. Quando não há coerência, qualquer um desses componentes pode ser modificado. Em algumas situações, uma proposição especial pode ser facilmente abandonada; em outras, é possível manter uma proposição especial e modificar uma proposição geral⁷²⁹. Segundo Alexy, a criação da relação normativa recíproca do equilíbrio reflexivo não configura um procedimento de fundamentação perfeita, pois não diz quando uma proposição geral deve ser modificada por causa de uma proposição especial e tampouco quando uma proposição especial deve ser abandonada por causa de uma proposição geral⁷³⁰, ou seja, deixa aberta a questão sobre a ordem de primazia entre as proposições gerais e as proposições especiais⁷³¹. Contudo, trata-se de um procedimento racional que contribui para a produção da coerência. Assim, pode ser formulado o seguinte critério: quanto mais fundamentações mútuas normativas um sistema contém, tanto mais coerente ele é⁷³². Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema for usado para fundamentar uma proposição, deve ser considerado que a teoria ou sistema cobre tantas relações mútuas normativas entre proposições quanto possível⁷³³.

A justificação e a racionalidade interna das decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas dependem tanto dos critérios de coerência da classe das propriedades da estrutura de fundamentação quanto dos critérios de coerência da classe das propriedades dos conceitos. Há uma relação intrínseca entre essas duas classes de critérios de coerência. Segundo Peczenik, muitas estruturas de fundamentação somente são possíveis pelas relações

⁷²⁸ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 137 (entre aspas no original); ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 125 (entre aspas no original).

⁷²⁹ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 105.

⁷³⁰ Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 126.

⁷³¹ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 138.

⁷³² Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 126.

⁷³³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 138.

entre conceitos jurídicos e morais⁷³⁴. Contudo, deve ficar claro que um conceito jamais pode fundamentar um outro conceito e sempre uma proposição pode fundamentar uma outra proposição. De qualquer modo, sempre, depende dos conceitos saber se uma proposição fundamenta ou não uma outra proposição⁷³⁵. A propriedade criadora de coerência mais importante é a comunidade⁷³⁶ ou a generabilidade em sentido amplo, que se distingue em *i*) universabilidade, *ii*) generabilidade em sentido restrito e *iii*) semelhanças⁷³⁷.

A universabilidade é uma propriedade das proposições. Uma proposição é universal quando contém um quantificador universal, como quando ela diz respeito a todos os indivíduos com determinadas características. Uma proposição, ao contrário, é individual quando diz respeito a indivíduos designados pelo próprio nome ou identificados a partir de características singulares⁷³⁸. A universabilidade, portanto, consiste no fato do uso de conceitos para designar todas as coisas pertencentes a uma classe, sem a designação nominativa de objetos individuais. Quando conceitos são empregados, um mesmo rótulo é colocado em uma classe de coisas. O conceito “cisne”, por exemplo, denota todos os cisnes e não um individualmente. Assim, a universabilidade de uma proposição pode ser definida com o fato de que ela segue logicamente de uma proposição universal. Por isso mesmo, então, a universabilidade é uma condição necessária de toda coerência⁷³⁹. Os critérios relacionados com a estrutura da fundamentação já contêm, implicitamente, a exigência do emprego de tantas proposições universais quanto possível, porque sem essas a exigência de produção de cadeias de fundamentação tão extensas quanto possível e tanto intensamente entrelaças quanto possível não pode ser cumprida. De qualquer sorte, pode ser formulado o seguinte critério de coerência: quanto mais proposições sem nomes individuais uma teoria ou sistema usa, mais coerente é a teoria ou o sistema. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema é usado para justificar uma proposição, deve ser considerado que a teoria ou sistema é expressado em tantas proposições sem nomes individuais quanto possível⁷⁴⁰.

A união entre a justificação e a coerência pode ser comprovada pela razão de que as formas e regras da justificação interna são formuladas conforme a universabilidade. A forma de justificação *R.I.1* da argumentação jurídica satisfaz a justificação mediante regras

⁷³⁴ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 140.

⁷³⁵ Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 127.

⁷³⁶ Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 127.

⁷³⁷ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 141.

⁷³⁸ Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 127.

⁷³⁹ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 141.

⁷⁴⁰ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 142.

universais estabelecidas pelo princípio da universalidade da regra *R.1.3'* da argumentação prática geral. Esse princípio diz que cada falante somente pode afirmar aqueles juízos de valor ou de dever a respeito de uma dada situação que igualmente estaria disposto a afirmar em relação a todas as outras situações semelhantes em aspectos relevantes com a situação dada. A universalidade coloca a exigência de que a justificação de uma decisão judicial siga logicamente de uma norma universal. Assim, portanto, as regras da justificação interna *R.2.1* e *R.2.2*. A primeira diz que para a fundamentação de uma decisão judicial deve ser aduzida, pelo menos, uma norma universal e a segunda estabelece que uma decisão judicial deve seguir logicamente, pelo menos, de uma norma universal juntamente com outras proposições. A universalidade promove justificação, coerência e, assim, racionalidade.

A generabilidade em sentido restrito é uma propriedade dos conceitos. Um conceito pode ser geral em maior ou menor grau, pois a generabilidade é uma questão de grau. Quanto mais geral um conceito tanto maior é número de objetos que ele cobre e, portanto, maior o seu grau de extensão⁷⁴¹. Assim, por exemplo, o conceito de direito fundamental é mais geral do que o conceito de direito fundamental da liberdade e este é mais geral do que o conceito de direito fundamental da liberdade de manifestação da opinião⁷⁴². Quanto mais geral uma proposição, maior número de proposições especiais ela pode cobrir ou a ela pode ser unida. Assim, podem ser formulados os seguintes critérios de coerência: *i*) quanto mais conceitos gerais uma teoria ou sistema contém, tanto mais coerente é a teoria ou o sistema; *ii*) quanto mais gerais os conceitos de uma teoria ou sistema são, mais coerente a teoria ou sistema é. Esses critérios podem ser transformados no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema é usado para justificar uma proposição, deve ser considerado que a teoria ou sistema é expressado em tantos conceitos gerais quanto possível e em tantos conceitos mais gerais quanto possível⁷⁴³. É o caso, por exemplo, das proposições normativas gerais da parte geral do Código Civil em relação às proposições normativas especiais da parte especial do mesmo Código. Na argumentação desenvolvida pelo acusado no processo penal, frequentemente, sustenta-se a absolvição com base em argumentos da filosofia moral. Nessa linha, costuma-se alegar que o réu não agiu com culpa e que responsabilizar alguém sem culpa é injusto. Aliás, a ideia moral de que o igual deve ser tratado igual não é puramente lógica, mas envolve generabilidade. O julgamento de que duas pessoas devem ser tratadas diferentemente é um julgamento não moral, a menos que ele seja completado com um conjunto razoável de

⁷⁴¹ Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 126.

⁷⁴² Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 127.

⁷⁴³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason*..., p. 142.

premissas (*reasonable premises*), apontando a existência de diferenças relevantes entre essas pessoas para, assim, fundamentar o tratamento diferenciado⁷⁴⁴.

Uma semelhança ou uma família conceitual (*conceptual family*) existe quando um conceito se refere a um conjunto de coisas semelhantes entre si. Na argumentação jurídica, esse tipo de generabilidade e coerência aparece na argumentação por analogia. No caso da analogia *intra legem*, argumenta-se que um caso *a* é semelhante a outro caso *b* de tal modo que se lhe deve atribuir a mesma consequência jurídica. O sentido linguístico da hipótese normativa abstratamente dada em uma regra jurídica é tal que pode abraçar tanto o caso *a* como o *b*. Outro tipo de analogia ocorre quando as semelhanças são usadas para ampliar o âmbito de aplicação da regra jurídica para além dos limites puramente linguísticos. Igualmente, na argumentação por analogia, utiliza-se a semelhança para justificar a aplicação da *ratio decidendi* de um precedente a caso similar subsequente⁷⁴⁵. Segundo MacCormick, a argumentação por analogia é importante para o desenvolvimento do Direito (*developing the Law*), quando o seu significado é estender ou reafirmar uma regra ou um princípio jurídico para que ele cubra novas situações da vida ainda não reguladas. Igualmente, a argumentação por analogia pode ser empregada para preencher lacunas (*gaps*), quando se trata de uma situação em que o juiz se certifica de que não há regra jurídica que possa ser aplicada ao caso⁷⁴⁶. Seja para o desenvolvimento do Direito seja para o preenchimento de lacunas, a argumentação jurídica por analogia pertence clara e confortavelmente à moldura da coerência como um valor jurídico amplo, constituindo-se em uma ilustração da argumentação por coerência (*coherentist reasoning*)⁷⁴⁷. A partir disso, pode ser formulado o seguinte critério da coerência: quanto mais semelhanças entre conceitos são usadas em uma teoria ou sistema, tanto mais coerente é a teoria ou o sistema. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema é usado para justificar uma proposição, deve ser considerada tanto completa quanto possível uma lista de semelhanças entre os conceitos pertencentes à teoria ou sistema. Segundo Peczenik, o critério da generabilidade em sentido amplo é importante para a justificação das decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas em casos particulares, especialmente porque elas se deixam fundamentar pelo uso de conceitos gerais. Em alguns casos, o juiz deve formular uma explícita e geral justificação

⁷⁴⁴ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 141.

⁷⁴⁵ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 142; MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory...*, p. 161-162 e 185-186

⁷⁴⁶ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 206.

⁷⁴⁷ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, P. 207.

(*explicit and general justification*) e, em outros, mostra-se suficiente a justificação simplesmente possível⁷⁴⁸.

As regras e formas da justificação interna deixam evidente que a argumentação jurídica deve ser fundada por regras gerais e, desse modo, conformada pelos critérios de coerência que se referem às propriedades do âmbito do objeto de uma teoria ou de um sistema. O primeiro critério dessa classe diz que quanto maior o número de casos individuais coberto por uma teoria ou sistema, tanto mais coerente é a teoria ou sistema⁷⁴⁹. Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando uma teoria ou sistema é usado para justificar uma proposição, deve ser considerado para isso que a teoria ou sistema cobre tantos casos individuais quanto possível⁷⁵⁰. A coerência aumenta quando cresce o número de casos, em uma determinada sociedade, das chamadas premissas dadas como verdadeiras como a proposição de que “aviões podem voar ou crimes devem ser punidos”. Algumas dessas premissas se referem a casos particulares e, quando expressam uma normalidade podem ser consideradas proposições de dados estabelecidos⁷⁵¹. O segundo critério diz que quanto mais diferentes são os casos aos quais uma teoria é aplicada, tanto mais coerente é a teoria⁷⁵². Esse critério pode ser transformado no seguinte princípio: quando uma teoria é aplicada para justificar uma proposição, deve ser considerado para isso que a teoria cobre diferentes casos de diversas áreas do conhecimento tanto quanto possível⁷⁵³. Segundo Peczenik, uma teoria apresenta um maior escopo se os casos aos quais ela pode ser aplicada são mais diversificados, pertencendo a diferentes áreas do conhecimento. Uma teoria da ponderação é particularmente importante quando aplicável a diferentes campos como o econômico, a filosofia prática e o Direito. As mais importantes teorias formuladas pela física, química e biologia são conceitual e fundamentalmente vinculadas de tal modo que, unidas, constituem um coerente conjunto de proposições, cobrindo um grande número de diferentes campos da vida e, assim, mostrando conexões fundamentais com várias áreas de conhecimento⁷⁵⁴.

Esses critérios tornam clara a contribuição da coerência para a racionalidade prática. É grande a diferença entre uma justificação jurídica apoiada em um sistema coerente e uma justificação que não tem esse tipo de apoio. Uma fundamentação jurídica pode estar apoiada

⁷⁴⁸ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 142.

⁷⁴⁹ Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 128. Segundo Peczenik, aqui, a palavra teoria é usada em sentido amplo, referindo-se a teorias empíricas, normativas e avaliativas (sistema de normas ou sistema de valores) (Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 133).

⁷⁵⁰ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 143.

⁷⁵¹ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 122 e 143.

⁷⁵² Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 128.

⁷⁵³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 144.

⁷⁵⁴ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 144.

em um sistema – tanto coerente quanto possível – ou não estar apoiada em qualquer sistema. Neste último caso, trata-se de uma fundamentação jurídica *ad hoc*. Este tipo não satisfaz os princípios da universabilidade e da generabilidade e, com isso, as exigências de justiça. Isso porque a justiça exige uma fundamentação jurídica apoiada em um sistema tão coerente quanto possível⁷⁵⁵. Segundo MacCormick, além disso, há razões – informações adequadas aos diretamente afetados pela aplicação das normas jurídicas, clareza, previsibilidade e segurança jurídicas – para que o Direito seja dado por intermédio de regras jurídicas mais detalhadas e essas seriam arbitrárias se não fossem desdobramento de princípios mais gerais, menos numerosos e mais gerais em seus conceitos⁷⁵⁶. Esses princípios jurídicos, por seu lado, são também capazes de serem pensados como coerentes no sentido de uma forma satisfatória de vida de tal modo que as demais normas jurídicas detalhadas do sistema jurídico devem ser interpretadas como se estivessem servindo a um conjunto de valores mutuamente compartilhados⁷⁵⁷.

A formação de um sistema coerente tem outros efeitos positivos sob o ponto de vista da racionalidade prática. A formação do sistema, explorada institucionalmente como dogmática jurídica, permite reunir, examinar e evoluir as visões de várias gerações de juristas⁷⁵⁸. Com isso, ela serve tanto à estabilidade como ao progresso, que são funções da dogmática jurídica⁷⁵⁹. Assim, uma proposição qualquer é submetida a um controle mais intenso. Além disso, o juiz pode apoiar suas proposições no sistema. Em boa medida, o juiz é aliviado pelo sistema, pois deve fundamentar as suas proposições em proposições já propostas, analisadas e revisadas⁷⁶⁰.

O conceito de justificação está relacionado ao que pode ser fundamentado. Uma justificação em sentido forte inclui fundamentação e exigências adicionais, entre elas, como central, a coerência. Conceitos como racionalidade e correção estão relacionados com justificação e coerência. Desse modo, pode-se sustentar que coerência é o elemento central do conceito completo de justificação, racionalidade e correção. Segundo Peczenik, essa relação pode ser formulada do seguinte modo: se um sistema *si* é mais coerente do que outro sistema *sii*, então o primeiro é *prima facie* melhor justificado e mais racional do que o segundo; se o primeiro é mais coerente que o segundo, então existe uma razão *prima facie* em favor de que

⁷⁵⁵ Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 129; PECZENIK, *On Law and Reason*..., p. 145; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*..., p. 201.

⁷⁵⁶ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*..., p. 201-202.

⁷⁵⁷ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*..., p. 202.

⁷⁵⁸ Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 129.

⁷⁵⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*..., S. 326-328.

⁷⁶⁰ Cf. ALEXY, Fundamentação jurídica, sistema e coerência..., p. 129.

o primeiro é correto. Com isso, então, está colocada uma conexão analítica entre coerência, justificação, racionalidade e correção⁷⁶¹.

A racionalidade alcançada pela justificação interna – racionalidade *L* – e coerência – racionalidade *S* – deve ser completada pela racionalidade discursiva – racionalidade *D*. A primeira se refere à forma lógico-dedutiva da argumentação e é sempre racional. A segunda se refere à racionalidade alcançada pelo cumprimento dos critérios da coerência. A terceira se refere ao procedimento do discurso racional, onde o comportamento das pessoas e seus atos de fala contam decisivamente. Este nível procedimental completa o quadro da racionalidade normativa, especialmente em atenção aos limites da racionalidade *L* e da racionalidade *S*. Os limites da racionalidade lógico-dedutiva são bem conhecidos⁷⁶², sendo central a questão da fraqueza quanto ao conteúdo das premissas. Qualquer conteúdo pode ser apresentado em uma forma dedutiva logicamente válida. Isso, contudo, não é suficiente para a pretensão de correção exigida das decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas. Os limites da racionalidade *S* apontam para as fraquezas da coerência.

As vantagens de um sistema normativo coerente são limitadas por três desvantagens necessárias (*necessary disadvantages*): *i*) conceito da coerência; *ii*) caráter formal da coerência; *iii*) incompletude⁷⁶³. A primeira limitação resulta do conceito coerência. Os critérios da coerência não permitem dizer que um sistema é sempre mais coerente que outro, mas somente que um sistema é mais coerente que outro em um sentido e outro sistema é mais coerente em outro sentido. A decisão sobre qual é o sistema mais coerente não pode ser dada exclusivamente pelos critérios da coerência⁷⁶⁴. A segunda limitação resulta do caráter formal da coerência. Os critérios de coerência nada dizem quanto ao conteúdo do sistema normativo. Os conceitos da generabilidade e da universabilidade, contidos no conceito da coerência, assim como fundamentações plenamente desenvolvidas, conduzem antes à justiça e à racionalidade do que à injustiça e à irracionalidade. O cumprimento dos critérios formais da coerência limita a injustiça e a irracionalidade, contribuindo para a justiça e racionalidade. Contudo, conteúdos injustos e irracionais não são excluídos pelos critérios de coerência exclusivamente⁷⁶⁵. Como lembra MacCormick, a coerência não exclui um entendimento distorcido de valores daqueles que são responsáveis pela determinação do conteúdo de um sistema normativo. A “pureza racial” foi um valor perseguido pelo governo nacional-

⁷⁶¹ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 145-146.

⁷⁶² Cf. AARNIO, *The Rational als Reasonable...*, p. 194.

⁷⁶³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 152.

⁷⁶⁴ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 153.

⁷⁶⁵ Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 128.

socialista na Alemanha entre 1933 a 1945, bem como as normas jurídicas de segregação racial da África do Sul. A própria decisão da Suprema Corte americana de 1857 do caso *Dred Scott v. Sandford* está assentada em “princípios” da Constituição dos Estados Unidos da América que sustentam “racionalmente” a escravidão e a inferioridade dos membros da “raça africana”⁷⁶⁶. Evidentemente, esses exemplos não sobrevivem sob a luz de princípios fundamentais como os colocados pela Declaração dos direitos do homem de 1948, especialmente a dignidade dos seres humanos, razão pela qual, hoje, são totalmente rejeitados. Contudo, o que fica claro é que a coerência, como valor puramente interno do Direito efetivado por uma dada jurisdição, por si só, não é garantia suficiente de justiça⁷⁶⁷. A terceira limitação da coerência resulta da incompletude necessária (*open texture*) de todos os sistemas normativos, que são tão coerentes como somente é possível. A razão para isso é a necessidade de premissas normativas ou valorações adicionais, pois tanto a criação como a aplicação do sistema normativo faz necessária a formulação de novas premissas normativas ou valorativas. A importância disso aparece em três passos: *i*) na passagem das proposições normativas gerais para especiais; *ii*) na ponderação entre princípios; *iii*) na produção de um equilíbrio reflexivo⁷⁶⁸.

Essas três limitações não tornam imprestável a ideia de coerência. Elas levam à necessidade de que o plano do sistema, composto por proposições, seja completado por um plano procedimental, no qual pessoas e sua atuação argumentativa desempenham um papel decisivo. O que une os dois planos é a ideia de fundamentação. Essa ideia exige, de um lado, o estabelecimento de construções de pensamento tão coerente quanto possível e, nesse sentido, tão perfeito quanto possível. Do outro lado, ela exige um processo de argumentação tão racional quanto possível, que vise à formação de um consenso racional. O significado disso é dado por uma teoria do discurso racional⁷⁶⁹. Enquanto a coerência é uma propriedade exclusiva das proposições, a racionalidade discursiva diz respeito tanto às relações entre proposições como às relações entre as pessoas quando do uso das proposições. Portanto, racionalidade discursiva compreende coerência e a adicional exigência da racionalidade procedimental⁷⁷⁰. Como o resultado do discurso racional é o consenso, a relação entre coerência e consenso pode ser formulada assim: se um sistema normativo *si* é mais coerente que o sistema normativo *sii*, então o consenso sobre isso é *prima facie* racional. Portanto,

⁷⁶⁶ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 202 (entre aspas no original).

⁷⁶⁷ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 202-203.

⁷⁶⁸ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 153; ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 130.

⁷⁶⁹ Cf. ALEXY, *Fundamentação jurídica, sistema e coerência...*, p. 130.

racionalidade depende da coerência e do consenso, este entendido como aceitabilidade racional⁷⁷¹.

O que conta para a racionalidade não é o consenso – entendido no sentido de que a opinião da maioria concreta de pessoas é sempre correta –, mas da aceitabilidade de uma proposição normativa por um grupo relevante de pessoas inseridas no contexto de uma determinada forma de vida. A aceitabilidade racional é uma propriedade do resultado final do procedimento de justificação jurídica⁷⁷². Para ser aceitável, o resultado deve corresponder ao conhecimento e ao sistema de valores da comunidade jurídica e, assim, responder às suas esperanças (*Erwartungen*). Assim, pode-se falar de aceitabilidade axiológica⁷⁷³ ou de um consenso referido a uma determinada cultura (*culture under consideration*) ou dentro de uma cultura⁷⁷⁴. De todo modo, a aceitabilidade racional é um ideal com base qual se pode avaliar o discurso jurídico concreto a partir do cumprimento das regras do discurso racional⁷⁷⁵.

2.3 A JUSTIFICAÇÃO ARGUMENTATIVA EXTERNA

As questões que dizem respeito à justificação externa se referem à justificação das premissas usadas na justificação interna das decisões judiciais de aplicação das normas jurídicas. Em outras palavras, as premissas usadas no processo de justificação interna são assuntos da justificação externa. Se para a racionalidade *L* interessa a relação entre premissas dedutivamente entrelaçadas e para a racionalidade *S* conta o cumprimento dos critérios de coerência da cadeia de proposições e conceitos, à racionalidade discursiva *D* interessa o desenvolvimento de um nível procedimental argumentativo no qual a atuação dos participantes desempenha papel decisivo.

A questão central da racionalidade discursiva *D* está na escolha e na construção das premissas que devem integrar o conjunto todo de premissas de fundamentação da proposição normativa concreta da decisão judicial de aplicação das normas jurídicas. As questões do âmbito da justificação das decisões judiciais começam quando são colocados os limites da racionalidade *L* e da racionalidade *S*. A própria escolha da premissa normativa – ou das premissas normativas – para a norma universal da cadeia toda de proposições é um juízo de valor. Ao escolher uma e não outra norma jurídica, o juiz faz o juízo de valor de que a

⁷⁷⁰ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 153.

⁷⁷¹ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 153-154.

⁷⁷² Cf. AARNIO, *The Rational als Reasonable...*, p. 189.

⁷⁷³ Cf. AARNIO, *The Rational als Reasonable...*, p. 190.

⁷⁷⁴ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 154.

escolhida é melhor do que a não escolhida. Uma escolha arbitrária e irracional não é possível discursivamente, pois somente a escolha discursivamente possível deve ser justificada racionalmente. O mesmo vale para os casos em que a norma jurídica é semanticamente aberta, admitindo mais de uma interpretação ou mais de uma norma jurídica pode ser aplicada ao caso. Qualquer que seja a premissa normativa escolhida, a opção deve descansar em uma justificação racionalmente discursiva. Igualmente, quando o caso é o de que a aplicação de uma regra jurídica configura uma situação de extrema injustiça. Como tal situação não é Direito, o juiz pode deixar de aplicar a regra jurídica, mas isso deve ser fundamentado conforme a racionalidade discursiva.

As premissas da justificação externa são constituídas de proposições empíricas, proposições normativas que são regras de Direito positivo e proposições que não são empíricas e tampouco regras de Direito positivo⁷⁷⁶.

A questão da fundamentação das proposições empíricas é assunto das ciências empíricas e, quando elas se mostram insuficientes, não resta alternativa senão se recorrer às regras da experiência e da presunção racional. As questões atinentes às ações, fatos, estados de coisas passados, presentes e futuros devem ser verificadas conforme os métodos dos diversos campos do conhecimento científico: física, química, matemática, biologia, genética, economia, administração, medicina, psicologia, sociologia, etc. Assim, por exemplo, a química e a biologia podem responder, com pretensão de verdade, se a mancha vermelha na camisa de A é tinta ou sangue e, se sangue, testes científicos são capazes de definir o tipo e se é de A, de B ou de C. Igualmente, a física e matemática, juntas, podem permitir formular uma proposição verdadeira sobre a velocidade e a direção originária provável dos veículos *x* e *y* no em caso de colisão em um determinado cruzamento. Por seu lado, a medicina, a química e psicologia podem manter, como verdade, a proposição de que o consumo intenso e prolongado de cigarro compromete a saúde e causa dependência. Em determinadas situações, quando sobre as proposições normativas não existe dúvida e insegurança, a construção e a fundamentação das proposições empíricas sobre o estado das coisas são as que contam decisivamente para a decisão judicial concreta. Essas formulações são suficientes para mostrar a importância das proposições empíricas para a argumentação jurídica, razão pela qual, também para o discurso jurídico, vale a regra de transição *R.6.1* do discurso geral prático de que qualquer falante pode passar, a qualquer tempo, para o discurso teórico (empírico)⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ Cf. AARNIO, *The Rational als Reasonable...*, p. 194.

⁷⁷⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 283.

⁷⁷⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 287.

Contudo, aqui, não serão discutidas as exigências da argumentação empírica. Isso porque, em primeiro lugar, trata-se de assunto que merece específico espaço de investigação e, em segundo lugar, cuida-se de análise que implicaria demasiado distanciamento da linha traçada originariamente. O ponto central é cuidar da argumentação jurídica e da racionalidade discursiva para a justificação das premissas normativas.

A fundamentação das premissas normativas que são regras do Direito positivo se dá pela demonstração da conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. A justificação de uma determinada regra jurídica requer uma investigação sobre se ela foi dada e integra validamente o ordenamento jurídico interno em questão. A justificação falha se ficar demonstrado que a regra jurídica não pertence ao ordenamento jurídico questionado ou se ela foi dada em desconformidade com as normas jurídicas que regulam sua conformidade formal e material com a Constituição. Uma premissa normativa cujo conteúdo proposicional autoriza obtenção de prova mediante tortura ou permite privação de liberdade sem o devido processo não encontra justificação em um Estado de Direito constitucional democrático que inclui em seu catálogo de direitos fundamentais o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

A fundamentação das premissas que não são regras do Direito positivo e tampouco são proposições empíricas é uma questão da argumentação jurídica e, portanto, remete para as regras do discurso jurídico racional. Cuida-se, em essência, da própria formulação de proposições jurídicas concebidas a partir da interpretação das normas jurídicas, da dogmática jurídica e dos precedentes. Aqui, jogam um papel decisivo as regras do Direito positivo e as proposições empíricas. Com isso fica claro que são múltiplas as relações entre os três tipos de fundamentações. A argumentação jurídica, em alguns casos, é decisiva para a interpretação de uma norma jurídica válida e, até mesmo, para o estabelecimento da própria validade normativa. Em outros casos, a argumentação jurídica é importante na interpretação de uma regra da carga de prova e, assim, contribuir decisivamente para o estabelecimento de um fato⁷⁷⁸.

Assim, podem ser colocadas as regras do discurso jurídico para a fundamentação das premissas derivadas da interpretação das normas jurídicas, da dogmática jurídica e dos precedentes.

⁷⁷⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 283.

2.3.1 A interpretação jurídica como argumentação

A interpretação jurídica joga um papel decisivo na justificação das premissas das decisões judiciais de aplicação de normas jurídicas. Não é possível dizer nada sobre uma questão normativa concreta e, portanto, sobre o que está ordenado, proibido e permitido juridicamente, sem interpretação. Segundo Alexy, a interpretação jurídica é um caso restrito de interpretação em sentido amplo e da interpretação em sentido amplíssimo. Neste último, interpretação significa o entendimento do sentido de todos os objetos, produzido por sujeitos capazes, para unir com esses objetos um sentido. Assim, por exemplo, a interpretação que tem por objeto um quadro, uma fotografia ou uma escultura. A interpretação em sentido amplo tem por objeto apenas manifestações idiomáticas (*sprachliche Äußerungen*) e a interpretação em sentido restrito é a atividade que se desenvolve para eliminar as dúvidas nos casos em que as manifestações idiomáticas mesmas comportam várias interpretações. No caso da interpretação jurídica, cuida-se de escolher uma interpretação, dentre as várias possíveis, da expressão idiomática de uma disposição jurídica. O juiz deve escolher a interpretação que estiver acompanhada das melhores razões, considerados todos os argumentos⁷⁷⁹. Esse é um caso de interpretação institucional e autêntica. Institucional porque tem por objeto normas jurídicas, que são atos institucionais dados pelo legislador democraticamente legitimado e, portanto, autoritativamente vinculantes. A interpretação judicial, quanto ao sujeito, pode ser designada como autêntica, porque dada por quem detém autoridade para determinar, vinculativamente, o sentido das normas jurídicas – o juiz⁷⁸⁰.

Interpretação e argumentação estão unidas definitivamente. Não há interpretação sem argumentação, pois a escolha de uma interpretação, no lugar de outra, pressupõe uma escolha entre os argumentos que jogam a favor e contra cada uma das possíveis interpretações das expressões idiomáticas contidas nas normas jurídicas. Uma interpretação jurídica deve estar, sempre, acompanhada de uma justificação ou fundamentação completa de razões. Cuida-se de uma atividade desenvolvida em direção um resultado correto: uma interpretação correta. Se toda a interpretação resulta em uma afirmação e toda a afirmação coloca uma pretensão de correção, então toda interpretação pretende ser correta. Essa correção somente pode ser alcançada pela justificação ou fundamentação, colocando-se em primeiro plano da interpretação jurídica o procedimento da argumentação, onde o uso público da razão se torna possível. Com isso, então, segundo Alexy, vale a seguinte proposição: interpretação é

⁷⁷⁹ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 71-72; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 61-62.

⁷⁸⁰ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 73-74; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 63.

argumentação (*Interpretation ist Argumentation*). Aliás, nesse sentido, reconheceu o próprio Tribunal Constitucional Federal alemão ao dizer que interpretação, especialmente no Direito constitucional, tem o caráter de um discurso⁷⁸¹.

Se interpretação é argumentação e se a escolha da interpretação correta de uma norma jurídica é dada pelo jogo dos argumentos pró e contra das interpretações possíveis, então devem ser conhecidos os critérios da correção ou incorreção de uma dada interpretação jurídica. Esses critérios são determinados pelo objetivo da interpretação. Duas teorias concorrem: teoria subjetiva e teoria objetiva. A primeira diz que o objetivo da interpretação é investigar a vontade do legislador; a segunda, por outro lado, diz que o objetivo da interpretação é investigar o sentido razoável, correto ou justo da norma. Em favor da teoria subjetiva, falam os princípios da democracia e da divisão dos poderes, assegurando a autoridade do legislador histórico democraticamente legitimado. Contra a teoria subjetiva, apresenta-se a dificuldade de determinação segura da vontade do legislador histórico. O problema está em precisar até mesmo quem é o legislador histórico. Em favor da teoria objetiva está a ideia de que a interpretação deve conduzir a solução correta ou justa quanto ao seu conteúdo. Em seu desfavor, coloca-se o risco da arbitrariedade e de o juiz extrapolar os limites da competência jurisdicional, invadindo o espaço de conformação do legislador infraconstitucional⁷⁸². Segundo Alexy, a alternativa é uma solução diferenciadora (*differenzierende Lösung*) que estabelece uma primazia *prima facie* do objetivo de interpretação subjetivo sobre o objetivo, dependendo, contudo, a decisão definitiva, da ponderação de razões relacionadas com o tempo da norma, a modificação das circunstâncias fáticas e dos valores da sociedade, a vontade inequívoca do legislador histórico e do peso dos argumentos sistemáticos e dos substanciais que, na situação considerada, jogam a favor do objetivo da interpretação objetiva. Assim, os argumentos são decisivos⁷⁸³, pois cada interpretação de norma jurídica deve ser fundamentada por argumentos apropriados⁷⁸⁴. Quando o juiz decide a favor de uma determinada interpretação, excluindo outras, do que se trata é da definição de quais são as mais fortes razões. A interpretação prevalente deve estar

⁷⁸¹ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S.78; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 68. A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão diz que “a explicação, particularmente no direito constitucional...” tem o “caráter de um discurso” (*die Auslegung insbesondere des Verfassungsrechts ... den Charakter eines Diskurs*) (Cf. BVerfGE 82, 30 (38)). Aqui, a palavra *Auslegung* está traduzida como explicação. Segundo Heck, em geral, a palavra é traduzida como interpretação (Cf. ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 62 (nota do tradutor)).

⁷⁸² Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 82-83; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 69.

⁷⁸³ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 83; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 69-70; ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 305-306.

⁷⁸⁴ Cf. MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpretation and Justification*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Statutes*. Aldershot: Dartmouth, 1991, p. 511.

acompanhada dos melhores argumentos⁷⁸⁵. Segundo MacCormick e Summers a força da justificação de uma determinada alternativa interpretativa depende do tipo e do poder de fogo (*fire-power*) de cada argumento e este, por sua vez, corresponde ao conjunto de razões que fundamentam o argumento mesmo⁷⁸⁶. Desse modo, então, devem ser conhecidos os argumentos e as regras da argumentação jurídica que tratam da aplicação e da ponderação.

2.3.1.1 Os argumentos e as regras da interpretação jurídica

Os argumentos devem ser entendidos como meios para a interpretação das disposições jurídicas, deixando-se classificar em quatro categorias: *i*) argumentos linguísticos; *ii*) argumentos genéticos; *iii*) argumentos sistemáticos e *iv*) argumentos prático gerais⁷⁸⁷. Alguns deles são regidos por regras e, todos, pelas regras de primazia *prima facie*.

2.3.1.2 Os argumentos linguísticos

Os argumentos linguísticos são divididos em argumentos sintáticos e argumentos semânticos. Os argumentos sintáticos dizem respeito à estrutura gramatical de uma norma jurídica. O que conta como contribuição para a determinação do sentido da norma jurídica é a aplicação das regras da gramática. Os argumentos semânticos têm como objeto o significado idiomático corrente (*umgangssprachliche*) ou o significado idiomático especializado (*fachsprachliche*)⁷⁸⁸. Se uma norma jurídica é inteligível no contexto da linguagem ordinária, então ela deve ser interpretada conforme o significado que um falante comum iria lhe atribuir como o seu significado óbvio, salvo se houvesse uma razão para justificar uma interpretação diferente. Se o significado corrente autoriza mais de uma interpretação, o significado mais

⁷⁸⁵ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 123-124.

⁷⁸⁶ Cf. MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 512.

⁷⁸⁷ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 83; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 70. A classificação de MacCormick e Summers difere apenas quanto à terminologia. O argumento genético é designado como argumento transcategorial (*transcategorical*) pela razão que se trata de um tipo de argumento que pode ser determinadamente individualizado das outras categorias (Cf. MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 522). Trata-se de um elemento indeterminado da argumentação interpretativa que se move por todas as outras categorias (Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 125). Segundo Alexy, deve ser mantida a categoria autônoma do argumento genético, pois se trata de um tipo de argumento cuja força consiste na vontade (*Willen*) do legislador (Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, p. 83; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 70). A categoria dos argumentos práticos gerais é designada por argumentos teleológicos ou argumentos valorativos (Cf. MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 514).

⁷⁸⁸ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 85; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 71.

óbvio é o que detém a primazia *prima facie*⁷⁸⁹. O contexto de qualquer proposição é a linguagem a qual ela pertence, devendo-se acrescentar que um usuário competente da linguagem obtém o sentido da proposição toda a partir das palavras tomadas no seu conjunto, conforme o contexto. O sentido, desse modo, é sempre contextual⁷⁹⁰. O significado idiomático especializado é o que deve prevalecer quando se trata de uma matéria técnica. Se uma norma jurídica diz respeito a uma atividade técnica, apresentada em uma linguagem especializada, então ela deve ser interpretada conforme o sentido dos termos e das frases técnicas e não no sentido corrente do falante comum⁷⁹¹. Na linguagem do processo penal, a palavra *denúncia* significa exclusivamente a petição formal por intermédio da qual o promotor de justiça se dirige ao juiz para dar início à ação penal. Na linguagem corrente do falante comum, a palavra *denúncia* significa, entre outros sentidos, atribuir a alguém a prática de um crime perante a autoridade policial. Outra observação importante é a de que o argumento semântico se apóia na comprovação (*Feststellung*) de um uso do idioma faticamente existente. Assim, a simples comprovação ou estipulação de um significado não é um argumento semântico⁷⁹².

Os argumentos semânticos podem ser usados para *i*) justificar, *ii*) criticar ou *iii*) mostrar que uma determinada interpretação é possível, pelo menos sob o ponto de vista semântico. O que isso significa é que um determinado significado pode ser atribuído (candidato positivo), não pode ser atribuído (candidato negativo) ou pode ser atribuído e pode não ser atribuído à norma (candidato neutro)⁷⁹³. Assim, se a norma *R*, pela regra do uso das palavras *W*, deve ser interpretada como *R'*, podem ser apresentadas as seguintes formas de argumentos semânticos: *R.3.1*) *R'* deve ser aceito como interpretação de *R* sob a base de *W_i*; *R.3.2*) *R'* não deve ser aceito com interpretação de *R* sob a base de *W_k*; *R.3.3*) é possível aceitar *R'* como interpretação de *R* e também é possível não aceitar *R'* como interpretação de *R*, pois não valem nem *W_i* nem *W_k*. Nos dois primeiros casos, o argumento semântico é decisivo. A validade da regra do uso das palavras *W_i* implica que a interpretação *R'* de *R* está justificada. A validade da regra do uso das palavras *W_k* implica que a interpretação *R'* deve ser rejeitada⁷⁹⁴. Nesses dois casos, a decisão judicial que não segue o argumento semântico é uma

⁷⁸⁹ Cf. MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 513.

⁷⁹⁰ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 126.

⁷⁹¹ Cf. MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 513; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 127.

⁷⁹² Cf. ALEXU, *Juristische Interpretation...*, S. 85; ALEXU, *Interpretação jurídica...*, p. 71; ALEXU, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 289.

⁷⁹³ Cf. ALEXU, *Juristische Interpretation...*, S. 86; ALEXU, *Interpretação jurídica...*, p. 71; ALEXU, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 289.

⁷⁹⁴ Cf. ALEXU, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 289-290.

decisão contra o texto da lei (*gegen den Wortlaut des Gesetzes*). Assim, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, o juiz não pode romper o texto das regras jurídicas e aplicar uma sanção penal sem previsão legal, ainda que para beneficiar o réu, sob o argumento de que o legislador deveria ter dado solução normativa diferente⁷⁹⁵. Outro caso interessante sobre a interpretação argumentativa semântica pode ser remetido à interpretação disposição do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, que estabelece o aumento da pena do crime de roubo quando a violência ou grave ameaça é praticada com emprego de arma. Discutia-se se o roubo cometido com utilização de uma “arma de brinquedo” também autoriza a imposição da causa especial de aumento de pena. A respeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal registra precedente no qual se reconheceu a configuração de crime de roubo qualificado pelo emprego de arma, a despeito de se tratar de utilização de “arma de brinquedo”⁷⁹⁶. No mesmo sentido, o próprio Superior Tribunal de Justiça registrava a Súmula 174, que estabelecia que “no crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza aumento de pena”. Contudo, posteriormente, essa orientação foi completamente abandonada, consolidando-se entendimento em sentido de que a utilização de brinquedo não configura causa especial de aumento da pena no caso de crime de roubo⁷⁹⁷. No julgamento que resultou na revogação da regra de decisão do precedente já sumulado, as razões do Superior Tribunal de Justiça deixam saber que a “lei (art. 157, § 2º, I, do CP) fala em arma e não em simulacro de arma, ou coisa parecida”, de tal sorte que não deve ser reconhecida a qualificadora quando se trata de “um artefato que imita arma”, pois “brinquedo ou simulacro de arma não é arma”⁷⁹⁸.

Normalmente, os argumentos semânticos, exclusivamente, não levam a um resultado definitivo⁷⁹⁹, mas à comprovação de que o conceito de uma determinada disposição jurídica é vago, ambíguo ou valorativo. No caso da regra R.3.3, cai-se no espaço semântico que somente pode ser resolvido com o auxílio dos argumentos das outras três categorias⁸⁰⁰. A força do argumento semântico é fraca quando a disposição jurídica interpretada apresenta palavras semanticamente abertas ou cláusulas gerais com expressões valorativas como razoável, perigoso, boa-fé, saúde, dignidade humana, entre outras. Nesse sentido, merece registro precedente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no qual se discutiu o conceito de racismo para fins de configuração do crime de racismo. No caso, a decisão coloca a exigência

⁷⁹⁵ Cf. STF, HC, 95351, 1. T, j. 21/10/2008, DJ 07/11/2008.

⁷⁹⁶ Cf. STF, REExt. 99036, 2ª T, j. 16/12/1982, DJ 11/03/1983.

⁷⁹⁷ Cf. STJ, HC, 107127, 5. T, j. 13/08/2009, DJ 14/09/2009; TJRS, Ap. Crim. 70026251405, 6ª C. Crim., j. 19/02/2009, DJ 19/03/2009.

⁷⁹⁸ Cf. STJ, REsp. 213054, 3ª Seç., j. 24/11/2001, DJ 11/11/2002.

⁷⁹⁹ Cf. SCHAUER, *Thinking like a Lawyer...*, p. 158.

⁸⁰⁰ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 86; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 71.

da “compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo”, acrescentando a necessidade da “interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma”⁸⁰¹. Outra indicação da fraqueza do argumento semântico é antiguidade da disposição jurídica ou das regras do uso das palavras⁸⁰². Em alguns casos, os argumentos semânticos, exclusivamente, conduzem a um resultado manifestamente não aceitável, se considerados os outros tipos de argumentos interpretativos. São os casos em que o texto, exclusivamente, produz uma resposta ruim (*bad answer*)⁸⁰³.

2.3.1.3 Os argumentos genéticos

Os argumentos genéticos dizem que a interpretação de uma disposição jurídica deve corresponder à vontade do legislador histórico. Desse modo, por meio do argumento genético se justifica uma interpretação *R'* de *R* porque corresponde à intenção do legislador histórico⁸⁰⁴. Se a intenção do legislador histórico a respeito de uma determinada disposição jurídica pode ser identificada, então ela deve ser interpretada conforme a intenção do legislador histórico identificada. Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça diz que a missão do juiz é “interpretar a lei e aplicá-la de acordo com a vontade do legislador”⁸⁰⁵. Algumas vezes, o argumento genético é usado para excluir uma determinada interpretação. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o fato de a Lei 11.719/2008, que deu nova redação e revogou várias disposições do Código de Processo Penal, não contemplar a possibilidade de substituição de testemunha não localizada, conforme autorizava a disposição do art. 797 do Código de Processo Penal, não pode ser interpretado como “silêncio eloqüente do legislador”, sendo “inadmissível a interpretação de que a vontade do legislador” seria a de “impedir quaisquer substituições de testemunhas no curso da instrução, mesmo quando não localizada”. A razão para afastar a interpretação com base na “vontade do legislador” é que essa

⁸⁰¹ Cf. STF, HC 82424, TP, j. 17/09/2003, DJ 19/03/2004.

⁸⁰² Cf. MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 516-517.

⁸⁰³ Cf. SCHAUER, *Thinking like a Lawyer...*, p. 163-164.

⁸⁰⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 291.

⁸⁰⁵ Cf. STJ, REsp. 510831, 5. T, j. 10/06/2003, DJ 08/09/2003. Referências à vontade do legislador podem ser rastreadas em outras decisões do Superior Tribunal de Justiça (Cf. STJ, ROMS 21066, 6. T, j. 02/09/2009; STJ, MS 10476, 1. Seç., j. 14/02/2007, DJ 05/03/2007).

interpretação “inviabilizaria uma prestação jurisdicional efetiva e justa, mais próxima possível da verdade material”⁸⁰⁶.

Há duas formas básicas de interpretação genética: o argumento semântico-subjetivo (*subjektiv-semantische*) e o argumento teleológico-subjetivo (*subjektiv-teleologische*)⁸⁰⁷. O argumento semântico-subjetivo diz que o legislador histórico uniu com uma determinada expressão um determinado significado. Nesse caso, a interpretação *R'* era o que o legislador histórico pretendia diretamente ou era o objeto direto da sua intenção. Assim, pode ser formulada a regra *R.4.1* que diz que *R'* é a intenção do legislador histórico. O argumento teleológico-subjetivo diz que o legislador histórico perseguia uma determinada finalidade com a dação da disposição jurídica interpretada e que uma determinada interpretação é o melhor caminho para a realização dessa finalidade. O legislador histórico adotou *R* como um meio de atingir os fins *Z*. A interpretação de *R'* de *R* é a melhor maneira para se alcançar o resultado pretendido pelo legislador histórico. A regra *R.4.2* diz que *R'* é a melhor maneira de se alcançar o fim *Z* desejado pelo legislador histórico ao dar *R*⁸⁰⁸.

A força do argumento genético esbarra na fundamentação da passagem de *R* para *R'* com base na identificação da vontade do legislador ou dos fins por ele desejados. Segundo Alexy, justificar as proposições necessárias para levar as formas de argumento à saturação genética é muitas vezes difícil e até mesmo impossível. No grande maioria dos casos, não pode ser esclarecido o sujeito da intenção do legislador e tampouco é possível estabelecer o conteúdo dessa intenção⁸⁰⁹. Essas questões somente podem ser esclarecidas se os argumentos das outras categorias forem também considerados, o que significa que os argumentos genéticos precisam ser completados por outros argumentos, especialmente os argumentos práticos gerais.

⁸⁰⁶ Cf. STF, AP Ag. Reg. 470, TP, j. 23/10/2008, DJ 30/04/2009. Ainda sobre o argumento interpretativo genético, com referência inclusive aos trabalhos preparatórios e à exposição de motivos, o Supremo Tribunal Federal destacou a intenção do legislador constitucional com a edição da Emenda Constitucional 6/95 para fins de interpretação do art. 246 da Constituição Federal, em atenção à revogação do art. 171 da Constituição Federal e a inclusão da disposição do art. 176, § 1º, da Constituição Federal (STF, MC. ADIn. 3090, TP, j. 10/11/2006, DJ 26/10/2007).

⁸⁰⁷ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 86.

⁸⁰⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 291-292; ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 86; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 72.

⁸⁰⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 293-294; MARMOR, *Interpretation and Legal Theory...*, p. 119-126.

2.3.1.4 Os argumentos sistemáticos

Os argumentos sistemáticos se referem à unidade ou coerência do sistema jurídico, contribuindo decisivamente para a inteligibilidade do Direito⁸¹⁰. Eles se deixam dividir em oito tipos. Os argumentos de consistência ou argumentos asseguradores de consistência (*konsistenzsichernden*) visam assegurar ausência de contradição entre uma determinada interpretação de uma norma jurídica e todas as demais normas integrantes do sistema jurídico. Segundo os argumentos de consistência, as disposições jurídicas devem ser interpretadas de tal modo que sejam eliminadas contradições no sistema jurídico⁸¹¹. Assim, se a interpretação *R'* de *R* contradiz outra norma do sistema jurídico, reconhecida como válida *R₁*, então a interpretação *R'* de *R* deve ser abandonada⁸¹². Esse argumento corresponde a uma das mais importantes exigências da racionalidade⁸¹³. Os argumentos contextuais (*kontextuellen*) colocam a exigência de que a interpretação de uma norma deve considerar a sua localização no sistema jurídico como um todo e a sua relação com outras normas⁸¹⁴. Segundo MacCormick e Summer, se uma disposição jurídica pertence a um determinado sistema jurídico, então ela deve ser interpretada em conjunto com todas as disposições jurídicas do sistema ou, mais particularmente, no sentido mais próximo das outras disposições jurídicas que cuidam da mesma matéria (*in pari materia*)⁸¹⁵. Sobre esse argumento, Peczenik acrescenta que na interpretação de uma disposição jurídica se deve prestar atenção no título da disposição e nas disposições jurídicas que estão próximas da disposição jurídica interpretada⁸¹⁶. Os argumentos sistemático-conceituais (*begrifflich-systematischen*) são os argumentos que buscam alcançar clareza conceitual, unidade formal e completude sistemática, desempenhando papel central na dogmática jurídica⁸¹⁷. Assim, se uma determinada disposição jurídica é formulada com base em conceitos gerais elaborados pela dogmática jurídica, então a disposição deve ser interpretada conforme o uso consistente do conceito geral no sistema jurídico como um todo ou em uma determinada área do sistema jurídico. O que isso significa é que a interpretação de uma disposição jurídica não pode

⁸¹⁰ Cf. ALEXU, *Juristische Interpretation...*, S. 86; ALEXU, *Interpretação jurídica...*, p. 72; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 129.

⁸¹¹ Cf. ALEXU, *Juristische Interpretation...*, S. 86; ALEXU, *Interpretação jurídica...*, p. 72.

⁸¹² Cf. ALEXU, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 295.

⁸¹³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 310.

⁸¹⁴ Cf. ALEXU, *Juristische Interpretation...*, S. 86; ALEXU, *Interpretação jurídica...*, p. 72.

⁸¹⁵ Cf. MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 513; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 128.

⁸¹⁶ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 315.

⁸¹⁷ Cf. ALEXU, *Juristische Interpretation...*, S. 86; ALEXU, *Interpretação jurídica...*, p. 72.

desprezar os conceitos da dogmática jurídica⁸¹⁸. Os argumentos de princípios levam à aplicação dos princípios na interpretação de uma disposição jurídica. Nos casos difíceis, os argumentos de princípios são decisivos para resolver a questão da ponderação⁸¹⁹. Assim, se um princípio é aplicável a uma questão regulada por uma disposição jurídica qualquer, ela deve ser interpretada em conformidade com esse princípio mesmo⁸²⁰. Os argumentos por analogia são os mais importantes dos argumentos jurídicos especiais (*speziellen juristischen*). Neste tipo, incluem-se também o argumento *a contrario* e o argumento de redução ao absurdo. O argumento por analogia consiste na aplicação de uma norma para além do seu texto⁸²¹. Assim, se uma disposição jurídica é significativamente semelhante a uma outra disposição do sistema jurídico, então ela deve ser interpretada de tal modo a que seja assegurada a semelhança de sentido com a disposição análoga⁸²². Em outras palavras, se a área de aplicação da disposição jurídica interpretada é semelhante à de outra disposição jurídica, cujo significado é inequivocamente conhecido, então esta serve de fundamento para afirmar o conteúdo do significado da disposição jurídica interpretada⁸²³. Os argumentos prejudiciais (*präzudiziellen*) consistem na referência às decisões judiciais anteriores, retirando força no princípio da universabilidade e na regra formal de justiça que coloca a exigência de que casos iguais sejam decididos do mesmo modo. Assim, se uma disposição jurídica já foi submetida a uma interpretação judicial, então ela deve ser interpretada em conformidade com a interpretação dada anteriormente pelos juízes⁸²⁴. No caso de uma interpretação dada por intermédio de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, os juízes devem interpretar a disposição jurídica nesse mesmo sentido. Quando a interpretação da disposição jurídica é dada em uma súmula de algum tribunal ou configura uma jurisprudência constante, essa interpretação deve ser considerada como razão para a definição da interpretação da disposição jurídica em questão. Os argumentos históricos (*historischen*) se referem à história da questão jurídica controvertida a ser solucionada⁸²⁵. Com isso, os fatos que se referem à história do problema jurídico discutido jogam como razões a favor ou contra uma determinada

⁸¹⁸ Cf. MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 514; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 130. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 316.

⁸¹⁹ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 87; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 72.

⁸²⁰ Cf. MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 514.

⁸²¹ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 87; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 72. Sobre o uso das formas dos argumentos jurídicos especiais, ver ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 341-346.

⁸²² Cf. MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 513; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 129.

⁸²³ Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 105.

⁸²⁴ Cf. MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 513; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 128-129.

⁸²⁵ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 87; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 72.

interpretação⁸²⁶. Os argumentos comparativos (*komparativen*) tomam em consideração, em lugar de um estado de coisas do passado, outros sistemas jurídicos. Com isso, a forma de argumento histórico pode se transformar, mediante uma pequena modificação, em uma forma de argumento comparativo⁸²⁷.

Os argumentos das três categorias examinadas são argumentos que se acham inseridos no quadro institucional de um sistema jurídico e, por isso mesmo, são designados como argumentos institucionais (*institutionelle*) pelo fato de que se apóiam na autoridade do Direito positivo. Contudo, nem todos os casos de interpretação jurídica podem ser solucionados exclusivamente por meio de argumentos institucionais. Em alguns casos, os argumentos linguísticos apenas comprovam a existência de um espaço semântico, os argumentos genéticos não identificam inequivocamente a vontade do legislador histórico e os argumentos sistemáticos apontam para várias direções, sem determinarem a interpretação da disposição jurídica. Em outros casos, argumentos institucionais de diferentes categorias conduzem a resultados diferentes quanto à interpretação de uma mesma disposição jurídica, não determinando qual deve ser o escolhido. Além disso, os argumentos sistemáticos, às vezes, revelam-se incompletos e precisam ser saturados. O que isso significa é que os argumentos institucionais, nesses casos, devem ser completados por argumentos práticos gerais. Esses argumentos retiram sua força da correção quanto ao conteúdo e, por isso mesmo, também pode ser designados como argumentos substanciais⁸²⁸.

2.3.1.5 Os argumentos práticos gerais

Os argumentos práticos gerais, que retiram sua força da correção quanto ao conteúdo, podem ser divididos em argumentos teleológicos e argumentos deontológicos. Os argumentos teleológicos se orientam pelas consequências de uma determinada interpretação da disposição jurídica e se apóiam na ideia do bem. Os argumentos deontológicos consideram o devido juridicamente independentemente das consequências, sustentando-se na ideia de generalizabilidade (*Verallgemeinerbarkeit*)⁸²⁹. Segundo Alexy, a compreensão do argumento teleológico requer uma análise dos conceitos de fins e de meios e também dos conceitos de vontade, necessidade prática e fim. Aqui, não se trata dos argumentos teleológicos referidos

⁸²⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 294; MacCORMICK; SUMMERS, *Interpretation and Justification...*, p. 514.

⁸²⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 294 ; ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 87; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 72.

⁸²⁸ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 87-88; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 73.

aos fins do legislador histórico, como pessoas realmente existentes no passado ou no presente, mas aos fins racionais (*vernünftige*) ou prescritos objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente⁸³⁰. Esses fins são estabelecidos por aqueles que devem tomar as decisões no contexto do ordenamento jurídico sob a base da argumentação racional. A comunidade de quem decide dentro desse contexto é o sujeito hipotético dos fins pressupostos nos argumentos teleológicos. Por isso mesmo, os fins não são determinados empiricamente, mas normativamente, sendo caracterizados com um estado de coisas prescrito objetivamente⁸³¹. As disposições jurídicas não surgem sem mais, mas são dadas a partir de uma decisão do legislador provocadas por uma determinada necessidade da vida. As novas disposições estão sempre acompanhadas das razões que as justificam. Assim, entre as possíveis interpretações que um texto jurídico dado pelo legislador pode sugerir, deve-se considerar aquela que corresponde às implicações práticas que a interpretação pode ter no sentido de alcançar os objetivos da disposição jurídica dada⁸³².

A forma do argumento teleológico-objetivo é muito próxima da forma do argumento genético teleológico-subjetivo *R.4.2*. Este diz que o legislador histórico adotou *R* como um meio de atingir os fins *Z* e a interpretação de *R'* de *R* é a melhor maneira para se alcançar o resultado pretendido pelo legislador histórico. Assim, a forma do argumento *R.4.2* diz que *R'* é a melhor maneira de se alcançar o fim *Z* desejado pelo legislador histórico ao dar *R*. Então, a forma do argumento teleológico *R.5* diz que a interpretação *R'* de *R* é necessária para se alcançar o fim *Z* objetivamente prescrito pelo ordenamento jurídico. Assim, a forma do argumento *R.5* corresponde à forma do argumento genético teleológico-subjetivo *R.4.2*, salvo quanto ao fato de que *Z* não é o querido pelo legislador, mas deve ser afirmado como algo objetivo ou é algo que deveria objetivamente ser realizado⁸³³.

Dizer que uma disposição jurídica prescreve um determinado estado de coisas *Z*, normalmente, é simplesmente manifestar que a disposição jurídica fundamenta a conclusão de que *Z* é o estado de coisas prescrito no contexto do ordenamento jurídico. Essa conclusão, contudo, não segue logicamente da disposição jurídica mesma, mas dela e também de premissas adicionais. Assim, o argumento teleológico deve ser construído deste modo: *i*) a disposição jurídica *R* é um meio para alcançar o estado de coisas *Z*; *ii*) se *R* não é interpretado como *R'*, então o estado de coisas *Z* não será alcançado. Então, da relação entre *i* e *ii*, resulta a

⁸²⁹ Cf. ALEXI, *Juristische Interpretation...*, S. 89; ALEXI, *Interpretação jurídica...*, p. 74.

⁸³⁰ Cf. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 296.

⁸³¹ Cf. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 296.

⁸³² Cf. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 132.

⁸³³ Cf. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 297.

conclusão de que R deve, necessariamente, ser interpretado como R' para a obtenção do estado de coisas Z ⁸³⁴. Com isso, fica claro que a forma de argumento teleológico $R.5$ pressupõe a validade de duas premissas bem diversas. A primeira é uma proposição normativa e a segunda é uma proposição empírica. A justificação desta depende da argumentação empírica. A justificação daquela é mais complexa. A questão será simples apenas se a disposição jurídica prescreve precisamente um estado de coisas Z . Quando, no entanto, o estado de coisas Z não segue de uma única disposição jurídica, mas de um conjunto de disposições jurídicas e, mesmo assim, sem uma relação de necessariedade lógica, novos argumentos devem ser adicionados. Nesses casos, são necessários princípios e, então, a argumentação teleológica se transforma em uma argumentação de princípios⁸³⁵.

2.3.1.6 As regras, as primazias e a estrutura da justificação interpretativa

Assim compreendidos os argumentos da interpretação jurídica, devem ser conhecidas as regras da argumentação que disciplinam a exigência de saturação e estabelecem as relações de primazia *prima facie* entre os diferentes tipos de argumentos de interpretação. Segundo Aarnio, as chamadas regras de interpretação (*rules of interpretation*) são princípios que podem ser cumpridos em diferentes graus tanto quanto possível. Eles são designados como pautas ou padrões de interpretação (*interpretation standard*) e são necessários apenas quando se deseja uma justificação jurídica racional ótima⁸³⁶. Essa formulação contém um problema de consistência. Se toda a argumentação jurídica coloca a pretensão de correção e de racionalidade e se as regras dos argumentos de interpretação são necessárias para uma interpretação racional, então elas devem ser cumpridas obrigatoriamente para a racionalidade da interpretação. Quem pretende ser racional na interpretação de uma disposição jurídica deve cumprir as regras dos argumentos de interpretação. Essas regras não podem ser mais ou menos cumpridas. Uma podem ser cumpridas e outras não. Isso irá reduzir a racionalidade da interpretação da disposição jurídica, mas não significa que o interprete não está vinculado ao cumprimento das regras quando sua empreitada pretende correção e racionalidade.

A exigência de saturação diz que cada tipo de argumento deve ser completo em premissas e, como isso, pleno em razões. Um argumento somente será completo se contiver todas as premissas exigidas para a saturação do seu tipo correspondente. Igualmente, as

⁸³⁴ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 330.

⁸³⁵ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 298-299.

⁸³⁶ Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 97.

premissas devem ser justificadas. Como as premissas que necessitam de saturação podem ser de diferentes tipos, haverá maneiras completamente distintas de justificação. Nesse sentido, as justificações empíricas representam um papel importante, pois dependem da argumentação empírica, por exemplo, as especificações sobre o uso da linguagem, as afirmações sobre a vontade do legislador ou das pessoas que participaram do processo legislativo ou a verificação e análise do material dos *travaux préparatoires*⁸³⁷. Além das premissas empíricas, os diferentes tipos de argumentos contêm premissas normativas que não se retiram dos textos das disposições jurídicas. É o caso, por exemplo, dos argumentos sistemáticos históricos, sistemáticos comparativos e argumentos teleológicos, pois eles pressupõem a caracterização ou a avaliação de um estado de coisas⁸³⁸.

A exigência de saturação assegura racionalidade aos argumentos de interpretação, pois exclui a simples afirmação de que um argumento pode ser o resultado de uma determinada interpretação linguística, genética, sistemática ou prática geral. Quase sempre é necessário o acréscimo de novas premissas empíricas ou normativas, cuja verdade ou correção pode ser em qualquer momento objeto de novas discussões. Assim, então, por ser formulada a regra *R.6* que diz que a saturação é exigida em todo o tipo de argumento de interpretação. Essa regra impede o palavreado vazio (*leeres Gerede*)⁸³⁹.

Os diversos tipos de argumentos de interpretação podem conduzir a diferentes soluções para a interpretação de uma mesma disposição jurídica. Segundo Alexy, isso conduz a uma dupla insegurança: *i*) um tipo de argumento pode ser saturado de diversos modos e *ii*) diferentes tipos podem ser usados para justificar diferentes conclusões. O problema é exatamente a ausência de um catálogo de grau ou de hierarquia entre os diferentes tipos de argumentos. Sem uma posição definitiva, essa discussão ainda está aberta na ciência

⁸³⁷ A respeito dos *travaux préparatoires*, que são os materiais pré-legislativos, como projetos, pareceres, atas de sessões de comissões e de plenário das casas legislativas, Aarnio formula as seguintes regras: *i*) se os *travaux préparatoires* são inconsistentes ou ambíguos, eles não podem ser usados como argumentos; *ii*) se diversas interpretações de uma disposição jurídica coincidem na linguagem corrente, deve ser preferida aquela indicada claramente pelos *travaux préparatoires*; *iii*) se os *travaux préparatoires* são claros quanto à interpretação de uma disposição jurídica, uma decisão judicial anterior que deles se afastar não pode ser utilizada como argumento de interpretação; *iv*) se os *travaux préparatoires* são claros quanto à interpretação de uma disposição jurídica e estão em conflito com uma decisão judicial posterior, o intérprete deve justificar o afastamento dos *travaux préparatoires*; *v*) se os *travaux préparatoires* são claros quanto à interpretação de uma disposição jurídica e estão em conflito com uma razão material, o intérprete deve justificar o afastamento dos *travaux préparatoires*; *vi*) se os *travaux préparatoires* são claros quanto à interpretação de uma disposição jurídica, eles podem ser usados para justificar o afastamento do significado da disposição jurídica de acordo como a linguagem corrente, desde que não existam outras razões para manter o significado da linguagem corrente do texto (Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 100).

⁸³⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 302.

⁸³⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 302.

jurídica⁸⁴⁰. Mesmo a teoria do discurso parece ser incapaz de formular um catálogo de graus para os diferentes tipos de argumentos e, assim, resolver a controvérsia entre a teoria subjetiva e a teoria objetiva da interpretação ou construir uma relação entre elas⁸⁴¹. O que está acessível a partir da teoria do discurso racional não é a formulação de regras rigorosas, mas apenas de regras que determinam primazias *prima facie* entre os diversos tipos de argumentos. Essa formulação corresponde à dimensão pragmática da fundamentação e à ideia de que a racionalidade discursiva não promete certeza e segurança absolutas quanto à resposta correta, mas diz que o cumprimento de regras tanto quanto possível aumenta a probabilidade de se alcançar uma conclusão correta. O modelo de primazias *prima facie* é tal que admite que a ordem de hierarquia estabelecida inicialmente por alguma razão pode ser invertida se forem apresentados argumentos em sentido contrário. Quem pretende desconsiderar a primazia *prima facie* estabelecida deve estar disposto a suportar a carga da argumentação. Aqui, o peso dos princípios jurídico-constitucionais conta fortemente. Nisso, exatamente, está a dimensão pragmática da fundamentação⁸⁴², restando claro que o problema da hierarquia dos argumentos de interpretação se resolve como uma questão de argumentação⁸⁴³.

As razões para a formulação das regras de primazia *prima facie* devem ser buscadas no Estado de Direito constitucional democrático, que se acha apoiado nos princípios da democracia, da divisão dos poderes e do Estado de Direito. Os argumentos de interpretação que expressam vinculação com o ordenamento jurídico vigente detêm primazia *prima facie* sobre os demais. Assim, podem ser formuladas duas regras gerais de primazia *prima facie*: i) a regra R.7 diz que os argumentos linguísticos prevalecem *prima facie* sobre todos os outros argumentos; ii) a regra R.8 diz que os argumentos institucionais – argumentos linguísticos, argumentos genéticos e argumentos sistemáticos – prevalecem *prima facie* em relação aos argumentos práticos gerais⁸⁴⁴.

A primeira regra geral estabelece uma relação de primazia *prima facie* dos argumentos linguísticos sobre todos os outros. O argumento linguístico e o argumento genético tiram força da autoridade e da legitimidade do legislador⁸⁴⁵. Trata-se, além do

⁸⁴⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 303. Sobre a discussão e propostas para os problemas da relação entre os argumentos de interpretação de diversos tipos, ver KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1976, S. 86-87; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...*, S. 343-345.

⁸⁴¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 303-304.

⁸⁴² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 304; ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 89; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 74.

⁸⁴³ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 137.

⁸⁴⁴ Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 90; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 74.

⁸⁴⁵ Cf. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory...*, p. 133-134.

respeito ao sentido composicional (*compositional*) das expressões escolhidas pelo legislador, de que os destinatários das disposições possam compreendê-las a partir de seu sentido imediato e de que os custos das disputas sobre interpretações possam ser minimizados⁸⁴⁶. Um olhar para os efeitos acumulativos da prática de confiar nos argumentos linguísticos, no sentido do respeito judicial ao sentido imediato das expressões empregadas pelo legislador, conta a favor da democracia ao assegurar que à legislação seja dada em linguagem razoavelmente clara e explícita⁸⁴⁷. Apenas, em razão do princípio da segurança jurídica e, com isso, em razão do princípio do Estado de Direito, o dito pelo legislador detém primazia *prima facie* sobre o querido. Assim, os argumentos linguísticos prevalecem sobre os argumentos genéticos. Os argumentos linguísticos também prevalecem *prima facie* sobre os argumentos sistemáticos. É correto dizer que os argumentos sistemáticos visam à coerência, o que é elementar para a racionalidade. Contudo, aquilo que deve ser trazido em um sistema é, antes, o decidido e dado pelo legislador. Por isso, então, a primazia *prima facie* dos argumentos linguísticos sobre os argumentos sistemáticos. Entre os argumentos genéticos e os argumentos sistemáticos não há uma relação de primazia *prima facie*⁸⁴⁸.

A segunda regra geral estabelece uma relação de primazia *prima facie* dos argumentos institucionais sobre os argumentos práticos gerais. Novamente, a razão para isso está em que os argumentos institucionais tiram sua força do sistema jurídico. Aliás, a própria existência do sistema jurídico está fundamentada nas fraquezas dos argumentos práticos gerais. O resultado do discurso prático geral, ainda que obtido com aprovação geral, não tem assegurado o seu cumprimento coercitivo. Por isso mesmo, os próprios argumentos práticos gerais colocam a exigência de um sistema jurídico. Daí, então, a primazia *prima facie* dos argumentos institucionais sobre os argumentos práticos gerais⁸⁴⁹. Assim, por exemplo, se uma disposição jurídica encontra uma interpretação claramente retirada do seu texto pela semântica convencional à linguagem corrente e se ela pode ser confirmada pela leitura do texto no contexto do sistema jurídico como um todo, então os argumentos teleológico-avaliativos estão dispensados⁸⁵⁰.

Cuida-se, bem entendido, de um modelo de hierarquia que apenas estabelece primazias *prima facie*. Elas podem ser destruídas se boas razões forem apresentadas. Quem pretende desconsiderar a primazia *prima facie* estabelecida deve estar disposto a suportar a

⁸⁴⁶ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 126-127.

⁸⁴⁷ Cf. MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory...*, p. 204.

⁸⁴⁸ Cf. ALEXI, *Juristische Interpretation...*, S. 90; ALEXI, *Interpretação jurídica...*, p. 74.

⁸⁴⁹ Cf. ALEXI, *Juristische Interpretation...*, S. 91; ALEXI, *Interpretação jurídica...*, p. 75.

⁸⁵⁰ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 138.

carga da argumentação. A seguinte regra da carga de prova *R.9* reflete exatamente a dimensão pragmática da fundamentação: os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam ser aduzidas razões que concedam primazia aos outros argumentos⁸⁵¹. A pergunta que se coloca imediatamente é que razões podem ser apresentadas para afastar a primazia *prima facie*. Essa questão somente pode ser resolvida em uma discussão racional, segundo as regras colocadas pela teoria do discurso racional. Os argumentos práticos gerais desempenham papel decisivo, onde o princípio da universabilidade exige que as razões apresentadas em um caso determinado sejam também razões que possam ser apresentadas para outro caso semelhante em seus aspectos relevantes. Cuida-se, portanto, de uma questão que se deixa resolver pela ponderação dos argumentos em jogo. Assim, pode ser formulada a regra *R.10* que diz que a determinação do peso dos argumentos se dá conforme as regras da ponderação⁸⁵². Como essa é uma regra do discurso prático geral que diz respeito do uso dos argumentos de interpretação, contam também as regras *R.2.2.a* e *R.2.2.b*, que asseguram a liberdade no discurso e admissibilidade de todos os argumentos no discurso. Com isso, todos os argumentos devem ser colocados no discurso, podendo ser formulada a regra *R.11* que diz que devem ser levados em conta na ponderação todos os tipos de argumentos de interpretação possíveis⁸⁵³.

Essas regras dos argumentos de interpretação não asseguram uma resposta correta em cada caso, contudo elas contribuem decisivamente para a racionalidade da argumentação jurídica como fica claro quando o procedimento de justificação de uma determinada interpretação de uma disposição jurídica é mostrado abertamente. Normalmente, no procedimento de justificação de uma interpretação jurídica, o intérprete apresenta as razões que estão a favor da interpretação *R'* de *R* que pretende manter e apresenta contrarrazões em desfavor da interpretação *R''* de *R* que pretende afastar. Com isso, o discurso se desenvolve com a apresentação de argumentos pró e contra, configurando uma constante competição (*competition*) entre as duas alternativas de interpretação. Em relação à interpretação *R'*, devem ser apresentados argumentos que a justificam e argumentos que a afastam. O mesmo vale para a interpretação de *R''*. Assim, os argumentos pró e contra *R'* e *R''* podem ser estruturados em uma cadeia de vários níveis até que seja alcançada a interpretação de *R* que esteja acompanhada dos melhores argumentos⁸⁵⁴. Um olhar sobre a estrutura desse

⁸⁵¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 305; AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 101.

⁸⁵² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 306.

⁸⁵³ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 306-307.

⁸⁵⁴ Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 115-116.

procedimento de justificação denuncia uma relação de reciprocidade entre a justificação interna e a justificação externa. A interpretação vencedora R' de R tem a sua estrutura configurada a partir de argumentos apresentados sobre a base de proposições relacionadas silogisticamente a uma conclusão.

Se a disposição jurídica diz “se p , então q ” e um intérprete defende que a interpretação i é um caso de p , tem-se a conclusão de que se deve seguir q . Assim, por exemplo, pode ser colocada a discussão a respeito da interpretação da disposição do art. 82, III, do Código de Processo Civil, cujo texto diz que compete ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesse público qualificado pela natureza da lide ou qualidade da parte. No caso, p corresponde às causas em que há interesse público qualificado pela natureza da lide ou qualidade da parte e q à obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público. A partir dessa premissa, pode ser configurado o seguinte silogismo Si . Um intérprete pode defender a interpretação i , dizendo que a intenção do legislador recolhida a partir dos *travaux préparatoires* é tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público em todas as causas em que uma das partes ou intervenientes é uma pessoa jurídica de direito público. Assim, i é um caso de p , devendo-se concluir que a interpretação da disposição jurídica é a de que há interesse público a exigir a intervenção do Ministério Público nas causas em que figura como parte ou interveniente uma pessoa jurídica de direito público. A esse silogismo pode ser acrescentado este Si' . O intérprete pode defender a interpretação i' , dizendo que a disposição do art. 129, III, da Constituição Federal, estabelece como função institucional do Ministério Público promover ação civil pública para a defesa do patrimônio público, o que torna obrigatória a intervenção do Ministério Público nas causas em que uma das partes ou interveniente é pessoa jurídica de direito público, dada a identificação entre interesse público e patrimônio público. Desse modo, os silogismos Si e Si' fundamentam a conclusão de que a disposição jurídica deve ser interpretada no sentido da obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público nas causas em que uma das partes ou intervenientes é pessoa jurídica de direito público. Em favor dessa mesma interpretação da disposição jurídica podem, assim, ser apresentados tantos silogismos quantos forem possíveis.

Igualmente, contra-argumentos podem ser formulados a essa conclusão interpretativa. Eles também se deixam configurar pelos seguintes silogismos Sii e Sii' . A partir das premissas já conhecidas, um intérprete pode defender a interpretação ii , dizendo que a presença de pessoa jurídica de direito público como parte ou interveniente em uma causa não é bastante para configurar interesse público justificativo da intervenção do Ministério Público. Contra o argumento genético fundado da vontade do legislador histórico, esse

intérprete apresenta o argumento teleológico-objetivo aduzindo que razões objetivas da norma, inseridas no contexto da nova realidade da estrutura das procuradorias das pessoas jurídicas de direito público, principalmente Municípios e Estados, e da nova configuração das funções do Ministério Público dada na Constituição Federal, apontam para a desnecessidade da obrigatoriedade da intervenção em todas as causas em que há participação de pessoa jurídica de direito público. Essa interpretação concede a correção da interpretação pela vontade do legislador na época do advento da disposição jurídica em 1973, mas não no atual contexto institucional. Com essa interpretação *ii, s* não é um caso de *p*. Assim, o silogismo *Sii* formula a conclusão de que a participação de pessoa jurídica de direito público em uma causa não configura interesse público que torna obrigatória a intervenção do Ministério Público. Contra o argumento sistemático dado no silogismo *Si'*, pode ser apresentada a interpretação *ii'* de que a disposição do art. 129, IX, da Constituição Federal, ao cuidar das funções institucionais do Ministério Público, veda-lhe a representação judicial das pessoas jurídicas de direitos público, podendo ser acrescentado que são continuados os precedentes da jurisprudência dos tribunais no sentido de que não é necessária a intervenção do Ministério Público nas causas de execução fiscal. Assim, as premissas antes dadas e a interpretação *ii'* configuram o silogismo *Sii'*, fundamentando a conclusão de que a participação de pessoas jurídicas de direito público nas causas não configura interesse público a justificar a intervenção do Ministério Público.

Essa configuração da argumentação interpretativa mostra a estrutura do procedimento de justificação, especialmente quanto à existência de subconjuntos de premissas e conclusões que, uma vez unidos, forma a base para uma conclusão interpretativa de uma disposição jurídica. Argumentos e contra-argumentos de uma determinada interpretação jurídica são apresentados com essa estrutura procedimental.

Apresentar a estrutura procedimental da interpretação jurídica desse modo não leva à conclusão de que a interpretação jurídica é uma questão de silogismo lógico-dedutivo⁸⁵⁵. Como justificação é sempre uma questão de justificação interna e externa, também na justificação da interpretação das disposições jurídicas elas estão relacionadas reciprocamente. Por um lado, as premissas devem estar relacionadas entre si de tal modo que fundamentem a conclusão e, por outro, elas mesmas devem ser justificadas. Essa é uma questão aceitação das premissas e de convencimento.

⁸⁵⁵ Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 122.

2.3.1.7 A argumentação interpretativa constitucional

O fato de as disposições constitucionais ou normas jurídicas constitucionais de direitos fundamentais serem abstratas, abertas e carregadas ideologicamente⁸⁵⁶ pode colocar em dúvida⁸⁵⁷ a utilidade desses argumentos interpretativos e de seus critérios de primazia para fins de justificação das decisões judiciais de aplicação de normas constitucionais. Segundo Hesse, a abertura e amplitude da Constituição (*Offenheit und Weite der Verfassung*) produzem problemas de interpretação mais intensos dos que ocorrem nos outros âmbitos jurídicos de normalização mais detalhada⁸⁵⁸. Por essa razão, as “regras de interpretação tradicionais” (*herkömmlichen Auslegungsregeln*)⁸⁵⁹ – que se referem à vontade objetiva da norma ou vontade subjetiva do legislador, aos trabalhos preparatórios, a conexão sistemática da norma, a sua história, ao sentido e a sua finalidade⁸⁶⁰ –, somente podem alcançar uma explicação limitada da maneira como os tribunais constitucionais chegam as suas decisões⁸⁶¹.

Os argumentos interpretativos linguísticos, genéticos, sistemáticos e práticos gerais jogam papel relevante na justificação das decisões judiciais de aplicação de normas jurídicas constitucionais. Nesse sentido, segundo Larenz, não há fundamentos suficientes para que eles não sejam também aplicados, em princípio, na interpretação constitucional, pois a Constituição como todas as outras leis é uma manifestação linguística⁸⁶². São razões que jogam a favor ou contra uma determinada interpretação, conforme as circunstâncias consideradas na concretização da norma constitucional. Um argumento terá maior ou menor força argumentativa na medida da força argumentativa maior ou menor dos outros argumentos, conforme a disposição constitucional interpretada. Em alguns casos, a força argumentativa é alta, mas em outros pode ser baixa ou nenhuma. Interpretação e também interpretação constitucional se resolvem argumentativamente, conforme as regras da teoria do

⁸⁵⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 501.

⁸⁵⁷ Cf. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...*, S. 360.

⁸⁵⁸ Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20., neubearbeitete Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1995, S. 20, Rdn. 50; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 54, número de margem 50.

⁸⁵⁹ Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, S. 24, Rdn. 59; HESSE, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 60, número de margem 59.

⁸⁶⁰ Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, S. 21, Rdn. 53; HESSE, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 56, número de margem 53.

⁸⁶¹ Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, S. 24, Rdn. 59; HESSE, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 60, número de margem 59.

⁸⁶² Cf. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...*, S. 363; ALEXANDER, SHERWIN, *Demystifying Legal Reasoning...*, p. 220-232.

discurso. A correção das objeções normalmente levantadas contra a aplicação das “regras tradicionais de interpretação” para a interpretação das normas constitucionais não afeta a correção da ideia da interpretação como argumentação discursiva no sentido das regras e primazias dada pela teoria do discurso racional. Os argumentos interpretativos, mesmo quando exercem algum papel interpretativo relevante, apenas estabelecem primazias *prima facie*, resultando para quem deles se afastar o dever de suportar a carga da argumentação. Esse modelo é adequado para cuidar tanto dos casos de interpretação das disposições jurídicas infraconstitucionais como constitucionais. Aliás, a abertura semântica não é exclusividade das disposições constitucionais, pois cada vez mais as disposições infraconstitucionais das mais diversas matérias jurídicas são formuladas por intermédio de cláusulas abertas. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o Código Civil de 2002 apresenta um grande número de disposições jurídicas semanticamente abertas. Esses conceitos, igualmente, aparecem no Direito penal, no Direito tributário, no Direito econômico e no Direito administrativo. A exigência é de que essas prescrições normativas sejam formuladas, “em seus pressupostos e conteúdos”, de tal modo que os por elas afetados reconheçam a situação jurídica e assim possam regular a própria conduta⁸⁶³. Evidentemente, em comparação com as disposições jurídicas infraconstitucionais, as disposições constitucionais possuem um número significativamente maior de expressões vagas, ambíguas ou valorativamente abertas, principalmente no caso das disposições de direitos fundamentais.

O modelo de argumentos interpretativos configurado com relações de primazia *prima facie* e regras da teoria do discurso racional, em alguns casos de interpretação constitucional, pode colocar maiores exigências quanto ao desenvolvimento da cadeia argumentativa total. Quanto maior a abertura semântica da disposição jurídica interpretada, maior deve ser o jogo de razões pró e contra uma determinada interpretação dessa mesma disposição jurídica. Com isso, um maior número de passos e de premissas adicionais será necessário para a justificação racional da decisão judicial. Assim, em alguns casos de interpretação constitucional a exigência de saturação, colocada pela regra R.6, pode demandar um maior número de premissas adicionais que alguns casos de interpretação de disposições infraconstitucionais. Se para *todo* o tipo de interpretação deve ser cumprida a exigência de saturação, com o acréscimo de novas premissas tantas quantas forem necessárias, como diz a regra R.6, então na argumentação interpretativa das disposições constitucionais, pelas mesmas ou mais razões, deve ser satisfeita integralmente a exigência de saturação.

⁸⁶³ Cf. HECK, *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais...*, p. 206-207.

As regras e as relações de primazia *prima facie* acima apresentadas valem igualmente quando o objeto da interpretação é uma disposição constitucional. Os argumentos de interpretação vinculados ao texto das disposições constitucionais possuem primazia *prima facie* sobre os demais, aplicando-se a regra R.7. A razão para isso descansa no princípio da democracia. Quando o texto dado pelo legislador constitucional é suficiente para determinar o sentido de uma disposição constitucional, salvo se boas e melhores razões foram apresentadas em favor de outra interpretação, deve prevalecer a interpretação que segue o significado idiomático corrente ou especializado das palavras utilizadas pela autoridade constitucional.

O ponto de partida é definir se o texto pode desempenhar algum papel na interpretação da disposição constitucional. Em alguns casos, o texto exige uma determinada interpretação da disposição constitucional. Se for esse o caso, quem deseja se afastar do texto deve suportar uma pesada carga argumentativa, pois existe um argumento forte a favor de uma determinada interpretação. Em outros casos, o texto exclui uma determinada interpretação da disposição constitucional. Nesse caso, essa interpretação somente pode ser adotada se acompanhada de boas e fortes razões, pois existe um argumento forte contra uma determinada interpretação⁸⁶⁴. Em outros casos, ainda, o texto não serve para determinar ou excluir uma interpretação da disposição constitucional. Nesse caso, o papel do texto para determinar qual deve ser a interpretação da disposição constitucional é nenhum.

Aliás, sobre a interpretação constitucional e até mesmo sobre a interpretação mesma é decisivo saber que existem limites para o intérprete. Segundo Gadamer, compreensão, interpretação e aplicação estão unidas. A interpretação não é um ato posterior e complementar à compreensão de algo (*etwas*). Compreender é já interpretar e, por isso, interpretação é uma forma de compreensão de algo. Por outro lado, compreender é aqui sempre já aplicar (*Verstehen ist hier immer schon Anwenden*). Deve-se reconhecer a aplicação como integrante de toda a compreensão. Desse modo, na compreensão sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido (*Anwendung des zu verstehenden Textes*) à situação atual do intérprete⁸⁶⁵. Como isso, pode ser colocado que o limite principal da interpretação é dado pelo texto objeto da interpretação mesma. Segundo Hesse, os limites da interpretação constitucional terminam com a possibilidade de uma compreensão do texto ou onde há contradição unívoca com o texto. Esse é o limite insuperável da interpretação, cuja ultrapassagem implica rompimento com a Constituição. Se o intérprete vai além do texto da disposição constitucional, então ele não interpreta, mas modifica ou rompe a Constituição

⁸⁶⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 503.

⁸⁶⁵ GADAMER, Georg Hans. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr, 1990, S. 312-314.

(*ändert oder durchbricht die Verfassung*), o que está proibido⁸⁶⁶. O que isso significa é que a interpretação constitucional, como concretização, está necessariamente vinculada ao texto da disposição constitucional⁸⁶⁷. Nesse sentido, ao interpretar a disposição do art. 150, VI, d, da Constituição Federal, que veda a instituição de impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que a imunidade alcança tão somente os insumos relativos a materiais assimiláveis ao papel, abrangendo, para esse efeito, os filmes e os papéis fotográficos⁸⁶⁸, restando excluídos quaisquer materiais e insumos destinados ao processo de composição, impressão e publicação de livros, jornais e periódicos, tais como tintas, maquinários e peças necessárias à produção⁸⁶⁹. Na formulação desse precedente, o argumento interpretativo semântico contou decisivamente. Em outro precedente, confirmando a importância do argumento semântico para a interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a expressão “gleba” da disposição do art. 243 da Constituição Federal, observou que “a linguagem jurídica corresponde à linguagem natural, de modo que é nesta, linguagem natural, que se há de buscar o significado das palavras e expressões que se compõem naquela”⁸⁷⁰.

Assim, o peso dos argumentos linguísticos na interpretação constitucional não pode ser desprezado. Nos casos em que o texto conta para determinar ou excluir uma interpretação da disposição constitucional, em razão do princípio da democracia que ordena respeitar a vontade da maioria e do legislador constitucional democraticamente escolhido, somente com base em boas e fortes razões a jurisdição constitucional pode afastar da interpretação definida pelo argumento semântico. No mínimo, os argumentos linguísticos contam para dizer que as razões contrárias ao texto da disposição constitucional devem ser boas e fortes razões. Essa formulação serve também para o caso das normas constitucionais de direitos fundamentais, pois o texto é o texto dado autoritativamente pelo legislador constitucional e não o texto do legislador infraconstitucional. É que discurso jurídico sobre os direitos fundamentais não está submetido ao processo político do legislador ordinário⁸⁷¹. Isso se justifica porque os direitos fundamentais configuram posições fundamentais jurídicas tão importantes que não estão à disposição de uma simples maioria parlamentar⁸⁷². A guarda da Constituição é da jurisdição

⁸⁶⁶ Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, S. 30, Rdn. 77; HESSE, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 69, número de margem 77.

⁸⁶⁷ Cf. MÜLLER, *Juristische Methodik...*, S. 93.

⁸⁶⁸ Cf. STF, Ag. Reg. REExt. 495385, 2. T, j. 29/09/2009, DJ 23/10/2009.

⁸⁶⁹ Cf. STF, REExt. 372645, 2. T, j. 20/10/2009, DJ 20/10/2009; STF, REExt. 203859, TP, j. 11/12/1996, DJ 23/08/2001; STF, REExt. 206076, 2. T, j. 24/04/1998, DJ 29/05/1998.

⁸⁷⁰ Cf. STJ, REExt. 543974, TP, j. 26/03/2009, DJ 29/05/2009.

⁸⁷¹ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 501.

⁸⁷² Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 465.

constitucional, cabendo-lhe dar o conteúdo das normas constitucionais. A importância do texto dado pelo legislador constitucional está em ser o ponto de partida para o desenvolvimento do procedimento argumentativo do discurso racional que, por seu lado, confere legitimidade argumentativa à jurisdição constitucional.

Essas mesmas formulações podem ser emprestadas ao argumento genético⁸⁷³, não se justificando o seu desprezo sem que razões sejam apresentadas nesse sentido⁸⁷⁴. Contudo, a carga da argumentação para afastar uma interpretação com base na vontade do legislador constitucional não é tão pesada como a necessária para afastar uma interpretação dada a partir do texto da disposição constitucional. Não por outra razão, aliás, o argumento semântico detém primazia *prima facie* sobre o argumento genético. É que a vontade do legislador histórico é um ponto de partida menos sólido para o início do jogo da argumentação interpretativa. O problema do argumento genético é saber o que exatamente o legislador constitucional vinculou à disposição constitucional. A natureza da atividade do legislador constitucional, muitas vezes compromissária, reduz significativamente a possibilidade de que se possa identificar a vontade do legislador ao dar determinada norma de direito fundamental. A escolha interpretativa é ainda mais difícil quando se trata de uma disposição constitucional de direito fundamental.

Com isso, então, justifica-se a primazia *prima facie* dos argumentos linguísticos sobre os argumentos genéticos na interpretação constitucional.

Os argumentos sistemáticos, que dizem respeito à unidade ou coerência do sistema jurídico, desempenham papel relevante na interpretação constitucional. Com maior ou menor força, conforme o caso, eles podem contar a favor ou contra uma determinada interpretação de uma disposição constitucional. Se o princípio da unidade da Constituição (*Einheit der Verfassung*) é princípio de interpretação constitucional e se ele diz que a conexão e interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam a necessidade de não se olhar para uma disposição constitucional isoladamente, mas sempre também para conexão total na qual ela está colocada e se diz, ainda, que todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas⁸⁷⁵, então a interpretação das normas jurídicas constitucionais não pode dispensar, sem mais, qualquer dos oito tipos de argumentos sistemáticos de interpretação. Os

⁸⁷³ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 503; ALEXANDER, SHERWIN, *Demystifying Legal Reasoning...*, p. 221.

⁸⁷⁴ Cf. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...*, S. 363.

⁸⁷⁵ Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, S. 27, Rdn. 71; HESSE, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 65, número de margem 71.

argumentos sistemáticos de consistência visam garantir a ausência de contradição entre uma determinada interpretação de uma disposição constitucional e todas as demais disposições constitucionais. Esse argumento é decisivo para a racionalidade da interpretação constitucional. Assim, por exemplo, está excluída qualquer interpretação de disposição constitucional que implique contradição com princípio da dignidade humana positivado na disposição do art. 1º, III, da Constituição Federal⁸⁷⁶. Do mesmo modo, a interpretação de disposição constitucional que caracterize contradição ao princípio da divisão dos poderes e ao princípio federativo. Nesse sentido, por exemplo, as disposições dos arts. 30, I e II, da Constituição Federal, que se referem à competência dos Municípios para legislar em assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber, não podem ser interpretadas de tal modo que resulte invasão no espaço de conformação legislativa da União e dos Estados. A respeito disso, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser inconstitucional lei municipal que, na competência legislativa concorrente, utiliza-se do argumento de interesse local para restringir ou ampliar determinações contidas em texto normativo de âmbito nacional, como é o caso da lei que proíbe a comercialização de água mineral com teor de flúor acima de 0,9 mg/l⁸⁷⁷. Os argumentos sistemáticos contextuais dizem que a interpretação de uma disposição constitucional deve considerar a sua localização na Constituição como um todo e a sua relação com outras disposições constitucionais. Assim, uma disposição constitucional deve ser sempre interpretada em conjunto com todas as disposições jurídicas do sistema constitucional. Os argumentos sistemático-conceituais dizem que se uma determinada disposição constitucional é formulada com base em conceitos gerais elaborados pela dogmática jurídica, então a disposição deve ser interpretada conforme o uso consistente do conceito geral no sistema constitucional como um todo. Assim, por exemplo, os conceitos de dignidade humana⁸⁷⁸, de saúde⁸⁷⁹ e de ambiente⁸⁸⁰ das disposições dos arts. 1º, III, 196, *caput*, e 225, *caput*, da Constituição Federal, referidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Os argumentos sistemáticos de princípios levam à aplicação dos princípios na interpretação de uma disposição constitucional. Nos casos de colisões de direitos fundamentais, não se tem outra coisa senão uma colisão de princípios que somente pode ser resolvida mediante ponderação. Assim, os argumentos de princípios são decisivos⁸⁸¹. Os argumentos sistemáticos por analogia são importantes na interpretação constitucional,

⁸⁷⁶ Cf. STF, Recl. 5758, TP, j. 13/05/2009, DJ 07/08/2009.

⁸⁷⁷ Cf. STF, Ag. Reg. REExt. 596489, 2. T, j. 27/10/2009, DJ 20/11/2009.

⁸⁷⁸ Cf. STF, ADIn. 3769, TP, j. 19/09/2007, DJ 26/10/2007; STF, HC 92604, 2. T, 01/04/2008, DJ 05/04/2008.

⁸⁷⁹ Cf. STF, Ag. Reg. REExt. 393175, 2. T., j. 12/12/2006, DJ 02/02/2007.

⁸⁸⁰ Cf. STF, ADIn. 3540, T. P., j. 01/09/2005, DJ 03/02/2006.

servindo para o intérprete aplicar uma disposição constitucional para além do seu texto⁸⁸². Os argumentos sistemáticos prejudiciais dizem que se uma disposição constitucional já foi submetida a uma interpretação judicial, então ela deve ser interpretada em conformidade com a interpretação constitucional dada anteriormente⁸⁸³. Os argumentos sistemáticos históricos se referem à história da questão constitucional a ser solucionada e dizem que a história deve ser levada em conta como razão a favor ou contra uma determinada interpretação constitucional. Os argumentos sistemáticos comparativos são argumentos de interpretação que tomam em consideração as soluções de outros sistemas constitucionais para a interpretação das disposições constitucionais. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça podem ser rastreadas referências a formulações construídas originariamente no Direito alemão como, por exemplo, à cláusula da reserva do possível⁸⁸⁴, ao mínimo existencial⁸⁸⁵ e à proibição de proteção insuficiente⁸⁸⁶.

A relevância dos argumentos sistemáticos na interpretação constitucional pode ser confirmada pela interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) das normas jurídicas submetidas à jurisdição constitucional. Não por outra razão que a interpretação conforme a Constituição está assentada no princípio da unidade da ordem jurídica (*Einheit der Rechtsordnung*)⁸⁸⁷ e, com isso, da unidade da Constituição mesma⁸⁸⁸. A interpretação conforme a Constituição coloca a exigência de que uma norma jurídica não deve ser declarada nula se pode ser interpretada conforme a Constituição. Esse é o caso quando uma norma jurídica infraconstitucional admite uma interpretação compatível com a Constituição ou quando seu espaço semântico pode ser preenchido com auxílio de conteúdos das normas constitucionais. Com isso, as normas constitucionais servem para determinar o conteúdo material das normas infraconstitucionais⁸⁸⁹. Não por outra razão, então, interpretação conforme a Constituição é também interpretação das normas constitucionais⁸⁹⁰.

⁸⁸¹ Cf. STF, Ag. Reg. STA 118, TP, j. 12/12/2007, DJ 29/02/2008.

⁸⁸² Cf. STF, RHC 90376, 2. T, 03/04/2007, DJ 18/05/2007; STF, HC 82788, 2. T, j. 12/04/2005, DJ 02/06/2006; STF, ADIn. 199, TP, j. 22/04/1998, DJ 07/08/1998.

⁸⁸³ Cf. STF, Ag. Reg. Ag. Inst. 618986, 2. T, j. 13/05/2008, DJ 06/06/2008.

⁸⁸⁴ Cf. STF, ADIn. 3768, TP, j. 19/09/2007, DJ 25/10/2007; STJ, RMS. 28962, 1. T, j. 25/08/2009, DJ 03/09/2009; STJ, REsp. 811608, 1. T, j. 15/05/2007, DJ 04/06/2007.

⁸⁸⁵ Cf. STF, ADIn. 3768, TP, j. 19/09/2007, DJ 25/10/2007.

⁸⁸⁶ Cf. STF, REExt. 418376, TP, j. 09/02/2006, DJ 23/03/2007.

⁸⁸⁷ Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, S. 31, Rdn. 81; HESSE, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 72, número de margem 81.

⁸⁸⁸ Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, S. 27, Rdn. 71; HESSE, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 65, número de margem 71.

⁸⁸⁹ Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, S. 31, Rdn. 80; HESSE, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 71, número de margem 80.

⁸⁹⁰ Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, S. 33, Rdn. 85; HESSE, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha...*, p. 75, número de margem 85.

A interpretação conforme a Constituição é um caso de argumentação interpretativa sistemática também porque o intérprete não está autorizado a ir além das interpretações possíveis do dado autoritativamente, pois em caso contrário o controle de constitucionalidade exercido pela jurisdição constitucional avançaria sobre o espaço de conformação do legislador ordinário democraticamente legitimado. Assim, uma interpretação conforme a Constituição, mas contrária ao sentido unívoco da norma jurídica interpretada, não está autorizada. Aliás, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela impossibilidade de “conciliação hermenêutica” entre a Lei 5.250/67 – Lei de Imprensa – e a Constituição Federal, pela via da “interpretação conforme a Constituição”. Sobre isso, o Supremo Tribunal Federal diz que a “técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria”. A decisão acrescenta a impossibilidade de se apartar do conteúdo, dos fins e do viés semântico do texto interpretado⁸⁹¹.

Os argumentos práticos gerais também contam para a interpretação das normas constitucionais. Contudo, vale a regra R.8 que diz que os argumentos institucionais – argumentos linguísticos, argumentos genéticos e argumentos sistemáticos – prevalecem *prima facie* em relação aos argumentos práticos gerais⁸⁹². Com isso, uma interpretação constitucional formulada a partir do uso corrente da linguagem e das conexões sistemáticas da disposição constitucional interpretada com outras normas da Constituição, detém primazia *prima facie* sobre outra interpretação alternativa sustentada por argumentos práticos gerais. Quem pretende desconsiderar a primazia *prima facie* estabelecida deve estar disposto a suportar a carga da argumentação, conforme a regra da carga de prova R.9, que expressa a dimensão pragmática da fundamentação.

Os argumentos práticos gerais se interessam pelas consequências de uma determinada interpretação da disposição jurídica e se apóiam na ideia do bem e do justo. Além disso, argumentos práticos gerais também promovem a ideia de universalizabilidade. Como isso, os argumentos práticos gerais estão assentados nos fins racionais ou prescritos objetivamente no contexto do ordenamento constitucional. É que as disposições constitucionais dadas pelo legislador constitucional estão sempre lastreadas em razões que as justificam. Assim, quando for o caso de se interpretar uma determinada disposição constitucional, essas razões e suas implicações práticas não podem ser desprezadas. O

⁸⁹¹ Cf. STF, ADPF 130, TP, j. 30/04/2009, DJ. 06/11/2009

⁸⁹² Cf. ALEXY, *Juristische Interpretation...*, S. 90; ALEXY, *Interpretação jurídica...*, p. 74.

intérprete não pode deixar de considerar os valores objetivos que o legislador pretendia alcançar com a disposição constitucional dada.

Em razão disso, as consequências previsíveis de uma determinada interpretação dada pela jurisdição constitucional são relevantes. Consideradas todas as interpretações possíveis de uma norma constitucional, a decisão jurisdicional deve preferir àquela interpretação que levar às melhores consequências. A razão disso é que as decisões de aplicação de disposições constitucionais devem considerar as suas consequências esperadas⁸⁹³. Assim, uma determinada interpretação da disposição do art. 196, *caput*, da Constituição Federal, pode resultar na norma de que o direito à saúde não inclui a obrigação de o Estado suportar o pagamento de um procedimento cirúrgico no exterior ou de um determinado medicamento. Entre as razões para essa interpretação pode ser incluída a consequência de que a realização do procedimento cirúrgico ou o fornecimento do medicamento, pelo alto custo, implica comprometimento do orçamento estatal, reduzindo o atendimento de outras pessoas também titulares de posições fundamentais jurídicas do direito fundamental à saúde. Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a disposição do art. 6º da Constituição Federal, que reconhece o direito à saúde como direito fundamental social “deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação”, pois de “nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos”⁸⁹⁴. Além disso, é possível que uma decisão judicial, ao reconhecer uma posição fundamental jurídica definitiva do direito fundamental à saúde à prestação em sentido estrito de internação em favor de uma pessoa, implique, para outra pessoa, a consequência de que esta deve desocupar o leito onde se encontra, ante a absoluta inexistência de disponibilidade hospitalar.

Assim, na justificação da interpretação constitucional, como diz a regra *R.11*, devem ser levados em conta na ponderação todos os tipos de argumentos de interpretação possíveis, inclusive os argumentos práticos gerais.

2.3.2 A argumentação dogmática: as proposições da dogmática jurídica

A argumentação dogmática desempenha um papel importante na justificação das premissas das decisões judiciais de aplicação de normas jurídicas. A contribuição das

⁸⁹³ Cf. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, S. 331-332.

⁸⁹⁴ Cf. STJ, RMS. 28962, 1. T, j. 25/08/2009, DJ 03/09/2009.

proposições da dogmática jurídica, em alguns casos, é até mesmo decisiva para dizer o conteúdo de uma questão normativa concreta⁸⁹⁵ e, portanto, sobre o que está ordenado, proibido e permitido juridicamente. Por isso, Aarnio parece errar o alvo ao dizer que a importância da dogmática jurídica para a argumentação racional é relativamente reduzida⁸⁹⁶. Na verdade, as tarefas de sistematização e interpretação das normas jurídicas dadas autoritativamente detêm uma importância significativa para a argumentação jurídica, especialmente porque objetiva a racionalidade. O objetivo da dogmática jurídica é apresentar o Direito como um sistema coerente fundamentado por meio de razões gerais. Assim, negar o papel da dogmática na argumentação jurídica é o mesmo que rejeitar a racionalidade⁸⁹⁷. Segundo Peczenik, quatro fatores incrementam a posição da dogmática jurídica na argumentação jurídica. Em primeiro lugar, quanto maior o respeito dos juízes pela argumentação racional, maior o papel da dogmática jurídica. Em segundo lugar, quanto menor a velocidade da produção e alteração legislativa, mais tempo os intérpretes dispõem para elaborar melhores comentários para fins de auxiliar na interpretação e sistematização das disposições jurídicas. Em terceiro lugar, quanto maior o número de disposições jurídicas, de decisões dos juízes e dos tribunais e dos *travaux préparatoires*, maior a necessidade de sistematização e interpretação. Em quarto lugar, quanto menor o grau de estabilidade e coerência das fontes do Direito, maior a necessidade se recorrer ao material científico da dogmática jurídica⁸⁹⁸.

Em sentido amplo, a dogmática jurídica pode ser compreendida como a combinação de três atividades. A descrição do ordenamento jurídico, a sua análise conceitual e a apresentação de soluções para casos difíceis. Assim, a dogmática jurídica apresenta uma dimensão empírico-descritiva, outra analítico-lógica e outra prático-normativa, entre as quais podem ser estabelecidas numerosas relações. A descrição do ordenamento jurídico pressupõe um determinado instrumental conceitual. A sua análise lógica requer a sua descrição e sem a sua descrição e análise não é possível elaborar propostas de normas e de decisões. A ênfase para cada uma das três dimensões vai depender do centro de interesse do intérprete. Assim, por exemplo, quem escreve um comentário para práticos das lides forenses, antes de tudo, realiza a descrição das práticas dos tribunais, enquanto quem se propõe a investigar o conceito de declaração de vontade deve dar ênfase a questões analíticas⁸⁹⁹. Em sentido amplo, a

⁸⁹⁵ Cf. CACHAPUZ, *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro...*, p. 184.

⁸⁹⁶ Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 131.

⁸⁹⁷ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 295.

⁸⁹⁸ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 297.

⁸⁹⁹ Cf. ALEXYS, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 308-309.

dogmática jurídica significa descrição, explicação e justificação⁹⁰⁰. Em sentido estrito, a dogmática jurídica pode ser compreendida como uma atividade sistemático-conceitual que remete à dogmática como matemática social, cuja forma pura é a jurisprudência dos conceitos⁹⁰¹. Nesse sentido, a dogmática jurídica se resume a uma análise lógica dos conceitos e das normas jurídicas, à recondução desses conceitos a um sistema e à aplicação dos resultados na justificação das decisões judiciais⁹⁰².

Assim, se a dogmática jurídica for tomada em sentido amplo, todo o argumento empregado no discurso jurídico é um argumento dogmático e se a dogmática jurídica for tomada em sentido restrito, como resultado da análise lógica dos conceitos e das normas jurídicas, a sua contribuição para a justificação das proposições normativas seria reduzida. Por isso, segundo Alexy, a solução está em um conceito que cumpra as outras exigências. Em primeiro lugar, por dogmática jurídica se deve entender não uma atividade, mas um conjunto de proposições (*Sätzen*). Em segundo lugar, essas proposições se referem às normas jurídicas dadas autoritativamente e à aplicação dessas mesmas normas pelos juízes e tribunais. Essas proposições, assim, não se identificam com a simples descrição das normas jurídicas dadas autoritativamente ou da *ratio decidendi* das decisões judiciais. Em terceiro lugar, essas proposições formam um todo coerente, conforme os critérios de coerência. E quarto lugar, essas proposições são construídas, fundamentadas e revisadas no âmbito da ciência jurídica institucional. A dogmática jurídica está organizada institucionalmente de tal modo que as proposições, uma vez construídas, podem ser permanentemente rediscutidas e testadas, resultando mantidas ou rejeitadas. Por fim, as proposições apresentam um conteúdo normativo de tal modo que podem ser empregadas como argumentos para a definição de questões respondidas apenas por argumentos empíricos⁹⁰³.

As proposições da dogmática jurídica podem ser classificadas em várias classes, mas somente poucas são, aqui, destacadas.

No primeiro plano, estão as proposições que correspondem às definições dos conceitos jurídicos autênticos. Esses conceitos existem unicamente em razão das normas dadas autoritativamente. As definições de ato e de contrato administrativos somente têm sentido no contexto do ordenamento jurídico dado. Assim, também, as definições de licitação,

⁹⁰⁰ Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 20.

⁹⁰¹ Para uma síntese dos pontos centrais da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*) e da genealógica dos conceitos (*Genealogie der Begriffe*) de Puchta, que concebeu a ciência jurídica como sistema lógico ao estilo de uma “pirâmide de conceitos”, ver LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...*, S. 19-24.

⁹⁰² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 309-310.

⁹⁰³ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 314.

casamento e divórcio. Cuida-se de fatos institucionais e não apenas fatos. Por isso mesmo, as definições dos conceitos jurídicos autênticos apresentam conteúdo normativo⁹⁰⁴.

Outra classe de proposições da dogmática jurídica corresponde às definições de outros conceitos que aparecem nas normas jurídicas dadas autoritativamente⁹⁰⁵. As definições dos conceitos de “tratamento desumano”, “honra”, “intimidade”, “imagem”, “saúde” e “meio ambiente”, que estão, respectivamente, nas disposições dos arts. 5º, III, V, X, 196, *caput*, 225, *caput*, da Constituição Federal, não são genuinamente jurídicas, pois existem independentemente da positivação, mas configuram outra classe de proposições da dogmática jurídica. Uma exigência, contudo, é que essas proposições sejam discutidas, testadas e mantidas como dogmáticas no contexto da ciência jurídica institucionalmente organizada. Uma definição é uma proposição da dogmática jurídica se discutida e aceita no marco da ciência jurídica. Se esse não é o caso, cuida-se de uma simples interpretação da norma jurídica *ad hoc*. Contudo, uma interpretação jurídica inicialmente formulada, mas depois discutida, testada e consolidada na ciência jurídica, pode ser entendida como uma proposição da dogmática jurídica. Essa formulação vale também para a classe de proposições que expressam uma norma a não ser retirada da lei (*nicht dem Gesetz zu entnehmende*). Os conceitos de mínimo existencial e da reserva do possível são exemplos de proposições da dogmática jurídica. Cuida-se de uma proposição da dogmática jurídica se o caso é de uma proposição aceita ou discutida no marco da ciência jurídica, ainda que tenha sido usada, antes ou depois, pelos juízes e tribunais. Para que uma proposição seja considerada dogmática, não há necessidade de que a maioria dos juristas a considerem correta, bastando que ela seja considerada uma proposição dogmática. Apenas, a verificação empírica da opinião dos juristas é um dado para comprovar se o caso é de uma proposição dogmática⁹⁰⁶.

Essa formulação evita as objeções apresentadas por Aarnio em relação à importância das proposições da dogmática jurídica, que estão centradas na fraqueza do conceito de opinião dominante (*prevailing opinion*). A dificuldade colocada está em que é praticamente impossível indicar qual é a opinião dominante em relação a uma determinada interpretação jurídica individual, tanto em relação à identificação dos juristas representantes da opinião dominante como de seu próprio conteúdo. Por isso, então, o recurso à opinião dominante é mais um sentimento (*sense of feel*) ou intuição (*intuition*) para influir persuasivamente no destinatário do que uma escolha cuidadosa de critérios para dar conta de uma justificação

⁹⁰⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 315.

⁹⁰⁵ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 316.

⁹⁰⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 317-318.

racional⁹⁰⁷. Essa é uma questão realmente séria para a justificação das decisões judiciais, pois não poucas delas fazem referência à opinião dominante sem, contudo, apresentarem as razões pelas quais uma determinada proposição dogmática representa uma opinião dominante. Mesmo assim, referências à opinião dominante podem ser usadas para justificar intersubjetivamente proposições de interpretação jurídica e, assim, alcançar objetividade. Nesse caso, a opinião dominante atua como um mecanismo de controle, mostrando que a interpretação de uma disposição jurídica não pode ser resultado das próprias preferências subjetivas do intérprete. Outra alternativa é tomar a opinião dominante como uma interpretação de uma opinião geralmente aceita na comunidade jurídica, assim compreendida e integrada pelos participantes do sistema de justiça, pelos professores, conferencistas e juristas. De qualquer sorte, isso não escapa de ser apenas uma suposição do grau de aceitabilidade de determinada opinião da comunidade jurídica. Assim, a referência à opinião dominante somente é aceitável como argumentação racional quando está justificada empiricamente⁹⁰⁸.

Uma última classe de proposições da dogmática a ser destacada é constituída pelas formulações de princípios, que apresentam alto nível de generabilidade e não podem ser aplicados sem premissas normativas adicionais. Além disso, os princípios estão sujeitos a restrições exigidas por outros princípios⁹⁰⁹. Assim, por exemplo, as proposições da dogmática jurídica sobre o princípio da dignidade humana ou o princípio do Estado de Direito constitucional democrático.

Essa classificação, por si só, não é suficiente para uma configuração toda das proposições da dogmática jurídica, mas constitui um primeiro passo para a compreensão dos principais tipos de proposições jurídicas dogmáticas. Daí, então, deve-se olhar para a fundamentação e revisão das proposições dogmáticas. O que esta questão coloca diz respeito a como são justificadas as proposições da dogmática jurídica.

2.3.2.1 A fundamentação e a revisão das proposições dogmáticas

A questão da fundamentação (*Begründung*) e da revisão (*Überprüfung*) das proposições da dogmática jurídica diz com a justificação das proposições dogmáticas mesmas. As perguntas são como e qual é o tipo de conteúdo que serve à fundamentação das

⁹⁰⁷ Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 129-130.

⁹⁰⁸ Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 130-131.

⁹⁰⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 319.

proposições dogmáticas. Uma proposição p fundamenta uma proposição q quando q resulta logicamente de p – sozinho de p ou de p com outras premissas.

Na fundamentação das proposições dogmáticas, há casos nos quais o conjunto de proposições é constituído por proposições dogmáticas, proposições empíricas ou proposições formuladas a partir de disposições jurídicas dadas autoritativamente. Esses podem ser designados como casos de fundamentação dogmática pura (*reinen dogmatischen Begründung*). Além desses, há casos em que a fundamentação requer a adição de premissas normativas e a inclusão de proposições práticas gerais. Esses são os casos de fundamentação dogmática impura (*unreinen dogmatischen Begründung*)⁹¹⁰.

Uma questão que pode ser colocada é se somente proposições dogmáticas fundamentadas podem ser empregadas em um conjunto de premissas de justificação de uma decisão judicial concreta. Em caso de resposta positiva, proposições jurídicas não fundamentadas estariam excluídas. Contudo, segundo Alexy, duas razões servem para manter que também proposições dogmáticas não fundamentadas servem à justificação judicial. Em primeiro lugar, quando não há qualquer dúvida sobre a proposição dogmática, que está em conformidade com uma opinião dominante empiricamente verificada. Em segundo lugar, porque, até certo ponto, é racional o uso de proposições dogmáticas não fundamentadas. Nenhum investigador pode fundamentar todas as proposições dogmáticas em que se apóia para a discussão de seu caso, pois ninguém pode fundamentar tudo⁹¹¹.

A fundamentação das proposições dogmáticas não se dá por derivação lógica das normas jurídicas ou das proposições empíricas exclusivamente. Uma proposição dogmática q não resulta logicamente de uma proposição normativa dada autoritativamente p ou de uma proposição empírica p' exclusivamente. No primeiro caso, a proposição dogmática está desprovida de qualquer conteúdo normativo, pois se derivada logicamente das normas jurídicas em nada contribuiria para além do conteúdo antecipado autoritativamente. No segundo caso, se derivada exclusivamente de proposições empíricas, a proposição dogmática também estaria desprovida de qualquer conteúdo normativo. Por isso, então, são necessárias premissas adicionais derivadas de outras proposições dogmáticas e de proposições práticas gerais. Na fundamentação das proposições dogmáticas é possível que sejam usadas proposições dogmáticas, mas quando essas não são suficientes, deve-se recorrer às proposições práticas gerais⁹¹². A necessidade de se recorrer às proposições práticas gerais

⁹¹⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 320.

⁹¹¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 320.

⁹¹² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 321.

nasce do potencial esgotamento da cadeia de fundamentação de proposições dogmáticas. A proposição dogmática *pi*, que fundamenta a proposição dogmática *p*, é fundamentada pela proposição dogmática *p_{ii}*. Esta, por sua vez, é fundamentada pela proposição dogmática *p_{iii}* e, assim, até *pn*. Como não é possível que sempre novas proposições dogmáticas estejam disponíveis ao infinito, a alternativa está em se recorrer às proposições práticas gerais.

A revisão de uma proposição dogmática é o seu exame de aceitabilidade. Segundo Alexy, cuida-se de um exame sistemático porque diz com a relação entre a proposição examinada e todas as outras proposições do sistema jurídico. Essa revisão sistemática pode ser em sentido restrito e em sentido amplo. A revisão sistemática em sentido restrito se refere à relação lógica entre a proposição dogmática examinada, de um lado, e, de outro lado, todas as outras proposições dogmáticas e as normas jurídicas dadas autoritativamente. O mais importante da revisão sistemática em sentido restrito é verificar se a proposição dogmática examinada se encaixa, sem contradições, no conjunto das proposições dogmáticas já aceitas e das normas jurídicas do sistema jurídico. Uma contradição pode apontar tanto para a rejeição da proposição dogmática examinada como também da proposição dogmática anteriormente aceita. Portanto, é possível que as proposições dogmáticas já aceitas sejam abandonadas em favor das proposições dogmáticas que estão sendo examinadas, conforme as razões práticas gerais⁹¹³. A revisão sistemática em sentido amplo se refere à relação, segundo proposições práticas gerais, das proposições dogmáticas a fundamentar com a ajuda das proposições dogmáticas a examinar, com as proposições normativas concretas que se devem fundamentar com a ajuda do resto das proposições dogmáticas ou das normas jurídicas. Do que se trata é da revisão de se as proposições normativas concretas, que são justificáveis com a ajuda da proposição dogmática examinada, podem ser justificadas sob as regras do discurso prático geral, consideradas as proposições normativas concretas que são justificáveis com a ajuda de todas as outras proposições dogmáticas e das normas jurídicas dadas autoritativamente⁹¹⁴. Em outras palavras, na revisão sistemática em sentido amplo cuida-se da compatibilidade prático-geral das proposições normativas concretas a serem fundamentadas por intermédio das proposições dogmáticas.

Com isso, a revisão sistemática funciona como um controle de consistência (*Konsistenzkontrolle*) das proposições dogmáticas com um todo. Em sentido restrito, a revisão sistemática libera a dogmática de contradições de tal modo que as proposições dogmáticas e as normas jurídicas dadas autoritativamente sejam consistentes. Em sentido amplo, a revisão

⁹¹³ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 322.

⁹¹⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 323.

sistemática libera de contradições o sistema quanto à relação entre as proposições normativas singulares objeto de decisões judiciais tomadas com base em proposições dogmáticas e nas normas jurídicas com as outras proposições dogmáticas e normas jurídicas sob as regras do discurso prático geral⁹¹⁵. É que a aceitabilidade de uma proposição dogmática depende de uma justificação prática geral. Com isso, deve ficar claro que as proposições da dogmática são provisórias e refutáveis. Uma proposição dogmática se mantém enquanto razões podem ser apresentadas para cuidar de sua fundamentação e revisão. Daí, então, podem ser formuladas as seguintes regras: a regra *R.12* diz que cada proposição dogmática, caso posta em dúvida, deve ser fundamentada mediante o emprego de ao menos um argumento prático do tipo geral; a regra *R.13* diz que cada proposição dogmática deve passar por exame de revisão sistemática tanto em sentido restrito como em sentido amplo⁹¹⁶.

2.3.2.2 As funções da dogmática jurídica e a argumentação prática geral

A dependência das proposições dogmáticas da argumentação prática geral, pois a fundamentação e a revisão das proposições dogmáticas estão acessíveis pela via das proposições práticas gerais, coloca em dúvida até mesmo a própria necessidade da dogmática jurídica. Essa questão, contudo, pode ser respondida pela análise de duas das funções da dogmática jurídica como a função de estabilização (*stabilisierende Funktion*) e a função de descarga (*Entlastungs-Funktion*)⁹¹⁷.

As proposições da dogmática jurídica cumprem um papel central para a estabilização, segurança e previsibilidade do Direito. A razão para isso está no fato de que as proposições dogmáticas fixam e consolidam pontos de vista interpretativos e alternativas de soluções normativas por longo tempo. Com isso, as proposições dogmáticas contribuem para que as questões práticas concretas possam ser decididas em conformidade com o princípio da universabilidade e da regra formal de justiça. As proposições dogmáticas incrementam a possibilidade de que questões práticas iguais sejam solucionadas do mesmo modo. Além disso, as proposições dogmáticas são importantes para reduzir o desperdício de tempo e recursos com controvérsias desatualizadas e superadas. Nesse sentido, por exemplo, a proposição de que a coisa julgada é a imutabilidade do comando e não um efeito ou a

⁹¹⁵ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 323.

⁹¹⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 325.

⁹¹⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 326. Sobre as outras funções da dogmática jurídica, como a função de progresso, a função técnica, a função de controle e a função heurística, ver ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 328-332.

qualidade da imutabilidade dos efeitos da sentença judicial. Essa proposição dogmática, fixada longamente nas discussões institucionalmente organizadas do processo civil, serve para conduzir as soluções de todas as discussões práticas em que necessária uma compreensão sobre a coisa julgada.

A estabilização alcançada pela dogmática jurídica não deve ser entendida como o estabelecimento de dogmas irrefutáveis e definitivos para sempre. Ao contrário, uma proposição dogmática mesmo fundamentada e revisada pode ser rejeitada a qualquer tempo, desde que sejam apresentadas boas razões em desfavor de sua manutenção. Apenas, aquele que pretender apresentar uma nova proposição dogmática e, com isso, a rejeição da proposição dogmática até então mantida, deve suportar a carga da argumentação⁹¹⁸. As proposições dogmáticas da coisa julgada bem indicam que ela, antes, era entendida como um efeito da sentença judicial. Posteriormente, essa proposição dogmática foi rejeitada, sobrevivendo o entendimento de que a coisa julgada é a qualidade da imutabilidade dos efeitos da sentença. Mais recentemente, essa proposição dogmática foi revisada, formulando-se a proposição de que a coisa julgada é a imutabilidade de que se reveste o comando da sentença. A razão central desta última proposição dogmática é que os efeitos da sentença judicial podem ser modificados pelos próprios interessados, a despeito da coisa julgada. Assim, os efeitos da sentença judicial podem ser modificados e o seu comando não. Daí, então, a mais recente proposição dogmática sobre a matéria é a de que a coisa julgada é a imutabilidade do comando da sentença judicial. Aliás, a chamada relativização da coisa julgada é outro exemplo de que as proposições dogmáticas não são dogmas irrefutáveis. Em passado não muito distante, mantinha-se a proposição dogmática no sentido de que a sentença judicial coberta pela autoridade da coisa julgada era absolutamente inatacável, não restando alternativa senão o seu cumprimento, independentemente de sua correção. A favor dessa proposição, jogava a segurança jurídica. Mais recentemente, essa proposição foi revisada para admitir, nos casos de sentenças judiciais violadoras do princípio da dignidade humana ou extremamente injustas, a desconstituição do provimento jurisdicional para além dos casos taxativos da ação rescisória. As razões que jogam a favor dessa proposição dogmática são as de que o princípio da segurança jurídica não é absoluto e tampouco detém uma precedência incondicionada sobre os demais princípios, devendo, um caso de colisão, ser resolvido pela ponderação dos princípios em colisão.

⁹¹⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 327.

As proposições da dogmática desempenham um papel importante para otimização e racionalidade na aplicação das normas jurídicas. As questões já resolvidas e que não mais suscitam dúvida na dogmática jurídica, constituem pontos de partida sobre os quais não deve ser iniciada uma nova discussão. Com isso, as proposições dogmáticas fundamentadas e revisadas, até que sejam colocadas em dúvida por intermédio de razões sérias, descarregam a justificação das decisões judiciais de discussões desnecessárias. Assim, as proposições dogmáticas liberam o discurso jurídico para o jogo argumentativo a respeito das matérias sobre as quais ainda não se alcançou o convencimento e aceitabilidade. Segundo Alexy, a função de descarga da dogmática jurídica não é somente importante para a atividade dos juízes e tribunais, mas também para as discussões científicas. Não se pode pretender discutir tudo de novo a cada caso⁹¹⁹. As discussões não partem do ponto zero, mas de proposições dogmáticas fundamentadas e revisadas. No contexto do sistema de prestação jurisdicional, a disposição do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, uma “razoável duração do processo” e o fato de que os juízes e tribunais estão diante de um volume muito grande de processos, justifica-se que somente sejam discutidas questões a respeito das quais se tenha dúvida. Contudo, a contribuição da função de descarga da dogmática não deve ser superestimada⁹²⁰. Em primeiro lugar, porque na decisão de uma questão prática, muitas vezes, faz-se necessária a escolha entre proposições dogmáticas contrárias e essa deve ser fundamentada. Em segundo lugar, muitas proposições dogmáticas, embora fundamentadas e aceitas, são postas em dúvida, resultando rejeitadas. De qualquer modo, as proposições dogmáticas mais gerais, precisas e longamente aceitas, são menos questionadas, constituindo elementos importantes para o papel de descarga desenvolvido pela dogmática jurídica.

A importância da dogmática jurídica é que ela pode alcançar resultados que não podem ser produzidos tão somente pela argumentação prática geral. Assim, por exemplo, a contribuição da dogmática para a concretização do princípio da universabilidade por intermédio da função de estabilização e de controle de consistência, o que caracteriza o cumprimento de exigências da razão prática geral. Com isso, então, a dogmática jurídica é uma atividade racional⁹²¹. Contudo, esse caráter desaparece completamente quando as proposições dogmáticas são empregadas para encobrir as verdadeiras razões de uma decisão judicial ou quando elas são usadas para sustentar decisões subjetivas. É que as proposições

⁹¹⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 329.

⁹²⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 330.

⁹²¹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 333.

dogmáticas podem ser usadas tanto em uma atividade racional como em uma atividade persuasiva ou enganadora. Essa situação somente pode ser controlada se a dogmática jurídica não perder sua relação com a argumentação prática geral⁹²². Igualmente, a associação entre a dogmática jurídica e a argumentação prática geral se coloca na revisão sistemática impura, quando proposições práticas gerais são necessárias. Assim, a dogmática jurídica é uma exigência do discurso, de tal modo que deve ser formulada a regra *R.14* que diz que quando são possíveis argumentos dogmáticos, eles devem ser usados⁹²³.

2.3.3 A argumentação pelo uso dos precedentes da jurisprudência

Os precedentes da jurisprudência desempenham um papel central na argumentação jurídica. Uma decisão judicial que aspira coerência e racionalidade e, com isso, satisfação da pretensão de correção, não pode desprezar o conjunto das decisões anteriormente dadas pelos tribunais. O ordenamento jurídico como um todo sistematicamente organizado exige que as manifestações dos tribunais sobre uma mesma matéria sejam levadas em conta sob pena de violação ao princípio da universabilidade e da regra formal de justiça. Casos idênticos em seus aspectos relevantes devem receber a mesma solução⁹²⁴. Além dessas razões, os precedentes da jurisprudência incrementam a estabilidade, a previsibilidade, a imparcialidade e a descarga do sistema jurídico. Se os casos iguais são decididos do mesmo modo, a aplicação das normas jurídicas pelos juízes ganha em estabilidade e as consequências das relações jurídicas normalmente estabelecidas pelos participantes do sistema são conhecidas com mais precisão e previsibilidade⁹²⁵. Desse modo, o sistema jurídico como um todo ganha em segurança e confiança⁹²⁶. O uso dos precedentes da jurisprudência contribui para a imparcialidade do sistema na medida em que faz com que as normas jurídicas sejam aplicadas do mesmo para todos, realizando uma mesma justiça para todos (*the same justice to everyone*), independente das partes e do juiz⁹²⁷. Igualmente, levar em conta os precedentes da jurisprudência descarrega o sistema ao tornar desnecessário que os juízes realizem novo

⁹²² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 334; CACHAPUZ, *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro...*, p. 182-182.

⁹²³ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 334.

⁹²⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 335-336; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 143.

⁹²⁵ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 272.

⁹²⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 338; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...*, S. 429; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, S. 258-259.

⁹²⁷ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 143.

esforço argumentativo sobre as mesmas questões. Segundo MacCormick, uma vez decidida uma questão jurídica em criteriosa análise, ela deve ser entendida como resolvida de uma vez por todas, salvo se forem apresentados argumentos que justifiquem um reexame da matéria e a modificação das proposições normativas até então adotadas⁹²⁸. Portanto, ainda que possa ser negado que os precedentes da jurisprudência constituem fonte formal do Direito da família romano-germânica⁹²⁹, a força que decisões dos tribunais exercem na justificação das decisões judiciais é altamente significativa.

Existem dois modos de usar os precedentes como fontes argumentativas. A doutrina do precedente estritamente vinculante (*doctrine of strictly binding precedent*) e a doutrina do precedente argumentativo (*doctrine of persuasive precedent*). No sistema jurídico que adota a doutrina do precedente vinculante, cada decisão de cada tribunal vincula outro tribunal de igual hierarquia ou de hierarquia inferior e os juízes⁹³⁰. No sistema jurídico que adota a doutrina do precedente argumentativo, os tribunais e os juízes devem atribuir peso argumentativo maior ou menor em favor das razões de justificação das decisões dos tribunais de mesmo nível ou nível superior. Nesse caso, os precedentes da jurisprudência detêm peso argumentativo forte *prima facie* em favor das razões da justificação das decisões judiciais anteriores da jurisprudência. É que os precedentes da jurisprudência, de qualquer sorte e por si só, já detêm uma vinculatividade presumida (*präsumtive Verbindlichkeit*)⁹³¹.

O sistema jurídico brasileiro adota a doutrina do precedente estritamente vinculante e a doutrina do precedente argumentativo, configurando um sistema misto. A doutrina do precedente estritamente vinculante pode ser rastreada na disposição do art. 103-A, da Constituição Federal, que estabelece a obrigatoriedade de obediência à súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de reiteradas decisões sobre uma mesma matéria constitucional. Assim, os juízes e os tribunais estão obrigados, em suas decisões, à interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal por intermédio da súmula vinculante. Com isso, ao mesmo tempo em que se reduz a insegurança jurídica, alcançando-se estabilidade e previsibilidade quanto à aplicação das normas jurídicas constitucionais, incrementa-se a regra formal de justiça e o princípio da universabilidade. A decisão judicial que se afastar da interpretação dada na súmula vinculante corre o risco de ser cassada via reclamação constitucional. Além disso, a disposição do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, diz que deve ser negado seguimento ao recurso interposto em confronto com

⁹²⁸ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 143.

⁹²⁹ Cf. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...*, S. 430.

⁹³⁰ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 144-145.

súmula ou com jurisprudência dominante de tribunal, de tribunal superior ou do Supremo Tribunal Federal. Ainda, a disposição do art. 557, § 1º A, do Código de Processo Civil, estabelece que se a decisão judicial recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou com jurisprudência dominante de tribunal superior, deve ser dado provimento ao recurso. O que essas duas disposições tornam claro é que as decisões judiciais devem seguir as decisões judiciais anteriores reiteradas dos tribunais, dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal. Essas duas razões, caracterizadas na disposição constitucional e nas duas disposições processuais, bem evidenciam a função de descarga e de economia de esforço pelo uso dos precedentes da jurisprudência⁹³².

Em certa medida, no mesmo sentido, deve-se destacar a disposição do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, que diz que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Ao interpretar essa disposição, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as suas decisões, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de “eficácia contra todos” e “possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais”. Acrescentou, ainda, que o descumprimento, por quaisquer juízes ou tribunais, de decisões proferidas com efeito vinculante, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, autoriza a utilização da reclamação constitucional⁹³³. Além disso, a disposição do art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99, estabelece que a decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Essa normalização está inspirada em duas disposições da Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*). O § 31, al. 1ª, da Lei do Tribunal Constitucional Federal, diz que as decisões do Tribunal Constitucional Federal vinculam os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados, assim como todos os tribunais e autoridades. Nesse caso, a coisa julgada (*Rechtskraft*)⁹³⁴ das decisões do guarda da

⁹³¹ Cf. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, S. 243.

⁹³² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 338; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, S. 262; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 143.

⁹³³ Cf. STF, Recl. Ag. Reg. 2143, TP, j. 12/03/2003, DJ 06/06/2003.

⁹³⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 504.

Constituição consiste na vinculatividade de todos os órgãos constitucionais⁹³⁵, de todas as autoridades e tribunais, mas não das pessoas naturais e pessoas jurídicas. Evidentemente, porque a vinculatividade está colocada em conexão com a coisa julgada, as partes do processo, inclusive as naturais e privadas, estão vinculadas ao dispositivo da decisão⁹³⁶. Essa força jurídica da vinculatividade, contudo, somente se manifesta em relação aos processos com objeto idêntico⁹³⁷. Além disso, como observa Alexy, os efeitos vinculantes não afetam a própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão e, com isso, tampouco a argumentação da jurisdição constitucional em suas decisões judiciais⁹³⁸. O § 31, al. 2ª, da Lei do Tribunal Constitucional Federal diz que nos casos de controle abstrato de normas, de controle concreto de normas, de revisão de direito internacional público, de continuidade da vigência de direito como direito federal e de recurso constitucional, o Tribunal Constitucional Federal pode declarar uma lei compatível ou incompatível com a Lei Fundamental ou nula. Essa decisão, com base na disposição do art. 94, al. 2ª, fr. 1ª, tem força de lei, vincula todos e não somente os órgãos estatais⁹³⁹. Nesses casos, cuida-se da coisa julgada (*Rechtskraft*) das decisões do guarda da Constituição consubstanciada na decisão com força de lei (*Gesetzeskraft*)⁹⁴⁰, gerando uma vinculatividade universal⁹⁴¹. Entretanto, segundo Alexy, a força de lei, se vincula o guarda da Constituição, não vincula para além da própria força jurídica já existente⁹⁴². O que isso significa é que o próprio Tribunal Constitucional pode se desviar de sua própria jurisprudência⁹⁴³.

Ainda a respeito do uso vinculativo dos precedentes, coloca-se a questão sobre se os fundamentos da decisão vinculam. Aliás, a respeito disso vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o disposto no art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, entendeu que se justifica uma vinculatividade para além da “parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos

⁹³⁵ Cf. HECK, *Jurisdição constitucional...*, p. 73. Sobre a vinculatividade das decisões da jurisdição constitucional de reprovação de normas e a possibilidade de o legislador votar nova lei de conteúdo igual ou de conteúdo semelhante, ver HECK, *Jurisdição constitucional...*, p. 73-74. A respeito dessa questão, ainda, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a eficácia geral e o efeito vinculante da decisão proferida em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, somente atinge “os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão” (Cf. STF, Recl. Ag. Reg. 2617, TP, j. 23/02/2005, DJ 20/05/2005).

⁹³⁶ Cf. HECK, *Jurisdição constitucional...*, p. 71-72.

⁹³⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 504-505.

⁹³⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 505.

⁹³⁹ Cf. HECK, *Jurisdição constitucional...*, p. 79.

⁹⁴⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 504.

⁹⁴¹ Cf. HECK, *Jurisdição constitucional...*, p. 73.

⁹⁴² Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 505.

⁹⁴³ Cf. HECK, *Jurisdição constitucional...*, p. 73.

resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional”⁹⁴⁴. Essa decisão segue a uma decisão inicial do Tribunal Constitucional Federal alemão, que diz que os fundamentos apoiadores (*tragenden Gründe*) da decisão, na medida em que tratam da interpretação da Constituição e auxiliam também a interpretação do próprio dispositivo da decisão, vinculam todos os órgãos estatais e, portanto, todos os tribunais, conforme o disposto no § 31, al. 1ª, da Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão⁹⁴⁵. Assim, então, não apenas o dispositivo, mas também os fundamentos jurídicos apoiadores da decisão vinculam todos os juízes e tribunais. Contra essa jurisprudência, observa Heck, são apresentadas objeções, destacando-se a de que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão ainda não deixou claro quais são os fundamentos que devem ser considerados como apoiadores de uma decisão⁹⁴⁶.

Ao lado da doutrina do precedente estritamente vinculante ou da força jurídica do precedente, coloca-se a doutrina do precedente argumentativo ou da força prejudicial geral do precedente (*allgemeine präjudizielle Kraft*)⁹⁴⁷. Existem boas razões a favor do uso argumentativo dos precedentes da jurisprudência. Ainda que os juízes e tribunais decidam somente casos individuais, cabendo ao legislador democraticamente legitimado dar normas gerais, sob pena de violação ao princípio da divisão dos poderes⁹⁴⁸, a universabilidade, a regra formal de justiça, a estabilidade, a previsibilidade, a segurança jurídica, a coerência e a racionalidade que o uso dos precedentes da jurisprudência alcança para o sistema jurídico são decisivas. Por isso mesmo, os precedentes da jurisprudência ocupam posição central na justificação das decisões judiciais e, portanto, na argumentação jurídica.

Se boas são as razões que falam a favor do uso argumentativo dos precedentes da jurisprudência na justificação das decisões judiciais, a questão que se coloca imediatamente é como identificar o que conta como razões dos precedentes da jurisprudência.

⁹⁴⁴ Cf. STF, Recl. 1987, TP, j. 01/10/2003, DJ. 21/05/2004.

⁹⁴⁵ Cf. HECK, *Jurisdição constitucional...*, p. 76-78.

⁹⁴⁶ Cf. HECK, *Jurisdição constitucional...*, p. 75-76. Sobre outras críticas em relação à vinculação dos fundamentos apoiadores da decisão, ver HECK, *Jurisdição constitucional...*, p. 76-78.

⁹⁴⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 505.

⁹⁴⁸ Essas são razões normalmente apresentadas contra o uso extensivo dos precedentes da jurisprudência para a formulação de normas gerais (Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 274-275).

2.3.3.1 As razões dos precedentes da jurisprudência

O uso dos precedentes da jurisprudência na justificação das decisões judiciais pressupõe que as razões das decisões judiciais são razões para a justificação de decisões judiciais. É nessa condição de justificativas para decisões que as razões dos juízes e tribunais desempenham um papel normativo.

O uso dos precedentes da jurisprudência para justificar uma decisão judicial pressupõe a identificação e a aplicação da norma jurídica informadora das decisões judiciais anteriores⁹⁴⁹. Quando o juiz toma os precedentes da jurisprudência como razões para justificar a sua decisão judicial, cuida-se da aplicação de uma norma jurídica – a norma jurídica do caso já decidido, reiteradamente aplicada pelos outros juízes e tribunais. Essa é a *ratio decidendi* que detém efeito vinculante ou argumentativo forte em relação às decisões posteriores sobre casos semelhantes. Cuida-se de uma regra ou princípio decisivo para o caso julgado⁹⁵⁰, de tal modo que a decisão judicial seria outra diferente se outra fosse a sua *ratio decidendi*. É essa regra ou princípio que faz do precedente o modelo a ser generalizado para outros casos semelhantes em seus aspectos essenciais⁹⁵¹. Com isso, pode ser colocada a distinção entre a *ratio decidendi* e a *obter dicta*, assim entendidas as opiniões e comentários dos juízes que vão além do necessário para a justificação da decisão judicial. Os argumentos sobre princípios ou sobre avaliações de outros precedentes ou, ainda, sobre as consequências da decisão judicial, integram a classe da *obter dicta*⁹⁵². Segundo Marshal, o conceito de *obter dicta* pode ser relacionado às proposições usadas nas razões de uma decisão judicial: *i*) não relevantes para definição do caso que está sendo julgado ou para qualquer outro caso; *ii*) relevantes para a definição do caso que está sendo julgado, mas não necessariamente; *iii*) relevantes para uma questão colateral ao caso que está sendo julgado; *iv*) relevantes para a definição de questões importantes colocadas em outros casos. A importância da *obter dicta* depende da sua classificação em uma dessas quatro situações⁹⁵³. Quanto maior a importância do tribunal e maior atenção a questão discutida merecer no julgamento, maior a importância das

⁹⁴⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 340; MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory...*, p. 216.

⁹⁵⁰ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 145.

⁹⁵¹ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 273.

⁹⁵² Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 153.

⁹⁵³ Cf. MARSHAL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents*. Aldeshot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 515.

proposições configuradoras da *obter dicta*⁹⁵⁴. Um bom exemplo na jurisprudência do Reino Unido é dado pelos pronunciamentos sobre o *status* do Chefe de Polícia no caso *R. v. Metropolitan Police Commissioner, ex parte Blackburn*, normalmente citados em decisões posteriores, muito embora a questão decidida no caso tenha tido outro objeto. Outro exemplo da jurisprudência do Reino Unido é o caso *Liversidge v. Anderson*, no qual o voto divergente do Lord Atkins sobre o poder discricionário conferido aos Ministros de Estado constituiu importante referência para decisões posteriores⁹⁵⁵.

Uma questão que se coloca, contudo, é se existe uma *ratio* para ser encontrada em cada caso ou se a *ratio* é uma proposição jurídica de uma decisão jurídica anterior que deve ser levada em conta nos julgamentos seguintes. Nesse último caso, a *ratio* seria qualquer coisa que em julgamento anterior seja afirmado com autoridade. Sobre essa questão, MacCormick defende uma teoria relativamente estrita (*strict*) ou formalista (*formalistic*) no sentido de uma *ratio* fixa e determinada, pois as decisões judiciais sobre as disputas jurídicas devem estar assentadas em regras firmes e determinadas⁹⁵⁶. É certo que o juiz não deve formular proposições conclusivas sobre tudo o que for apresentado pelas partes, contudo deve necessariamente produzir proposições capazes de justificar a procedência ou improcedência das pretensões deduzidas pelas partes, salvo se a decisão sobre uma pretensão exclua logicamente outras pretensões. O que isso significa é que a decisão judicial deve enfrentar as pretensões aduzidas pelas partes, nisso compreendidas as questões de interpretação das disposições jurídicas, de classificação ou de avaliação dos fatos. Uma decisão desse tipo é tal que poderá ser colocada em termos de universalizáveis para outros casos semelhantes, mas permanecerá sempre aberta para justificação posterior quanto as suas consequências, consistência e coerência⁹⁵⁷.

Assim, uma *ratio* é uma justificação formal dada pelo juiz, suficiente (*sufficient*) para decidir as questões jurídicas suscitadas pelas partes e necessária (*necessary*) para a justificação da decisão judicial mesma. Em outras palavras, a *ratio decidendi* corresponde à proposição normativa explícita ou implicitamente dada pelo juiz para enfrentar os argumentos

⁹⁵⁴ Cf. MARSHAL, What is Binding in a Precedent..., p. 515; SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents*. Aldeshot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 384-385.

⁹⁵⁵ Cf. MARSHAL, What is Binding in a Precedent..., p. 515-516; *R. v. Metropolitan Police Commissioner, ex parte Blackburn* (1968) 2 Q. B. 118; *Liversidge v. Anderson* (1942) A. C. 206; *Rahimtoola v. Nizam Of Hyderabad* (1958), A. C. 379. Sobre a importância da *obter dicta* na jurisprudência do Estados Unidos da América, ver *Forster v. Naftalin* 246 Minn. 181, 74 N.W. 2d 249 (1956); *Noel v. Olds* 78 U.S. App. D.C. 155, 138 F 2d, 581-586 (1943).

⁹⁵⁶ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 146.

⁹⁵⁷ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 152-153.

formulados pelas partes e necessária para justificação da decisão judicial⁹⁵⁸. Nesse sentido, Alexy, referindo-se à jurisdição do Tribunal Constitucional Federal alemão, diz que de cada decisão pode ser retirada uma regra de decisão (*Entscheidungsregel*) concreta referida ao caso julgado, servindo como exemplo a regra da sentença Lebach: a repetição de uma informação desatualizada sobre a prática de um crime grave não deve ser autorizada se coloca em risco a ressocialização do autor⁹⁵⁹. A propósito, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da progressão de regime de réu condenado pela prática de crime hediondo pode ser retirada a seguinte regra de decisão: “a progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social”, de tal modo que contraria a garantia da individualização da pena da disposição do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado⁹⁶⁰. Essa regra de decisão, em razão do princípio da universalidade, foi utilizada para todos os casos semelhantes em seus aspectos essenciais⁹⁶¹.

Essa formulação, contudo, não significa que uma decisão judicial tenha necessariamente apenas uma *ratio*. É possível, principalmente nos julgamentos colegiados dos tribunais, que uma decisão seja fundamentada por várias *rationes*, pois diferentes juízes podem construir diferentes razões em favor de uma mesma decisão judicial concreta⁹⁶². Por isso mesmo, um bom método para a construção da *ratio decidendi* é observar um conjunto de precedentes por um razoável período de tempo⁹⁶³. Se a *ratio* são as razões necessárias para a justificação da decisão judicial e suficientes para decidir as questões jurídicas suscitadas pelas partes, além de universalizáveis, elas devem ser dadas conforme os critérios de coerência e de racionalidade do sistema jurídico como um todo.

O uso dos precedentes da jurisprudência para a justificação de uma decisão judicial pressupõe que o caso submetido ao juiz seja semelhante, em seus aspectos essenciais, aos casos anteriormente decididos cuja *ratio decidendi* ganhou autoridade de regra de decisão de aplicação universal. Se o caso concreto a ser decidido pelo juiz é semelhante, em seus

⁹⁵⁸ Cf. MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory...*, p. 215; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 153; PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 273. Sobre a regra do precedente, ver *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), In ZOLLER, Elisabeth. *Grands arrest de la Cour supreme des États-Unis*. Paris: Presses Universitaires de France, p. 1123-1156, 2000.

⁹⁵⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 506; BVerfGE 5, 202; SCHWABE, *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 486-493.

⁹⁶⁰ Cf. STF, HC 86928, TP, j. 10/03/2008, DJ 13/06/2008.

⁹⁶¹ Cf. STF, HC 922891, 2. T, j. 03/06/2008, DJ 06/03/2009; STF, HC 100277, 6.T, j. 20/10/2009, DJ 3/11/2009.

⁹⁶² Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 153-154.

⁹⁶³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 273.

aspectos essenciais, aos casos configuradores do precedente jurisprudencial, a sua *ratio decidendi* será as razões para justificação da decisão judicial concreta. Com isso, um conjunto de regras de decisão das decisões dos tribunais configura uma rede densa de normas jurídicas, pois cada decisão insere mais uma regra de decisão para integrar o conjunto total e, assim, incrementa a densidade e abrangência da rede mesma⁹⁶⁴. Isso não significa que a rede de normas jurídicas dada pelas regras de decisão dos tribunais, especialmente, do guarda da Constituição, forma uma barreira intransponível contra a mudança e o progresso exigidos por novas realidades e valorações. A favor disso, estão duas técnicas para o uso das regras de decisão dos precedentes da jurisprudência. A primeira é conhecida como a técnica da distinção (*distinguishing*) e corresponde a uma interpretação restrita da norma jurídica do precedente de tal modo que ela não seja aplicada ao caso que está sendo decidido. O juiz pode dizer que o fato que é submetido a julgamento apresenta uma circunstância fática que não estava presente nos precedentes da jurisprudência ou, ainda, aduzir razões fundamentadas em princípios ou outras razões práticas gerais. Nesse caso, o precedente é interpretado de modo tão restrito (*strict view*) que resulta distinto do caso concreto considerado pelo juiz⁹⁶⁵. É essa a hipótese quando um caso é completamente distinto e distinguível do outro⁹⁶⁶. Com isso, o caso concreto submetido ao juiz não é decidido com base no precedente, cuja norma jurídica poderá, contudo, ser considerada como razões para a justificação de outras decisões judiciais futuras. Diferente é a hipótese da técnica da recusa (*overruling*), que implica a rejeição da norma jurídica do precedente. Desse momento em diante, a norma jurídica do precedente até então considerado como tal perde sua condição de *ratio decidendi* para informar o julgamento dos casos semelhantes em seus aspectos essenciais. A questão importante é que tanto uma hipótese como a outra exigem justificação de tal modo que são necessárias razões jurídicas e razões práticas gerais⁹⁶⁷. O que deve ser bem compreendido é que, por mais densa que seja a rede das regras de decisão dos tribunais, sempre haverá possibilidade de que o caso submetido ao juiz apresente características novas configuradoras de razões para uma diferenciação e, assim, razões para a não aplicação de uma das regras de decisão já formulada. Além disso, segundo Alexy, a força da regra de decisão é apenas *prima facie*, de tal modo que uma regra de decisão pode ser deixada de lado se razões justificativas forem apresentadas⁹⁶⁸.

⁹⁶⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 507.

⁹⁶⁵ Cf. FRIEDRICH, Karl. *Constitutional Government and Democracy*. Waltham, Massachusetts: Blaisdell Publishing Company, 1968, p. 109.

⁹⁶⁶ Cf. MacCORMICK, *Legal Reasoning and Theory of Law...*, p. 219.

⁹⁶⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 340-341.

⁹⁶⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 507.

O uso dos precedentes da jurisprudência como razões para a justificação das decisões judiciais requer uma teoria adequada da justificação jurídica (*adequate theory of legal justification*)⁹⁶⁹. Os precedentes somente podem ser adequadamente utilizados para a justificação das decisões judiciais se as suas razões justificadoras são passíveis de uma identificação correta.

Uma teoria da justificação jurídica adequada somente pode ser alcançada com o conjunto de exigências colocadas pelas regras da justificação interna e da justificação externa. Ao lado delas, devem estar os critérios de coerência. Do que já foi antecipado⁹⁷⁰, deve ser destacada a importância da estrutura profunda alcançada pela análise da relação entre as premissas e a conclusão no conjunto todo das razões. Somente esse exame permite identificar inconsistências e saltos na relação entre premissas e a conclusão, seja entre os argumentos intermediários, seja no próprio argumento final, da cadeia total dos argumentos de justificação. Nessa análise, os critérios de coerência são decisivos para a aferição do grau de coerência da cadeia total do sistema argumentativo. Evidentemente, que as premissas devem ser justificadas conforme as exigências da regras da racionalidade discursiva, neste momento, discutidas. Dentre essas exigências, uma das mais importantes no que diz com o uso dos precedentes da jurisprudência para a justificação das decisões judiciais, é a que se refere à universalização das razões. Uma justificação judicial deve satisfazer a regra R.2.2 que diz que a decisão judicial deve seguir logicamente, pelo menos, de uma norma universal juntamente com outras proposições. O significado dessa exigência é o de que a *ratio decidendi* possa ser universalizada para alcançar todas as pessoas que se encaixam nas mesmas qualificações das partes e que estejam envolvidas em circunstâncias semelhantes às das partes. Quaisquer que sejam as razões escolhidas, pois o juiz pode aceitar e fazer suas as razões das partes, no todo ou em parte, assim como decidir a disputa jurídica usando razões diferentes, não trazidas pelas partes, o que importa é que elas não sejam *ad hoc* e tampouco *ad hominem*⁹⁷¹. Evidentemente, essa exigência de razões universalizáveis é não absoluta, pois o juiz não pode realizar prognoses definitivas para todas as situações da vida e tampouco as consequências das decisões do presente podem ser tidas como definitivamente satisfatórias no futuro. De qualquer sorte, mantidas as circunstâncias em seus elementos essenciais, as razões de uma decisão judicial devem ser passíveis de universalização. Segundo MacCormick, as exigências de justiça formal, que configuram boas razões para a observância dos precedentes da

⁹⁶⁹ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 144.

⁹⁷⁰ Cf. Cap. III, n. 2.1 e n. 2.2.

⁹⁷¹ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 148.

jurisprudência, estão voltadas tanto para o passado como para o futuro. Ao decidir uma disputa jurídica, o tribunal deve levar em conta tanto as decisões anteriores sobre casos semelhantes como também o fato de que os casos futuros também sejam decididos do mesmo modo. A regra de justiça formal impõe o dever de tratar casos semelhantes do mesmo modo, o que implica também o dever de que os casos sejam decididos de tal modo que os seus fundamentos possam ser usados para decidir casos semelhantes no futuro. Assim, o juiz deve estar disposto se valer das mesmas razões para decidir os casos futuros semelhantes em seus aspectos essenciais⁹⁷².

O uso dos precedentes da jurisprudência para a justificação das decisões judiciais depende, então, da qualidade da justificação da decisão judicial que pretende considerar como precedente. Nem todas as justificações de decisões judiciais podem servir como razões para a justificação das decisões judiciais futuras. É caso, por exemplo, quando se trata de argumentação para o caso particular, não passível de universalização para casos futuros semelhantes. A qualidade da justificação de uma decisão judicial pode ser aferida conforme ela se encaixa em uma das seguintes classes, conforme o catálogo formulado por Peczenik a partir do grau de generabilidade e de extensão das razões de argumentação da decisão judicial: *i*) pseudo-justificação; *ii*) método de subsunção simples; *iii*) método proposição-fato; *iv*) método dialogado; *v*) método da subsunção sofisticada.

Uma pseudo-justificação (*pseudo-justification*) é tipo de justificação que não é geral e tampouco extensiva. Esse é o caso quando o juiz se limita simplesmente a dizer que uma das partes não é titular do direito afirmado ou que não lhe assiste razão. As razões são dadas de modo resumido ou lacônico que não se pode identificar exatamente qual é a sua *ratio decidendi*. Nesse caso, cuida-se de uma decisão judicial com baixo grau de coerência e, por isso mesmo, *prima facie* inaceitável⁹⁷³.

Uma justificação do método de subsunção simples (*simple subsumption method*) é do tipo geral, mas insuficientemente extensiva⁹⁷⁴. A proposição normativa concreta da decisão judicial é dada como uma consequência lógica da subsunção dos fatos à hipótese de uma norma jurídica universal. Esse método é insustentável *prima facie* nos casos difíceis, pois eles exigem interpretações e valorações que não podem ser obtidas sem o acréscimo de premissas adicionais. A aplicação da subsunção simples nos casos difíceis não se dá sem que premissas ocultas sejam empregadas ou saltos lógicos sejam realizados. O resultado é a subjetividade e

⁹⁷² Cf. MacCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory...*, p. 75.

⁹⁷³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 275.

⁹⁷⁴ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 276.

irracionalidade da decisão judicial. Mesmo nos casos fáceis esse método pode resultar inaceitável. Efetivamente, se uma norma jurídica diz que é nulo o casamento de pessoa casada e se *A*, casado *B*, casa também com *C*, este segundo casamento é nulo. A consequência jurídica dada na norma jurídica – nulidade do casamento – corresponde exatamente à proposição normativa concreta da decisão judicial. Contudo, da norma jurídica que estabelece o dever de alimentos entre cônjuges e do fato de que *A* é casado com *B* não se pode retirar a conclusão de que *A* deve pagar R\$ 500,00 (quinhentos reais) de alimentos para *B*. Nesse caso, o método da subsunção simples funciona apenas para a determinação da consequência de que o cônjuge que detém possibilidade deve pagar alimentos para o cônjuge que detém necessidade. Além disso, a subsunção simples não alcança. As razões pelas quais um cônjuge pode prestar alimentos e outro necessita de alimentos devem ser dadas. Igualmente, devem ser dadas as razões para a fixação do valor dos alimentos a serem prestados. O que falta ao método da subsunção simples é exatamente a explicitação da cadeia completa das razões. Somente com isso os critérios de coerência e as regras da justificação interna serão cumpridos.

A justificação do método proposição-fato (*fact-stating method*) apresenta o problema de ser insuficientemente geral. Não lhe falta extensão, mas universabilidade. Cuida-se de um tipo de justificação centrado nos fatos, mas não em normas ou juízos de valor. Com isso, quem a examina, deve descobrir por si mesmo as normas jurídicas, os juízos valorativos e todas as suas premissas. Esse método não é aceitável *prima facie*, pois os critérios de coerência exigem uma numerosa e longa cadeia de justificação tanto do lado da extensão quanto da universabilidade⁹⁷⁵.

A justificação racional das decisões judiciais somente pode ser alcançada pelo método dialogado e o método da subsunção sofisticada, pois apenas eles cumprem as exigências de extensão e generabilidade. E somente uma geral e extensa justificação de uma decisão judicial é aceitável⁹⁷⁶.

A justificação dada pelo método dialogado (*dialogue method*) é plena de razões sobre as normas jurídicas, os fatos e os juízos de valor⁹⁷⁷. O essencial é que cada dúvida suscitada sobre a interpretação das normas jurídicas, verificação dos fatos, avaliação dos fatos, proposição da dogmática jurídica e precedente da jurisprudência seja objeto de intenso jogo argumentativo com apresentações de argumentos pró e contra uma determinada

⁹⁷⁵ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 276.

⁹⁷⁶ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 277.

⁹⁷⁷ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 276-277.

proposição. Esse método pressupõe o entendimento de que a argumentação jurídica é diálogo cujo resultado é produzir um equilíbrio reflexivo de razões⁹⁷⁸. O resultado de cada questão discutida será favorável à proposição suportada pelas razões de maior peso. Nesse sentido, Aarnio observa que o procedimento de justificação é essencialmente um diálogo de perguntas e respostas sobre a base do qual o juiz deve encontrar a combinação de argumentos necessária para a justificação. Uma justificação racional somente poderá ser alcançada se for resultado de um feixe completo e coerente de proposições⁹⁷⁹.

A justificação dada pelo método da subsunção sofisticada (*sophisticated subsumption method*) é plena de razões claras sobre as normas jurídicas, os fatos e os juízos de valores, apresentando argumentos favoráveis e contrários às diversas interpretações possíveis⁹⁸⁰. A diferença, em relação ao método anterior, está em que a proposição conclusiva é apresentada como uma conclusão lógica das razões que sobreviveram (“*survived*”) no diálogo⁹⁸¹. Nesse caso, os argumentos são apresentados de tal modo que configuram um conjunto consistente e altamente coerente de premissas linguisticamente corretas, do qual a conclusão segue logicamente. Normalmente, para isso, são exigidas premissas adicionais⁹⁸². Mesmo assim, não se deve superestimar o resultado da justificação, pois nos casos difíceis saltos talvez devam ser dados. Mesmo uma extensa e geral justificação não garante uma única resposta correta. Mesmo um conjunto altamente coerente de premissas pode apresentar premissas contestáveis⁹⁸³.

A questão que se coloca imediatamente é se os precedentes da jurisprudência podem cumprir essas exigências de justificação extensa e universal. Em outras palavras, cuida-se de saber se as razões de justificação das decisões judiciais devem ser obrigatoriamente extensas e universais. Em princípio, toda e qualquer justificação judicial deve ser dada por um conjunto de proposições tão extenso e geral quanto possível. Quanto maior a extensão e mais geral a cadeia argumentativa, melhor justificada a decisão judicial.

Contudo, nem sempre isso é possível, devendo-se aceitar justificações menos extensas e menos gerais. Nesse sentido, algumas razões podem ser destacadas. Em primeiro lugar, deve-se considerar que o juiz ao justificar uma decisão judicial muito dificilmente terá condições de antecipar todos os casos futuros que a *ratio de decidendi* de sua sentença poderá alcançar, principalmente no que diz com as suas consequências. Em segundo lugar, não se

⁹⁷⁸ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 107.

⁹⁷⁹ Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 187.

⁹⁸⁰ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 277.

⁹⁸¹ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 107 (entre aspas no original).

⁹⁸² Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 107.

pode esquecer o objetivo primeiro do juiz é decidir uma situação concreta da vida, alcançando às partes uma proposição normativa singular definitiva para a disputa jurídica. Em terceiro lugar, deve ser observado que nos tribunais, algumas vezes, as soluções são alcançadas pela via de um compromisso aceitável (*acceptable compromise*). Nesses casos de solução compromissária, somente uma justificação menos extensa e menos geral será possível. Por fim, não se pode esquecer que o juiz, considerado o número de casos que deve apreciar, não dispõe de tempo e tampouco de condições materiais para produzir uma geral e extensa justificação de suas decisões judiciais⁹⁸⁴.

O problema é que mais fortes razões apontam para a necessidade de justificação judicial extensa e geral. Em primeiro lugar, está a razão de que as decisões judiciais não podem pretender encontrar justificação e aceitabilidade pelo simples fato de que são dadas por uma autoridade investida de jurisdição. Na sociedade contemporânea, as partes não se limitam a obedecer as decisões judiciais pela exclusiva razão de que são dadas pelos juízes e tribunais investidos de poder, mas querem saber as razões pelas quais devem fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Em segundo lugar, em um Estado de Direito constitucional democrático, o princípio da divisão dos poderes coloca a exigência de que os juízes devem respeitar as normas jurídicas dadas autoritativamente pelos representantes do povo. Então, nos casos difíceis, uma justificação extensa e geral é necessária para que os juízes e tribunais cumpram essa exigência. Em terceiro lugar, uma justificação extensa e geral é necessária para que a decisão judicial possa ser intersubjetivamente controlada. Com isso, a decisão judicial ganha em objetividade e segurança jurídica.

Nesse sentido, observa MacCormick que os processos judiciais implicam para os juízes a responsabilidade pública de esclarecerem publicamente as decisões judiciais de tal sorte que as partes, os seus procuradores, a comunidade jurídica e a sociedade perante a qual prestam jurisdição, conheçam as razões pelas quais os juízes e tribunais decidem uma questão jurídica concreta de uma determinada maneira. Essa apresentação de razões de justificação como razões públicas é que faz a justiça imparcial, caracterizada pela universabilidade⁹⁸⁵.

⁹⁸³ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 278.

⁹⁸⁴ Cf. PECZENIK, *On Law and Reason...*, p. 278-279.

⁹⁸⁵ Cf. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 100.

2.3.3.2 A regra da carga de argumentação

As razões para a obrigatoriedade do uso dos precedentes da jurisprudência na justificação das decisões judiciais estão centradas no princípio da universabilidade e na regra formal de justiça⁹⁸⁶. Casos iguais em seus aspectos relevantes devem ser justificados pelas mesmas razões e, por isso, decididos do mesmo modo. Se os fatos e as normas jurídicas são as mesmas, então os casos são iguais e devem ser julgados de tal modo que as decisões judiciais produzam idênticas proposições normativas concretas. Essa formulação, contudo, não se apresenta absoluta. Se casos iguais devessem ser, sempre e independentemente de quaisquer outras circunstâncias, julgados do mesmo modo, então estariam proibidos o progresso da ciência jurídica e o desenvolvimento do Direito. É possível que os fatos sejam exatamente iguais em seus aspectos relevantes, mas se encontre justificação para que a decisão judicial anterior seja desprezada. Esse deve ser o caso quando outras são as circunstâncias valorativas do fato e de interpretação das normas jurídicas. Os valores e a visão de mundo dos tempos atuais são bem diferentes dos havidos no início do século passado. A alteração experimentada pela posição social da mulher é adequada para mostrar a correção das alterações valorativas na sociedade.

A questão da identificação de caso submetido ao juiz com outros já anteriormente decididos pelos tribunais reiteradamente remete para duas outras. Em primeiro lugar, para identificação total ou parcial em aspectos relevantes; em segundo lugar, para a carga da argumentação. Muito dificilmente, dois casos são exatamente iguais. Mesmo nas ações de massa, envolvendo direitos de consumidores titulares dos chamados direitos individuais homogêneos, podem ser achadas diferenças. Quem sabe a identificação mesma descanse unicamente no conteúdo essencial da relação jurídica material controvertida, pois as diferenças podem ir desde o valor devido a favor de cada titular de posição jurídica definitiva até as próprias partes envolvidas. Mais fácil, contudo, imaginar os casos idênticos em seus aspectos relevantes. Se os casos são semelhantes nesse sentido e não é levantada qualquer dúvida quanto a isso, então o juiz deve seguir os precedentes da jurisprudência. Mesmo nesse caso, contudo, o juiz não está desonerado de demonstrar que o caso que lhe é submetido a julgamento é semelhante em aspectos relevantes com os já decididos reiteradamente pelos tribunais. Se não é esse o caso, pois os casos não são iguais em seus aspectos relevantes, o

⁹⁸⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 335; MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 148-149.

juiz deve suportar a carga da argumentação, apresentando as razões indicativas das diferenças relevantes⁹⁸⁷.

É certo que o princípio da universabilidade e a regra formal de justiça exigem soluções idênticas para fatos idênticos, mas toda decisão coloca implicitamente a pretensão de correção. Em alguns casos, dada a alteração das circunstâncias valorativas, o princípio da universabilidade deve ser deixado de lado porque incompatível com o fato de que toda a decisão judicial coloca uma pretensão de correção. Uma exigência, contudo, é que o abandono dos precedentes da jurisprudência na justificação de uma decisão judicial deve ser suportado por boas razões. Como diz o princípio da inércia, uma decisão somente pode ser abandonada se puderem ser aduzidas razões suficientes (*raisons suffisantes*)⁹⁸⁸. Assim, aquele que pretender se afastar dos precedentes da jurisprudência deve suportar a carga da argumentação (*Argumentationlast*)⁹⁸⁹.

Nesse ponto, devem ser consideradas as regras da carga da argumentação (*Argumentationslastregeln*) do discurso prático geral, que cuidam exatamente da extensão e da distribuição da carga da argumentação no discurso⁹⁹⁰. Essas regras são procedimentais e materiais. A mais importante regra da classe das regras procedimentais consagra o princípio da inércia, dizendo que o afastamento de uma situação consolidada deve ser justificado. A mais importante da classe das regras materiais se refere ao princípio da universabilidade, dizendo que quem viola o princípio do tratamento igual de situações iguais deve justificar. Assim, em relação aos precedentes, diz que quem se deixa de referir uma prática dos tribunais (*court praxis*) deve justificar o seu procedimento⁹⁹¹.

Em resumo, a partir disso, podem ser formuladas duas regras gerais para o uso dos precedentes da jurisprudência na argumentação jurídica: a regra *R.15* diz que se um precedente pode ser citado a favor ou contra uma decisão judicial, ele deve ser citado; a regra *R.16* diz que quem desejar se afastar de um precedente deve suportar a carga da argumentação⁹⁹². Essas regras gerais deixam explícito que o juiz deve seguir os precedentes da jurisprudência, pena de violação ao princípio da universabilidade e da regra formal de justiça. Contudo, o juiz pode se afastar dos precedentes da jurisprudência se estiver disposto a apresentar razões suficientes, assumindo a carga da argumentação. Como existe forte

⁹⁸⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 337.

⁹⁸⁸ Cf. PERELMAN, Ch.; OLBRECHTS-TYTECA, L. *La Nouvelle Rhétorique. Traité de L'Argumentation...*, p. 142-143.

⁹⁸⁹ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 335;

⁹⁹⁰ Cf. Cap. II, n. 5.3.

⁹⁹¹ Cf. AARNIO, *The Rational as Reasonable...*, p. 203.

⁹⁹² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 339.

presunção (*strong presumption*) contra o afastamento do já antes decidido pelos tribunais, as razões devem ser fortes o suficiente para justificar o abandono dos precedentes da jurisprudência. Assim, quem pretender se afastar dos precedentes deve demonstrar que a nova decisão está acompanhada das melhores razões e encontra justificação mais coerente no contexto do desenvolvimento jurídico, sendo mais justa ou produz melhores consequências⁹⁹³.

Com isso, o uso dos precedentes da jurisprudência se mostra decisivo para a racionalidade da argumentação jurídica sem, contudo, implicar engessamento insuperável. Ainda que essa característica possa limitar um pouco sua contribuição para a previsibilidade, estabilidade e segurança da aplicação das normas jurídicas, principalmente nos casos das fórmulas abertas das decisões da jurisdição constitucional⁹⁹⁴, o central é que fica aberto o espaço para a atividade argumentativa. O uso dos precedentes da jurisprudência para a justificação das decisões de aplicação das normas jurídicas se converte em uma questão de argumentação, submetida às regras do discurso jurídico e as regras do discurso prático geral.

2.3.4 A argumentação prática: o uso das proposições práticas gerais

A argumentação prática geral desempenha um papel importante para a justificação racional das decisões judiciais e, assim, para a racionalidade da aplicação das normas jurídicas. A razão para isso é que a argumentação prática geral pode ser necessária para a justificação das premissas normativas exigidas para a saturação e completude dos diferentes argumentos da cadeia toda de justificação. Igualmente, a argumentação prática pode se fazer necessária para a justificação da escolha entre as diferentes formas de argumentos, como exigido pela regra R.7. Como já antecipado⁹⁹⁵, os argumentos práticos gerais são necessários para fundamentação sistemática em sentido amplo e para a revisão das proposições da dogmática jurídica.

Além disso, os argumentos práticos gerais são necessários para o uso dos precedentes da jurisprudência, especialmente no de uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* para não alcançar o caso que está sendo decidido concretamente pelo juiz ou para justificar a rejeição da *ratio decidendi* em favor de um novo conjunto de razões de justificação, igualmente extensivo e geral. Nesse caso, o uso de argumentos práticos gerais é decisivo para a discriminação dos casos e o estabelecimento da prevalência do caso que está sendo julgado

⁹⁹³ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 150.

⁹⁹⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, p. 508.

⁹⁹⁵ Cf. Cap. IV, n. 2.3.2.1.

sobre os anteriores. Por fim, os argumentos práticos gerais podem ser necessários para a justificação das premissas da justificação externa⁹⁹⁶.

Certamente, a utilização dos argumentos práticos gerais não é o único caminho para a saturação e completude dos argumentos da cadeia total de razões. Algumas vezes, essa saturação de premissas pode ser alcançada pelas proposições normativas dadas autoritativamente, proposições da dogmática jurídica ou proposições dos precedentes da jurisprudência. Nesses casos, então, os argumentos práticos gerais poderiam ser dispensados⁹⁹⁷. Contudo, essa solução é sempre incompleta e provisória. Os argumentos práticos gerais não podem ser definitivamente afastados da justificação das decisões judiciais. É que não há sempre as correspondentes proposições dogmáticas ou proposições dos precedentes da jurisprudência disponíveis para a saturação da cadeia argumentativa. Isso ocorre, por exemplo, quando são necessárias premissas adicionais porque das proposições normativas dadas autoritativamente, juntamente com as proposições empíricas, não se pode retirar uma justificação por implicação lógica. Na fundamentação dogmática impura, precisamente, coloca-se a exigência de premissas adicionais com conteúdo normativo fundamentadas na razão prática geral. Por isso mesmo, segundo Alexy, deve-se concluir que a argumentação prática geral constitui o fundamento da argumentação jurídica⁹⁹⁸.

As razões da argumentação prática geral que desempenham papel decisivo na argumentação jurídica são razões morais, éticas e pragmáticas. Como discutido antes⁹⁹⁹, o discurso prático geral não se identifica com o discurso moral no sentido da universalização, mas é integrado por argumentos éticos e argumentos pragmáticos. Segundo Alexy, o discurso prático geral requer a combinação de argumentos e razões morais, éticas e pragmáticas¹⁰⁰⁰, não apenas somados uns aos outros, mas inter-relacionados sistematicamente em uma unidade substancial da razão prática¹⁰⁰¹.

Assim, as proposições da argumentação prática geral colocam pretensão de correção moral, ética e pragmática. Os argumentos morais são aqueles que estabelecem a conexão necessária entre o Direito e os elementos da moralidade. Os argumentos pragmáticos dizem respeito à correção de ações fáticas, sendo analisados a partir da adequação dos meios aos fins em um determinado contexto cultural, conforme as exigências mínimas da racionalidade prática expressada pelas regras e formas que se referem às consequências (*rules and forms of*

⁹⁹⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 347.

⁹⁹⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 347.

⁹⁹⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 348.

⁹⁹⁹ Cf. Cap. IV, n. 1.1.

¹⁰⁰⁰ Cf. ALEXY, *The Special Case Thesis...*, p. 378.

argument that refer to consequences) e que dizem que os limites da realizabilidade (*limits of realisability*) devem ser levados em conta¹⁰⁰². Por seu lado, a correção dos argumentos éticos depende de se algo é bom de acordo com os valores individuais ou coletivos dados em um determinado contexto cultural particular¹⁰⁰³.

O conteúdo das proposições da argumentação prática geral pode ser mais bem compreendido pelo princípio da generalizabilidade ou da universalidade, que diz que uma norma é suscetível de generalização se as suas consequências diretas e indiretas podem ser aceitas por todos para a satisfação das necessidades de qualquer indivíduo. Em outras palavras, isso significa que as consequências de uma norma para a satisfação das necessidades de qualquer indivíduo devem poder ser aceitas por todos¹⁰⁰⁴. Com base nessa formulação, a regra de fundamentação do discurso prático geral *R.5.1.1* estabelece que quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve aceitar as consequências dessa mesma regra também no caso hipotético de que se encontre na mesma situação daquelas pessoas. Essa formulação é completada pela regra de fundamentação do discurso prático geral *R.5.1.2*, que diz que as consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um e de todos os indivíduos devem poder ser aceitas por todos¹⁰⁰⁵. O que isso significa é que cada um deve poder estar de acordo com cada regra, ou seja, cada um deve concordar com cada regra¹⁰⁰⁶.

Essas regras de fundamentação do discurso prático geral e que dizem respeito as proposições da argumentação prática destacam o papel das consequências das proposições normativas concretas na justificação das decisões judiciais. O que isso significa é que as consequências têm importância na justificação das decisões judiciais¹⁰⁰⁷. O juiz diante de duas proposições normativas concretas e que estabelecem cursos de ações fáticas diferentes não pode desprezar as consequências de uma ou de outra na justificação da escolha de uma delas. Deve-se destacar que a justificação de uma decisão judicial pressupõe razões universalizáveis que possam ser comparadas com outras razões também universalizáveis em termos de mérito. Entre os cursos de ações fáticas possíveis, o juiz deve escolher aquele que estiver acompanhado pelas melhores razões e para a definição de quais são as melhores as

¹⁰⁰¹ Cf. ALEXI, *The Special Case Thesis...*, p. 379.

¹⁰⁰² Cf. ALEXI, *Thirteen Replies...*, p. 354-355.

¹⁰⁰³ Cr. ALEXI, *Thirteen Replies...*, p. 355.

¹⁰⁰⁴ Cf. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 172.

¹⁰⁰⁵ Cf. Cap. II, n. 5.5.

¹⁰⁰⁶ Cf. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 173 e 252.

¹⁰⁰⁷ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 102.

consequências podem ser decisivas, inclusive para fins de aceitabilidade da proposição normativa concreta dada.

As consequências que o juiz deve tomar em conta para a justificação das decisões judiciais são as consequências como implicações de consequências jurídicas ou implicações lógicas (*logical implications*) das decisões judiciais¹⁰⁰⁸. Não é esse o caso das chamadas consequências comportamentais (*behavioural consequences*)¹⁰⁰⁹, pois elas estão sujeitas a prognoses demasiadamente abertas e incertas, de tal modo que não podem ser consideradas decisivamente para fins de justificação de uma decisão judicial. Contudo, não podem ser totalmente ignoradas quando acompanhadas de alguma plausibilidade de sucesso e relevantes em alguma medida para os diretamente interessados e sociedade em geral. Em algumas áreas, como o Direito tributário, as decisões judiciais são bastante relevantes para alteração do comportamento das pessoas de tal modo que os juízes e os tribunais não podem desprezar de todo as consequências de suas decisões em relação ao que as pessoas vão fazer ou deixar de fazer no futuro¹⁰¹⁰.

É que não se pode exigir do juiz que suas razões possam antecipar, com segurança, a respeito das consequências de sua decisão judicial em relação ao comportamento das pessoas. Assim, não se pode pretender que o juiz anteveja que alguém condenado a pagar uma indenização venha praticar suicídio ou homicídio contra a parte vencedora. Contudo, o juiz pode identificar como implicação lógica de sua decisão judicial que decretar a indisponibilidade dos bens de alguém implica a impossibilidade de que qualquer deles seja objeto de qualquer negócio jurídico de transmissão da propriedade e, com isso, severa intervenção no direito de propriedade e no direito fundamental de liberdade geral de atuação. Do mesmo modo, a decisão judicial em que juiz proíbe a circulação e comercialização de uma revista ou de um livro. Se o direito fundamental à vida privada pesa a favor da decisão judicial, o juiz não pode desprezar as consequências, por implicação lógica, de que os direitos fundamentais de livre manifestação de opinião e da livre iniciativa resultam intensamente restringidos pela decisão judicial que proíbe a circulação e comercialização da publicação.

Se a justificação judicial deve levar em conta as consequências da proposição normativa concreta dada na decisão judicial, a questão que se coloca imediatamente é a que se ocupa da avaliação dessas consequências. A aceitabilidade de uma decisão judicial depende de que as consequências da proposição normativa concreta estejam de acordo com os valores

¹⁰⁰⁸ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 106.

¹⁰⁰⁹ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 107.

¹⁰¹⁰ Cf. MacCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law...*, p. 110.

informadores da razão pública de uma determinada sociedade. O que isso significa é que as consequências jurídicas de uma decisão judicial devem passar por esse teste valorativo que, no Estado de Direito constitucional democrático, não é outro senão os direitos do homem universal positivados na Constituição. Um determinado curso de ação fixado por uma proposição normativa concreta de uma decisão judicial não passa nesse teste quanto atinge em essência a vida, a dignidade humana, a liberdade geral de atuação, a igualdade e o mínimo existencial.

Nos diversos campos do ordenamento jurídico, as consequências jurídicas das decisões judiciais devem prestar contas a determinados princípios. Assim, na responsabilidade civil, a justificação das decisões judiciais deve levar em conta o princípio da dignidade humana, a propriedade e a livre iniciativa. Não por outra razão é que um dos critérios geralmente aceito para a fixação da indenização por dano moral é a capacidade econômica daquele que deverá suportar o pagamento devido. Na responsabilidade contratual, as consequências das decisões judiciais não podem desprezar a liberdade geral de contratar, a proteção da boa-fé e da confiança. Na responsabilidade criminal, o juiz deve levar em conta tanto a ordem e a segurança públicas como também a integridade física e moral do condenado, como estabelece expressamente a disposição do art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. Aliás, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser inconstitucional o cumprimento da pena, por réu condenado pela prática de crime hediondo, em regime integralmente fechado com o argumento de que tal comprometeria o processo de ressocialização do apenado¹⁰¹¹. Como essa consequência jurídica não é desejável, pois não passa no teste dos princípios constitucionais, a solução não poderia ser outra que não a invalidade da regra jurídica que obrigava réu condenado pela prática de crime hediondo cumprir a pena em regime integralmente fechado. Ainda no âmbito da responsabilidade criminal, não deve passar no teste dos direitos fundamentais a decisão judicial que impõe ao condenado a obrigação de frequentar, semanalmente, a missa dominical celebrada na igreja católica local. Nesse caso, a consequência jurídica de o condenado se fazer presente em ato religioso cristão é inaceitável uma vez contrastada com o direito fundamental de liberdade geral de atuação e com o direito fundamental de liberdade religiosa. No Direito de família e da criança e do adolescente, as consequências das decisões judiciais, entre outros princípios, não pode desprezar a proteção integral da criança conforme a disposição do art. 227, *caput*, da Constituição Federal. Assim, ao escolher um curso de ação entre a realização do direito de visita de um dos pais e a

¹⁰¹¹ Cf. STF, HC 91618, 1. T, j. 19/08/2009, DJ 31/10/2009.

proteção integral da criança, o juiz deve preferir aquele melhor atender aos interesses da criança. Se a decisão judicial de assegurar direito de visita carregar consigo consequências nocivas ao bem-estar da criança, então essa medida deve ser desprezada em favor de outra.

Por fim, com relação ao conteúdo da argumentação prática geral, não se pode esquecer que a teoria do discurso somente conduz à necessidade discursiva, impossibilidade discursiva ou possibilidade discursiva. Alguns direitos fundamentais, como direito à vida, à integridade, à liberdade de crença e opinião, à igualdade de tratamento, entre outros, são discursivamente necessários e sua negação é discursivamente impossível. Igualmente, as regras do discurso excluem da possibilidade discursiva as pretensões fundamentalistas ou racistas. Com isso, decisões judiciais que implicam logicamente consequências jurídicas fundamentalistas ou discriminatórias pela raça, cor ou religião são discursivamente impossíveis. Quando o caso é de possibilidade discursiva, a exigência é de que não sejam violadas as regras do discurso¹⁰¹². Além disso, a argumentação prática encontra o seu limite.

¹⁰¹² Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 256.

IV – A PONDERAÇÃO RACIONAL

1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO

Se direitos fundamentais são princípios passíveis de colisões que se deixam solucionar pela ponderação e se a racionalidade das decisões judiciais depende da argumentação jurídica, então deve ser estabelecida a conexão entre argumentação e ponderação. O resultado é a ponderação racional justificada pela argumentação racional.

O significado da distinção entre regras e princípios resulta disto, que o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade resulta logicamente da definição de princípios. Por outro lado, a definição de princípios resulta logicamente do princípio da proporcionalidade¹⁰¹³. Assim, o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade e este implica àquele¹⁰¹⁴. A razão para isso é que o princípio da proporcionalidade está enraizado no Estado de Direito democrático constitucional e constitui a essência dos direitos fundamentais¹⁰¹⁵.

A ponderação está no princípio da proporcionalidade. É que o princípio da proporcionalidade se compõe de três princípios parciais: *i*) idoneidade; *ii*) necessidade; *iii*) proporcionalidade em sentido restrito. A ponderação é o princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Os três princípios parciais expressam uma ideia de otimização. A expressão “princípio”, empregada no conceito de princípio de proporcionalidade, não tem o significado de princípio como mandamento a ser otimizado, em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas e que admite ponderação, no sentido de uma teoria dos princípios. A idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido restrito não são ponderadas frente a algo diferente, mas sim satisfeitas ou não satisfeitas no caso concreto. O problema, portanto, não é de ponderação como ocorre com os princípios e sim de satisfação ou não satisfação como ocorre com as regras. A consequência da não satisfação de uma delas é

¹⁰¹³ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 132.

¹⁰¹⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 100, Fußnote 84.

¹⁰¹⁵ Cf. HECK, Luís Afonso. *Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 176.

a ilegalidade. Assim, os três princípios parciais da proporcionalidade devem ser classificados como regras (*als Regeln einzustufen*)¹⁰¹⁶.

Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade cuidam das possibilidades fáticas. O princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito se refere às possibilidades jurídicas, que são os princípios ou normas de direitos fundamentais em jogo na colisão. Os princípios parciais da idoneidade e da necessidade expressam mandamento a ser otimizado em relação às possibilidades fáticas e não tratam de ponderação, mas do modo de evitar “intervenções em direitos fundamentais que sem custos para outros princípios são evitáveis”. O campo da ponderação é o do princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito, que expressa mandamento de otimização em relação às possibilidades jurídicas¹⁰¹⁷.

2. O PRINCÍPIO PARCIAL DA IDONEIDADE

O princípio parcial da idoneidade indaga se a medida, que configura uma intervenção em um direito fundamental, promove o fim de realizar o outro direito fundamental ou bem jurídico coletivo protegido constitucionalmente. Se a medida de intervenção em um direito fundamental não promover a realização do outro direito fundamental, então, ela não estará justificada. Se a medida *M* não é idônea para a promoção ou obtenção do fim *F* exigido pelo princípio *P_j*, então a medida *M* não pode ser exigida por *P_j*, pois para a promoção do fim *F* dá igual utilizar ou não a medida *M*. Se, sob essas circunstâncias, a medida *M* intervém na realização de *P_i*, afetando negativamente suas posições fundamentais jurídicas *prima facie*, então ela está proibida¹⁰¹⁸. O que isso põe de manifesto é que toda a medida de intervenção nos direitos fundamentais coloca a exigência de que ela deve ser idônea para a realização de um fim constitucionalmente legítimo. Um fim é legítimo quando não está proibido de modo definitivo, explícita ou implicitamente, pela Constituição. Os direitos fundamentais somente podem suportar intervenções justificadas pela realização de

¹⁰¹⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 100. O emprego da terminologia “preceito da proporcionalidade” aparece em Heck, (Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais...*, p. 176). Conforme esclarecimento pessoal de Heck, nesse texto o termo “preceito” foi empregado exclusivamente para fins didáticos, pois o autor segue a ideia de Alexy. Ao cuidar da relação entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade, Alexy escreve “Prinzipientheorie” para se referir a primeira e “Verhältnismäßigkeitsgrundsatz” para mencionar o segundo. Assim, a expressão “princípio”, empregada em princípio da proporcionalidade, corresponde a “Grundsatz” (Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 100).

¹⁰¹⁷ Cf. ALEXY, *A fórmula peso...*, p. 132.

outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos protegidos pela Constituição¹⁰¹⁹. A intervenção na liberdade de iniciativa privada e atividade econômica, consistente na obrigação de as indústrias de cigarros colocarem advertência quanto aos riscos de fumar, é medida idônea para promover a saúde pública, bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido¹⁰²⁰. Do mesmo modo, a intervenção no direito à privacidade e intimidade de uma pessoa, consistente no recolhimento de material genético da placenta havida do nascimento de uma criança para fins de realização de perícia em investigação criminal destinada à apuração de crime de estupro, é meio idôneo para realizar o direito de proteção à honra dos agentes policiais e proteção dos bens jurídicos coletivos da moralidade administrativa, persecução penal pública e segurança pública¹⁰²¹.

Quando se cuida de uma intervenção legislativa em um direito fundamental, um aspecto prático do exame da idoneidade é a determinação do fim mediato e imediato da normalização infraconstitucional. O fim mediato é o que é exigido por outro direito fundamental ou proteção de bem jurídico coletivo constitucional. O fim imediato do legislador é o estado de coisas que se pretende alcançar¹⁰²². Essa formulação vale para qualquer medida estatal. Uma intervenção em um direito fundamental está proibida e, portanto, não justificada se o estado de coisas prognosticado pela medida não é diferente do que o estado de coisas atual. A medida estatal que proíbe o funcionamento das câmaras de bronzeamento artificial visa alterar o estado das coisas, buscando reduzir os casos de câncer relacionados à exposição de raios ultravioletas¹⁰²³. Exige-se, portanto, uma relação positiva entre a medida e o fim que pode ser tomado em uma perspectiva da: *i*) rapidez – uma medida pode cumprir com maior ou menor rapidez para a realização do fim; *ii*) realização do fim – uma medida pode contribuir para que se realizem mais ou menos aspectos relativos ao fim; *iii*) probabilidade – uma medida pode contribuir com maior ou menor segurança para alcançar o fim¹⁰²⁴. Uma versão forte dessa relação considera idônea apenas aquela medida que contribui com maior eficácia, rapidez e segurança a realização do fim. Uma versão fraca se contenta com uma relação

¹⁰¹⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 103.

¹⁰¹⁹ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 692-693.

¹⁰²⁰ Cf. BVerfGE 95, 173; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 649-655.

¹⁰²¹ Cf. STF, Recl. 2040, TP, j. 21/02/2002, DJ 27/06/2003.

¹⁰²² Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 715.

¹⁰²³ Cf. TRF4, SAT, 00017824420104047100, 2. VP, j. 22/01/2010, DE 05/02/2010.

¹⁰²⁴ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 720.

positiva de qualquer tipo, sendo suficiente que a medida alcance de algum modo a realização do fim com qualquer eficácia, rapidez, plenitude e segurança. Essa versão está de acordo com a definição negativa de idoneidade, segundo a qual uma medida não é idônea se não contribui em nada para a obtenção de sua finalidade. Além disso, está a favor do princípio democrático e da competência do legislador para conformar a Constituição. Se várias medidas são idôneas para alcançar o fim constitucional almejado, insere-se no espaço estrutural de decisão do legislador a escolha de uma delas¹⁰²⁵.

Se o princípio parcial da idoneidade expressa mandado a ser otimizado em relação às possibilidades fáticas, o vínculo causal entre a medida e o fim perseguido é empírico, devendo, por isso, constatar-se a partir de premissas empíricas, construídas com base nos conhecimentos gerais da sociedade e especializados da ciência. Cuida-se de verificação empírica a de que a advertência à população quanto aos riscos de fumar contribui para promover a saúde pública¹⁰²⁶. As regras da experiência dão conta de que uma publicidade tal propicia aos usuários uma maior conscientização sobre as consequências do cigarro e serve para inibir novos fumantes. Com isso, menos cigarros podem ser consumidos e menos pessoas, fumantes ativos e passivos, serão colhidos pelas consequências negativas à saúde. O resultado, diante dos males cientificamente comprovados do cigarro, é que menos pessoas terão problemas de saúde relacionados ao consumo de produtos de fumo.

Igualmente, cuida-se de comprovação sob base empírica a relação entre a medida de recolhimento de material genético na placenta de Gloria Trevi e o fim de promover a realização do direito de personalidade geral dos agentes policiais e proteção dos bens jurídicos coletivos da moralidade administrativa, persecução penal pública e segurança pública¹⁰²⁷. Trata-se de verificação causal empírica a de que o exame do material genético da placenta permite a realização de perícia necessária à constatação ou não da prática de crime de estupro das dependências da Polícia Federal por parte dos próprios agentes federais. Na medida em que todos os agentes forneceram material para realização da perícia e a mexicana Glória Trevi se negava a isso, a medida judicial consistente no recolhimento de material genético da placenta era idônea à consecução

¹⁰²⁵ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 723-724; CLÉRICO, Laura. *Die struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001, S. 38-39. Sobre a dogmática dos espaços, ver Cap. IV, n. 4.4.1.

¹⁰²⁶ Cf. BVerfGE 95, 173; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 649-655.

de tal fim. A questão da verificabilidade empírica entre a medida e o fim coloca a questão do prognóstico pressuposta na medida estatal quando a intervenção é decorrente de atuação conformadora da Constituição. A questão da idoneidade ou não da medida estatal para a promoção do fim deve ser aferida com base no conjunto de premissas empíricas fundadas nos conhecimentos científicos e nas convicções sociais existentes ao tempo da positivação autoritativa.

Uma medida legislativa não será idônea se já no momento de sua publicação, pelos conhecimentos e convicções existentes, era exigível ao legislador antever a sua ineficácia para contribuir para com a realização do fim. Essa questão coloca o tema da intensidade do exame da idoneidade da medida legislativa. A intensidade desse exame pode ser dada em três graus: *i*) controle de evidência, no qual a falta de idoneidade é reconhecida somente em casos evidentes, a partir de premissas empíricas com alto grau de certeza; *ii*) controle substancial intenso, no qual a carga de argumentação joga a favor dos direitos fundamentais e contra as medidas legislativas; *iii*) controle de intensidade intermediária, temperando os extremos¹⁰²⁸. O princípio da democracia e o princípio da divisão dos poderes são razões para justificar a opção pelo controle de evidência, resultando para o legislador amplo espaço de conformação constitucional. Salvo quando, a partir de premissas empíricas sólidas, o contrário for evidente, deve-se reconhecer ao legislador o espaço para decidir sobre a aptidão da medida legislativa para promover o fim¹⁰²⁹. Contudo, mais alto deve ser o grau de intensidade do exame da idoneidade quando a intervenção no direito fundamental não for decorrente de medida legislativa, mas de medida judicial nos casos de aplicação das normas jurídicas pelo juiz. A razão a favor disso é que no caso de aplicação das normas jurídicas, as circunstâncias da situação concreta submetida ao julgamento do juiz permitem precisar de uma maneira mais definitiva se a medida de intervenção no direito fundamental é ou não é idônea. O controle jurisdicional de intensidade da intervenção em grau mais alto se justifica porque o espaço de discricção do juiz é menor que espaço de verificação empírica do legislador¹⁰³⁰.

¹⁰²⁷ Cf. STF, Recl. 2040, TP, j. 21/02/2002, DJ 27/06/2003.

¹⁰²⁸ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 732.

¹⁰²⁹ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 733.

¹⁰³⁰ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 735.

3. O PRINCÍPIO PARCIAL DA NECESSIDADE

O princípio parcial da necessidade diz que se duas medidas idôneas, pelo menos, podem, igualmente, promover a realização de um direito fundamental P_j , deve ser escolhida aquela medida que menos intensamente intervém no outro direito fundamental P_i . O que isso significa é que, consideradas todas as medidas de intervenção igualmente idôneas para a realização do fim de um direito fundamental ou de um bem jurídico coletivo constitucional, deve ser escolhida aquela medida que menos intensamente intervém em outro direito fundamental.

Em uma formulação mais simples, quando estão em colisão apenas dois princípios, a escolha da medida mais benigna pode ser mais facilmente justificada. O Estado fundamenta a realização do fim F com o princípio P_j e existem, pelos menos, duas medidas igualmente idôneas para realizar o fim F . A medida M_2 afeta menos intensamente que a medida M_1 , ou simplesmente não afeta em nada, aquilo que exige outra norma de direito fundamental com o caráter de princípio P_i . Para P_j é irrelevante que se escolha M_1 ou M_2 , pois ambas são igualmente idôneas para realização do F . Contudo, para P_i a escolha de M_1 não é igual à de M_2 . O princípio P_i exige uma otimização quanto às possibilidades fáticas e jurídicas. Quanto em relação às possibilidades fáticas, P_i pode ser realizado em uma medida maior se a escolha recair em M_2 e não em M_1 , pois a primeira medida intervém menos intensamente do que a segunda no seu âmbito normativo de proteção ou no seu conjunto de posições jurídicas *prima facie*. Portanto, sob o ponto de vista das possibilidades fáticas, M_2 está permitido e M_1 proibido¹⁰³¹. Se tanto M_1 como M_2 impedem a realização de P_i , mas a medida M_2 afeta menos do que M_1 , tanto M_1 como M_2 não esgotam o âmbito de possibilidades fáticas para a realização de P_j , mesmo se se parte do fato de que M_1 e M_2 são as únicas medidas idôneas para a realização do fim F exigido por P_j . Do ponto de vista das possibilidades fáticas é possível uma maior satisfação para P_j , caso não se realize M_1 e M_2 . O princípio da necessidade fica no limite de apenas indicar M_2 à M_1 , pois a primeira afeta P_i menos do que a segunda. Nesse ponto é que se coloca a conexão entre a possibilidade fática e a possibilidade jurídica. A escolha de M_2 ou M_1 não é uma questão de necessidade, mas uma questão de ponderação entre P_j e P_i . Quando a medida

¹⁰³¹ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 102.

mais benigna também afeta a realização de P_j , ao princípio parcial da necessidade se deve adicionar o princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito¹⁰³².

Em uma formulação mais complexa, quando entram em jogo mais de dois princípios, o princípio parcial da necessidade revela seus limites. Esse é o caso se M_1 e M_2 são dois meios igualmente idôneos para a realização do fim F exigido por P_1 e M_2 intervém em P_2 menos do que M_1 , mas M_1 intervém em P_3 menos do que M_2 . Nesse caso, o princípio parcial da necessidade nada decide nestas três possibilidades: *i*) se a escolha recair em M_1 , prefere-se P_3 à P_2 e se realiza P_1 ; *ii*) se a escolha recair em M_2 , prefere-se P_2 à P_3 e se realiza P_1 ; *iii*) se não se escolhe nem M_1 e nem M_2 , prefere-se P_2 e P_3 , conjuntamente, frente à P_1 . Para se justificar uma dessas escolhas, devem ser apresentadas razões para preferir não intervir em P_3 por meio de M_2 conjuntamente com a realização de P_1 a intervir em P_2 por meio de M_1 . Do que se trata é da justificação de uma relação de precedência condicionada entre P_2 , por um lado, e P_2 e P_3 , por outro lado. A mesma questão se coloca quando estão em jogo direitos fundamentais de diversos titulares distintos¹⁰³³.

O exame do princípio parcial da necessidade é uma questão de comparação entre a medida escolhida ou a ser escolhida e outras medidas alternativas. No exame do princípio da idoneidade, diferentemente, a questão é de verificação da relação de causalidade empírica entre a medida e o fim a ser promovido. A análise comparativa deve responder se entre as medidas alternativas, não existe uma que, com o mesmo grau de idoneidade para alcançar o fim que a medida escolhida ou a ser escolhida promove, intervenha com intensidade de menor grau em outro ou em outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos em jogo na colisão. Essa formulação põe de manifesto que o exame do princípio parcial da necessidade requer a verificações de duas questões: *i*) a idoneidade equivalente ou maior das medidas alternativas para a promoção do fim imediato e *ii*) a escolha da medida com menor grau de intensidade de intervenção nos direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.

A primeira questão diz com a análise comparativa entre a medida alternativa e a medida escolhida ou a ser escolhida para promover o fim exigido por um direito fundamental. O desafio, portanto, está em aferir o grau intensidade das medidas alternativas. Novamente coloca-se o problema de verificação da intensidade a partir dos

¹⁰³² Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 103.

¹⁰³³ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 101.

critérios quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Uma medida alternativa deve promover a realização de P_j : *i*) pelo menos na mesma quantidade que a medida escolhida; *ii*) de modo igual ou melhor e *iii*) com a mesma ou maior probabilidade. Outra sugestão é considerar a idoneidade das medidas alternativas desde a *i*) perspectiva da eficácia – a medida alternativa deve ser tão ou mais eficaz que a medida escolhida ou a ser escolhida para a promoção do fim; *ii*) perspectiva temporal – desde que a medida alternativa seja tão ou mais rápida para a promoção do fim do que a medida escolhida ou a ser escolhida; *iii*) perspectiva da realização do fim – a medida alternativa promova o fim em tão ou mais aspectos relevantes quanto à medida escolhida ou a ser escolhida; perspectiva da probabilidade – a medida alternativa deve promover o fim com igual ou maior segurança que a medida escolhida ou a ser escolhida¹⁰³⁴.

Igualmente, aqui, coloca-se a questão do grau de intensidade do controle jurisdicional da análise comparativa das medidas alternativas e da medida escolhida ou a ser escolhida em relação idoneidade para a promoção do fim exigido para a realização um direito fundamental P_j . Quando se cuida de medida legislativa, em favor do princípio da democracia e da divisão dos poderes, a margem do espaço de conformação do legislador para a decisão é mais extensa, disso resultando um controle de menor intensidade pela jurisdição constitucional. Quando, contudo, o caso é de uma medida judicial ou administrativa adotada em favor da promoção de um fim exigido por um direito fundamental, o controle jurisdicional é maior. Como não poderia ser de outro modo, a verificação comparativa da idoneidade das medidas é de natureza tipicamente empírica com a diferença, apenas, de que as medidas alternativas somente podem ser avaliadas hipoteticamente quando se tratar do exame de uma medida de intervenção em direito fundamental concretizada por uma medida legislativa, administrativa ou judicial. Quando a análise do princípio parcial da necessidade está sendo realizada pela própria autoridade legislativa, administrativa ou judicial, o juízo todo da análise comparativa quanto à idoneidade das medidas consideradas para a realização do fim imediato exigido pelo direito fundamental é hipotético. Além disso, não se pode exigir que a análise do conjunto das medidas alternativas e da medida escolhida ou a ser escolhida seja sustentado por conhecimentos outros que não os gerais e científicos existentes no momento da medida interventiva. A questão da idoneidade equivalente ou maior das medidas alternativas em relação à medida escolhida ou a ser escolhida é somente um lado do princípio parcial da necessidade. A existência de uma determinada medida

¹⁰³⁴ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 741.

alternativa, que promove o fim exigido por um direito fundamental igual ou mais, melhor, mais rápido, com mais eficiência e maior segurança, por si só, não é o bastante para a medida examinada seja reprovada no teste do princípio parcial da necessidade.

O outro lado desse princípio parcial coloca a questão de que, pelo menos uma das medidas alternativas que passaram no primeiro filtro, intervenha com intensidade de menor grau no direito fundamental ou nos outros direitos fundamentais ou nos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, comparativamente a todas as outras. O objetivo é investigar se não existe, entre as medidas consideradas idôneas, uma que não restrinja posições fundamentais jurídicas *prima facie* de direitos fundamentais ou bem jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos ou, senão isso, que o faça em grau inferior que todas as outras.

Essa investigação, sob o ponto de vista empírico, deve buscar verificar a medida alternativa menos restritiva quanto à eficácia, rapidez, probabilidade e afetação do conteúdo das posições fundamentais jurídicas *prima facie* do objeto do direito fundamental ou dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos objeto da intervenção. Assim, se é o caso de existir uma medida alternativa que restringe negativamente com menor eficácia, menos tempo e menos probabilidade as posições fundamentais jurídicas *prima facie* do direito fundamental em colisão ou do bem jurídico coletivo, a medida legislativa, administrativa ou judicial escolhida não satisfaz o princípio parcial da necessidade. Quando todos os critérios falam a favor da medida alternativa e em contrário à medida escolhida, a conclusão é manifesta. Contudo, nem sempre as circunstâncias concretas do caso investigado autorizam determinar clara e definitivamente a medida menos invasiva. Nesses casos duvidosos, somente um diálogo de perguntas e respostas ou jogo de razões e contrarrazões que falem a favor e contra os pontos fortes e fracos de cada uma das medidas consideradas, suficientemente saturado, pode superar satisfatoriamente o desafio. De qualquer sorte, pode ser formulado que se a medida alternativa é menos intensamente restritiva apenas em um ou alguns dos critérios – eficácia, rapidez, probabilidade e afetação – a medida legislativa, administrativa ou judicial analisada satisfaz o princípio parcial da necessidade. Nesse caso, aqueles critérios que jogam a favor da medida alternativa devem ser remetidos quando do jogo das razões no exame da satisfação do princípio da proporcionalidade em sentido restrito¹⁰³⁵. Novamente, coloca-se a questão de que se o caso trata de uma análise comparativa de uma medida legislativa, o princípio da democracia e o da divisão

dos poderes são fortes razões que pesam a favor da satisfação do princípio parcial da necessidade. Por outro lado, quando se trata de discussão comparativa de medida administrativa ou judicial, o espaço discricionário do tomador da decisão é menor e mais intensamente se dá o controle jurisdicional.

Outra questão que se coloca na investigação da satisfação do princípio parcial da necessidade é verificação comparativa das medidas quanto à intensidade da intervenção do âmbito normativo das posições fundamentais jurídicas *prima facie* do direito fundamental ou do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido. A pertinência dessa questão está em que nem todas as posições fundamentais jurídicas *prima facie* ou dimensões dos bens jurídicos coletivos apresentam o mesmo grau de fundamentabilidade ou de significado¹⁰³⁶. A verificação da medida de menor intensidade interventiva tem um caráter analítico quando a fundamentabilidade está assentada na dogmática e, portanto, pertence à própria definição material do direito fundamental. No caso da norma penal que proíbe o aborto, a intervenção no direito fundamental da liberdade da mulher é mais intensa quando a proibição alcança todo o período da gestação e menos intensa quando a proibição não alcança os quatro primeiros meses. O âmbito normativo do direito fundamental é encolhido mais severamente no primeiro caso¹⁰³⁷. Do mesmo modo, a norma que proíbe a prática de cultos religiosos com poluição sonora a partir das 24h intervém menos severamente na liberdade de crença e de culto religioso do que a norma que fixa a proibição a partir das 21h. Por outro lado, a verificação tem um caráter normativo quando se trata de analisar a importância das posições fundamentais jurídicas *prima facie* ou das dimensões do bem jurídico coletivo em relação à medida interventiva. A norma penal que proíbe a prática do aborto com a pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos de reclusão é mais severa para o direito fundamental de liberdade da mulher do que a norma que comina ao mesmo crime a pena de multa de dez mil reais, sob o ponto de vista de que o direito de liberdade tem uma importância maior do que o direito de propriedade¹⁰³⁸. Se a investigação sobre a intensidade de intervenção no âmbito normativo das posições fundamentais jurídicas *prima facie* ou das dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido não indicar, com segurança, que uma das medidas alternativas é menos intensamente severa do que a medida legislativa, administrativa ou

¹⁰³⁵ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 748.

¹⁰³⁶ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 749.

¹⁰³⁷ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 749.

¹⁰³⁸ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 750.

judicial analisada, esta última deve ser considerada necessária, devendo-se dar por satisfeito o princípio parcial da necessidade. A incerteza define a favor da medida escolhida, devendo-se remeter ao exame do princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito os argumentos favoráveis às medidas alternativas consideradas.

Na investigação do princípio parcial da necessidade se coloca a questão da perspectiva exigível do tomador da decisão legislativa, administrativa ou judicial em relação ao desenvolvimento geral e científico. Não é razoável se exigir do tomador da medida que antevêja todas as medidas alternativas, razão pela qual a verificação do princípio parcial da necessidade deve ser realizada desde uma perspectiva *ex ante*. Isso configura uma espécie de blindagem de proteção e imunização contra o posterior surgimento de medidas alternativas produzidas pelo desenvolvimento social e científico¹⁰³⁹. Por essa razão, uma medida legislativa, administrativa ou judicial ainda satisfaz o princípio parcial da necessidade mesmo quando venham a surgir medidas alternativas menos restritivas das posições fundamentais jurídicas *prima facie* ou das dimensões dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.

Do mesmo modo do que na investigação da satisfação do princípio parcial da idoneidade, na investigação do princípio parcial da necessidade se coloca a discussão da intensidade do controle. Lá, como aqui, o controle deve ser o de evidência, principalmente quando se cuida do exame de medida legislativa. Nesse sentido, quanto mais intensa é a intervenção da medida estatal no direito fundamental P_i , maior deve ser o controle jurisdicional e melhores argumentos devem ser apresentados. Quando menos intensa a intervenção produzida pela medida legislativa, menor deve ser o controle jurisdicional, maior o espaço de conformação do legislador. Daí, segundo Bernal Pulido, uma medida legislativa somente deve ser declarada inconstitucional por não satisfação do princípio parcial da necessidade quando, de modo evidente, com base em premissas empíricas, analíticas e normativas certas, confirmar-se a existência de uma medida alternativa que intervenha com menor intensidade no âmbito normativo das posições fundamentais jurídicas ou das dimensões dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁹ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 754.

¹⁰⁴⁰ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 759.

4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO RESTRITO: A PONDERAÇÃO

O princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito é o lugar da ponderação e diz com cumprimento do mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas¹⁰⁴¹. Este princípio parcial se deixa formular como a primeira lei da ponderação ou lei da ponderação material e que diz: “quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”¹⁰⁴². Essa formulação pode ser dada igualmente deste modo: quanto maior o grau de intensidade da intervenção em um princípio P_i , maior deve ser o grau de importância da realização de outro princípio fundamental P_j . A verificação desses graus deve ser realizada em três passos: *i*) deve ser comprovado o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio – ou o grau de intensidade da intervenção ou restrição nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; *ii*) deve ser comprovada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário – ou o grau de importância dos fundamentos que justificam a intervenção nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; *iii*) deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro princípio – ou se a importância da realização das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outro direito fundamental¹⁰⁴³.

O resultado dessa operação é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. Um caso de colisão de direitos fundamentais resolvido pela ponderação resulta no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada conforme as circunstâncias concretas da situação particularmente tomada. A relação de precedência condicionada pode ser designada por **P** e as circunstâncias concretas da situação particular por **C**. Na decisão Lebach, caso de colisão entre a proteção da personalidade P_1 e a proteção da liberdade de informação P_2 , o Tribunal

¹⁰⁴¹ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 146.

¹⁰⁴² Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 146.

¹⁰⁴³ Cf. ALEXY, *A fórmula peso...*, p. 133.

Constitucional Federal alemão estabeleceu uma relação de precedência em favor de P_1 , condicionada à circunstância de que a repetição em rede de televisão de informações de fatos passados não mais atendia ao interesse de informação atual, afora impor risco ao processo de ressocialização do apenado que havia cumprido integralmente a sua pena C ¹⁰⁴⁴. Nesse caso, a decisão pressupõe que o grau de intensidade da intervenção em P_2 (I_i) está justificado pelo grau de importância da realização de P_1 (I_j), conforme as circunstâncias concretas da situação particular C . Segundo Alexy, a relação de preferência tem a forma $(P_1 \mathbf{P} P_2)C$ e resulta na regra de que C implica R . O que isso significa é que sob as condições C está ordenada definitivamente a consequência jurídica exigida por $P_1 - R$ ¹⁰⁴⁵. Na decisão Lebach, a precedência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade P_1 implica R , que proíbe a transmissão do documentário sobre os fatos e os detalhes da vida privada dos acusados condenados à prisão perpétua e daquele condenado que estava por ser posto em liberdade. Essa mesma estrutura metodológica vale para o caso de colisão de direitos fundamentais da decisão Gloria Trevi do Supremo Tribunal Federal. Na colisão entre o direito fundamental à intimidade P_1 da mexicana Gloria Trevi e o direito fundamental à proteção da honra P_2 dos agentes policiais federais, o Supremo Tribunal Federal, consideradas as circunstâncias da situação concreta C , estabeleceu a precedência de P_2 , disso resultando a regra R , que ordena a consequência jurídica do recolhimento de material genético originário da placenta para realização do exame pericial necessário¹⁰⁴⁶. A decisão pressupõe que o grau da intensidade da intervenção em P_1 (I_i) está justificado pelo grau da importância da realização de P_2 (I_j).

Com isso, as posições fundamentais jurídicas do direito fundamental que adquire primazia na relação de precedência condicionada, antes *prima facie*, ganham validade definitiva. Se o que se discute é a constitucionalidade de uma medida legislativa, em caso de o direito fundamental ganhar primazia em relação ao direito fundamental ou bem coletivo que fundamenta a medida mesma, esta deve ser declarada inconstitucional em razão da configuração de posição fundamental jurídica com validade definitiva. Caso a relação de precedência condicionada seja resolvida a favor do direito fundamental ou do bem coletivo que fundamenta a medida legislativa configuradora da intervenção, a medida mesma deve ser declarada conforme a Constituição.

¹⁰⁴⁴ Cf. BVerfGE 35, 202; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...* p. 486-494.

¹⁰⁴⁵ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 143.

¹⁰⁴⁶ Cf. STF, Recl. 2040, TP, j. 21/02/2002, DJ 27/06/2003.

As discussões em torno da ponderação apontam para as dificuldades quanto à verificação dos graus de intensidade da intervenção em um direito fundamental e de importância do cumprimento do outro direito fundamental em um caso de colisão de dois direitos fundamentais. No caso de uma publicação não autorizada de uma biografia que descreve acontecimentos e particularidades da vida pessoal de alguém com relativa notoriedade, tem-se colisão entre o direito fundamental à livre manifestação do pensamento e o direito fundamental à intimidade e vida privada. Conforme as circunstâncias do caso concreto, essa discussão pode envolver também o direito fundamental à liberdade da atividade econômica. Quando é o caso de colisão de um direito fundamental com um bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido e outros direitos fundamentais, a questão da verificação dos graus de intervenção e de importância se torna ainda mais complexa. Nesses casos, o grande desafio é saber se a atribuição dos graus de intervenção e de importância de realização se deixa dar de tal modo que seja possível um controle racionalmente intersubjetivo da ponderação e, portanto, do princípio da proporcionalidade como um todo. Além disso, discute-se se os juízes podem decidir legitimamente sobre graus de intensidade de intervenção e de importância de realização de direitos fundamentais sem comprometer os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente escolhido e da democracia.

As mais destacadas objeções à aplicação do princípio da proporcionalidade como critério para a solução dos casos de colisões de direitos fundamentais se referem à irracionalidade da ponderação e à ilegitimidade da jurisdição constitucional para aplicação da ponderação. A objeção da irracionalidade diz que a ponderação não é passível de controle intersubjetivamente racional. Argumenta-se que o recurso à ponderação autoriza que os juízes decidam com base nas suas próprias valorações e intuições morais. Sem um referencial jurídico e em nome da justiça do caso concreto, os juízes se valem da ponderação como recurso retórico para decisões particularistas e imprevisíveis. Com isso, perdem a generalidade e a segurança jurídica. A ponderação conduziria ao relativismo e ao decisionismo. Além disso, argumenta-se que ponderação implica a constitucionalização do ordenamento jurídico todo, resultando uma indevida expansão da jurisdição constitucional. Os princípios da democracia e da divisão dos poderes resultam severamente restringidos. Ao lado dessas objeções, argumenta-se que a identificação dos direitos fundamentais com princípios passíveis de ponderação significa enfraquecimento dos direitos fundamentais. É que os direitos fundamentais

perderiam a condição de *trumps*, rompendo-se o muro de fogo (*Brandmauer*)¹⁰⁴⁷ que representam. Se eles são passíveis de ponderação e, desse modo, de intervenção ou restrição em favor de outros direitos fundamentais ou de bens coletivos constitucionalmente protegidos, então, no fim das contas, o que significa ser titular de um direito fundamental?¹⁰⁴⁸

4.1 A IRRACIONALIDADE DA PONDERAÇÃO?

Argumenta-se que a ponderação é irracional e não pode ser controlada intersubjetivamente. Segundo Habermas, não existem critérios racionais para ponderar de tal sorte que a ponderação é irrefletida ou arbitrária, seguindo, apenas, ordens de precedência e padrões do costume. Na medida em que a jurisdição constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base para a prática de suas decisões, abre espaço para que elas sejam irracionais¹⁰⁴⁹. Se a Constituição deve ser compreendida como uma “ordem concreta de valores”, como sinalizado pela jurisprudência do Tribunal Constituição Federal alemão¹⁰⁵⁰, direitos fundamentais são colocados ao lado dos valores, aspirando à primazia em cada caso concreto. O problema é que os valores valem, caso a caso, conforme a ordem transitiva de valores e as normas devem sua validade a um teste de universalização. Por isso, as normas detêm maior justificação que os valores, pois apresentam uma obrigatoriedade geral em razão de seu sentido deontológico de validade¹⁰⁵¹. É correto que conteúdos teleológicos entram no Direito, mas o sistema de direitos é capaz de controlar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador pela primazia conferida a pontos de vista normativos. Aqueles que pretendem uma Constituição como uma ordem concreta de valores descuidam o seu caráter específico. Enquanto normas, os direitos fundamentais são normas de ação obrigatórias e não apenas preferências valorativas¹⁰⁵². Com a ponderação, a decisão judicial configura um julgamento de valor (*Werturteil*) dado de acordo a ordem concreta de valores articulada em uma determinada forma de vida.

¹⁰⁴⁷ Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, S. 315.

¹⁰⁴⁸ Cf. KUMM, Mattias. Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 131. Ver DWORKIN, Ronald. What Rights do we have? In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 266-278.

¹⁰⁴⁹ Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, S. 315.

¹⁰⁵⁰ Cf. BVerfGE 7, 198; SCHWABE, *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 381-394.

¹⁰⁵¹ Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung...*, S. 315.

Com isso, a decisão judicial é retirada do âmbito do Direito e, assim, do correto e do falso. A ponderação faz desaparecer a exigência de justificação das decisões judiciais¹⁰⁵³. Não se trata de um método que permite um controle racional, pois a ponderação está à mercê de quem a realiza. Quando começa a ponderação, termina o controle das normas e do método, resultando subjetividade e irracionalidade do tomador da decisão.

O que resulta como desdobramento dessa formulação é que a ponderação – e o princípio da proporcionalidade como um todo – é um argumento formal e vazio, que não passa de uma metáfora dotada de força persuasiva – pois ninguém pode pretender sustentar a aplicação de uma medida desproporcionada – destinada a camuflar valorações subjetivas e irracionais, alheias ao Direito. Os mais importantes argumentos da objeção da irracionalidade e subjetividade da ponderação apontam para a: *i*) falta de um ponto de referência jurídico para apoiar sua aplicação; *ii*) falta de clareza conceitual; *iii*) prevalência do modelo da “justiça do caso concreto”; *iv*) incomensurabilidade¹⁰⁵⁴.

A falta de um ponto de referência jurídico à aplicação do princípio da proporcionalidade está na ausência de qualquer critério objetivo, racional e obrigatório para o juiz fundamentar a ponderação no caso de colisões de direitos fundamentais. Quando se trata do exame de uma medida administrativa tomada a partir de uma finalidade legalmente estabelecida pelo legislador ordinário que regula a competência administrativa exercida, os princípios parciais da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito podem ser controlados pelo juiz, cuidando-se da “proporcionalidade clássica”¹⁰⁵⁵. A partir da finalidade da lei que estabelece a competência administrativa, o juiz pode examinar se a medida administrativa é idônea para promover o fim, se é a medida que menos intervém em posições fundamentais jurídicas *prima facie* de direitos fundamentais ou dimensões de bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, consideradas todas as medidas alternativas hipotéticas possíveis, e se as vantagens da medida administrativa tomada compensam as intervenções infligidas aos direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos

¹⁰⁵² Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, S. 315.

¹⁰⁵³ Cf. HABERMAS, Jürgen. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law Scholl. In: HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung der Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, S. 369.

¹⁰⁵⁴ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 161. Sobre outros pontos de fragilidade da ponderação, ver JESTAEDT, Mattias. La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *La ponderación en derecho*. Trad. Irmgard Kleine. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 75- 113, 2008.

¹⁰⁵⁵ Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luís Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 113.

constitucionalmente protegidos. Contudo, quando o controle judicial incide sobre a própria finalidade da lei, o ponto de referência jurídico para a objetividade e racionalidade da aplicação da proporcionalidade desaparece. Quando se trata do exame de uma medida judicial, o fundamento jurídico para o controle permanece hígido enquanto a discussão fica restrita à normalização infraconstitucional. Para além disso, a objeção da ausência de um ponto de referência jurídico permanece. No caso de controle de medida legislativa, o ponto de referência jurídico poderia ser uma ordem hierárquica de direitos fundamentais e de posições fundamentais jurídicas *prima facie* ou de bens jurídicos constitucionais a partir do qual, então, poderia ser estabelecida, em cada caso, uma ordem de precedência de um direito sobre os outros¹⁰⁵⁶. Como isso a Constituição não fornece, resulta que incumbe a uma pluralidade de visões e de ideologias daqueles que participam da prática constitucional definir se o grau de satisfação de um direito justifica o grau de satisfação de outro¹⁰⁵⁷. Diretamente relacionada a isso, está a formulação de que a ponderação conduz ao “ponto zero da dogmática jurídica” na medida em que não busca outra coisa que não a aplicação do Direito a partir de uma fundamentação racional com base nas circunstâncias do caso concreto. Com isso, segundo Jestaedt, a ponderação não alcança ao aplicador do Direito algo além do que proposições abstratas sem importância¹⁰⁵⁸.

Outra razão apontada para a irracionalidade e subjetividade da aplicação do princípio proporcionalidade como um todo está na ausência de univocidade das expressões idoneidade, necessidade, proporcional e razoável, do que resultam confusões quando elas são usadas como critérios decisivos para o estabelecimento de relações de precedência condicionada entre direitos fundamentais. Essa ambiguidade faz com o princípio proporcionalidade seja entendido como um argumento formal e desprovido de conteúdo¹⁰⁵⁹, não permitindo uma única solução para cada caso no qual seja aplicado. Daí, então, que a definição do que é idôneo, necessário e proporcional em sentido restrito fica a critério da subjetividade do juiz.

Outra objeção destacada em desfavor da racionalidade da ponderação remete à “justiça do caso concreto” ou às “normas situacionais” e que conduz a decisões judiciais imprevisíveis e particulares, com sério comprometimento à certeza, previsibilidade,

¹⁰⁵⁶ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 162-163.

¹⁰⁵⁷ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 165.

¹⁰⁵⁸ Cf. JESTAEDT, *La teoría de la ponderación...*, p. 101-102.

¹⁰⁵⁹ Cf. JESTAEDT, *La teoría de la ponderación...*, p. 99.

coerência e generalidade na aplicação do Direito. Duvida-se que a ponderação possa alcançar “parâmetros abstratos gerais” em razão da multiplicidade de formas e situações concretas individuais¹⁰⁶⁰. Se a ponderação permite a consideração das circunstâncias do caso concreto para a solução da colisão de direitos fundamentais e, assim, promete decisões constitucionalmente corretas, o resultado é que também implica a redução da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais e significa comprometimento da coerência do Direito e do ordenamento jurídico como sistema capaz de produzir soluções estáveis e previsíveis¹⁰⁶¹.

A objeção da incomensurabilidade é a mais decisiva argumentação contra a racionalidade da ponderação. O argumento da incomensurabilidade diz que não se pode comparar o que não pode ser suscetível de comparação¹⁰⁶². O grau de intensidade da satisfação de um direito fundamental P_j e o grau de intensidade da intervenção em outro direito fundamental ou bem coletivo constitucionalmente protegido P_i não podem ser objeto de comparação comensurável. A ponderação é uma metáfora de atribuição de graus de intensidade de satisfação e de intervenção em direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos que somente pode ser configurada de modo racional quando os respectivos graus são referidos a um denominador comum como, por exemplo, o dinheiro. No campo dos direitos fundamentais não existe esse denominador objetivo de quantidade e, portanto, não é possível estabelecer qualquer comparação entre o grau de realização de um direito fundamental e o grau de intervenção em outro direito fundamental. Não há um sistema de metrificação ou padrão objetivo para estimar os graus de vantagens e desvantagens e tampouco precisar quais dos direitos fundamentais ou bens coletivos devem prevalecer na colisão¹⁰⁶³.

Essas objeções, que apontam para a irracionalidade e a subjetividade da ponderação, parecem acertar definitivamente o alvo quando são analisadas algumas decisões judiciais que se dizem sustentadas pelo princípio da proporcionalidade. Em geral, essas decisões se caracterizam pela referência ao princípio da proporcionalidade ou à ponderação, não indo mais além de uma superficial explicitação conceitual dos princípios parciais da idoneidade, necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Quando esse é o caso, efetivamente, a subjetividade não passível de

¹⁰⁶⁰ Cf. JESTAEDT, La teoría de la ponderación..., p. 99.

¹⁰⁶¹ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 191.

¹⁰⁶² Cf. JESTAEDT, La teoría de la ponderación..., p. 98-99; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 178.

¹⁰⁶³ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 180.

controle intersubjetivamente racional está próxima de conduzir a decisão judicial para dentro do decisionismo. Não se trata de analisar a correção da proposição normativa singular concreta, mas se as razões dadas com base no princípio da proporcionalidade fundamentam logicamente a decisão judicial. Segue, então, uma discussão de algumas decisões judiciais alheatoriamente recolhidas dos precedentes da jurisprudência.

Um caso bastante paradigmático na jurisprudência é a referência ao princípio da proporcionalidade para justificar a intensidade da intervenção no direito fundamental de liberdade pela fixação de pena privativa de liberdade. Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar habeas corpus impetrado contra decisão judicial que havia fixado pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses para além do mínimo legal, afirmou que a decisão atacada, diante das circunstâncias do caso, estava justificada pelo princípio da proporcionalidade. Nas razões, o Supremo Tribunal Federal diz expressamente que a decisão judicial “prestigia o princípio da proporcionalidade” e que o Tribunal estadual recorrido “respeitou o princípio da individualização da pena e da proporcionalidade”¹⁰⁶⁴. Na medida em que a pena de privativa de liberdade implica severa intervenção no direito fundamental de liberdade geral e encontra justificação no bem coletivo constitucionalmente protegido da segurança e paz públicas, a decisão do Supremo Tribunal Federal deixa de detalhar as razões pelas quais a pena fixada, e não outra – próxima ou mais próxima do mínimo como pretende o apenado – cumpre as exigências do princípio da proporcionalidade. Há uma diferença significativa entre aquele que deve cumprir uma pena de reclusão de 4 (quatro) meses além do mínimo legal estabelecido no tipo penal pelo legislador e aquele que deve suportar uma pena de privação de liberdade de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses além do mínimo estabelecido pelo legislador. Se a ponderação realizada na aplicação do princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito é dada pela relação entre o grau de intensidade da intervenção no direito fundamental de liberdade geral P_i e a importância da realização do bem coletivo constitucionalmente protegido da segurança e paz públicas P_j , então, no caso, a decisão judicial deve dar as razões pelas quais um determinado período de privação de liberdade é justificado pela importância da proteção da segurança e paz públicas.

Essa decisão revela uma tendência comum a outras tantas decisões judiciais que implicam intervenção estatal no direito fundamental de liberdade justificada pela satisfação do bem coletivo da segurança e paz públicas – imposição de penas privativas

de liberdade¹⁰⁶⁵ – ou da organização e funcionamento correto do próprio Estado – imposição de sanções administrativas disciplinares e sanções por improbidade administrativa¹⁰⁶⁶. O traço comum é a referência de que a fixação da pena privativa de liberdade e da sanção administrativa deve atender ao princípio da proporcionalidade. O argumento decisivo é que a intervenção estatal no direito fundamental de liberdade de atuação geral não pode ser desproporcionada. Como não há dúvida quanto à falta de justificação de uma intervenção estatal desproporcionada, o que realmente conta é dar as razões pelas quais uma determinada intensidade de intervenção se justifica pela importância da realização de um determinado bem coletivo ou de um determinado direito fundamental. O problema está em que algumas decisões não deixam saber por que uma determinada intensidade de intervenção é justificada e outra não. Com isso, o resultado da aplicação do princípio da proporcionalidade e, assim, da ponderação pode ser identificado simplesmente como uma intuição moral do julgador.

Essa mesma prática pode ser rastreada nas decisões judiciais que cuidam dos casos de colisão entre o direito fundamental de manifestação do pensamento e os direitos fundamentais de personalidade da vida privada, honra e imagem. Quando manifestações de opiniões ou fatos noticiados pela imprensa são entendidas como ofensa à intimidade, honra ou imagem de alguém e, em razão disso, uma pretensão de indenização por dano moral é dirigida contra o autor da opinião ou em face da empresa responsável pela divulgação da informação, outros direitos fundamentais, como o direito à propriedade privada e a liberdade de iniciativa econômica, também integram a colisão de direitos fundamentais. Não se pode negar que uma decisão judicial que condena um jornalista ou uma empresa ao pagamento de uma indenização por dano moral configura uma intervenção nos direitos fundamentais da livre manifestação do pensamento, da liberdade de profissão ou da liberdade de atuação econômica. Aliás, essas decisões comumente destacam o efeito inibitório e preventivo que a condenação ao pagamento de uma indenização por dano moral representa.

Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento de ação de indenização por dano moral em razão de publicação de nota jornalística considerada ofensiva, entendeu que “devem ser sopesadas as garantias

¹⁰⁶⁴ Cf. STF, HC, 94882, 1. T, j. 07/04/2009, DJ 25/05/2009.

¹⁰⁶⁵ Cf. STJ, HC 112078, 5. T, j. 22/09/2009, DJ 26/10/2009; STJ, HC 73088, 5. T, j. 14/04/2009, DJ 04/05/2009.

¹⁰⁶⁶ Cf. STJ, REsp. 748787, 2. T, j. 15/10/2009, DJ 28/10/2009; STJ, REsp. 1097775, j. 01/09/2009, DJ 18/09/2009; STJ, RMS. 23143, 5. T, j. 18/8/2008, DJ 19/05/2008.

constitucionais do direito de livre expressão à atividade de comunicação” e da “inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas”, devendo o direito à indenização ser resolvido “em consonância com o princípio da proporcionalidade”. Relativamente à fixação do valor devido, o Tribunal de Justiça refere que deve ser levado em consideração “o princípio da proporcionalidade, bem como as condições da parte ofendida, a capacidade econômica do ofensor”. Assim, considerando “as questões fáticas e suas repercussões, a extensão do prejuízo, bem como a quantificação da conduta ilícita e capacidade econômica da parte ofensora”, a decisão fixou o valor da indenização em R\$ 8.000,00 (oito mil reais). É interessante acrescentar que essa decisão elevou o valor da indenização, que na primeira instância havia sido fixado em 10 (dez) salários mínimos. A questão que essa decisão deixa aberta é a exata contribuição do princípio da proporcionalidade para a determinação do valor da indenização¹⁰⁶⁷. Em julgamento de outra ação de indenização por dano moral, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a colisão entre o direito fundamental à liberdade de manifestação e o direito fundamental de personalidade da proteção da honra e da imagem, definindo que o caso deveria ser resolvido “à luz do princípio do princípio da proporcionalidade mediante juízo de ponderação”. Aliás, essa decisão é clara ao explicitar que colisão de direitos fundamentais se resolve com a ponderação “em cada caso”. Cuidava-se de manifestações moralmente ofensivas que o condutor de um automóvel dirigiu contra uma agente municipal de trânsito no momento de uma abordagem por infração administrativa de trânsito. Na oportunidade, o condutor “agrediu verbalmente” a agente de trânsito chamando-a de “uma pirralha, uma ranhenta”. A decisão do Tribunal de Justiça, após descrever o conteúdo das provas testemunhais produzidas, modificou a decisão de primeira instância, que havia fixado a indenização em R\$ 5.700,00 (cinco mil e setecentos reais), justificando com os argumentos de que *i*) a natureza jurídica da indenização deve configurar tanto uma compensação ao lesado como uma pena ao autor do dano e *ii*) a fixação da indenização deve considerar a condição econômica daquele que deve suportar o pagamento, pois não pode implicar a sua “ruína financeira”¹⁰⁶⁸. A fixação do valor da indenização definida pelo Tribunal de Justiça no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), contudo, mais parece ser resultado de uma boa intuição do julgador do que resultado de um exercício detalhado de razões sobre a relação entre a intensidade da intervenção em um direito

¹⁰⁶⁷ Cf. TJRS, Ap. Civ. 70031971195, 5. C. Civ., j. 16/12/2009, DJ 28/12/2009.

¹⁰⁶⁸ Cf. TJRS, Ap. Civ. 70023751365, 9. C. Civ., j. 10/09/2008, DJ 16/09/2008.

fundamental e a importância da satisfação de outro direito fundamental. É que os argumentos referidos não autorizam inferir lógica e precisamente a razão pela qual o valor fixado atende ao princípio da proporcionalidade. Se assim quisesse a decisão judicial, o valor poderia ser fixado em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e os argumentos poderiam ser os mesmos. Em outras palavras, o que isso significa é que as razões apresentadas nada dizem sobre a intensidade da intervenção no direito fundamental da liberdade de manifestação do pensamento – e também no direito fundamental da propriedade privada – e tampouco sobre porque o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) corresponde ao grau de importância da satisfação do direito fundamental de personalidade da proteção da honra e da imagem. Essa decisão faz referência a uma decisão do Superior Tribunal de Justiça em que a fixação do valor da indenização por dano moral se diz sustentada pelo princípio da proporcionalidade. Ainda que esse caso não trate diretamente de uma colisão de direitos fundamentais, interessa observar a referência ao princípio da proporcionalidade como razões para a fixação do valor da indenização. No caso, cuida-se de dano moral reconhecido porque algumas pessoas, que haviam contratado serviços de hospedagem e de transporte aéreo para participação de um seminário na área de saúde em Havana, resultaram impossibilitadas definitivamente de fazê-lo em razão de atraso da conexão doméstica com a internacional. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, referindo o princípio da proporcionalidade, reduziu o valor de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), fixado na primeira instância, para o valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais). As razões dizem que esse montante significa um “justo ressarcimento” que exclui a configuração de “enriquecimento sem causa”¹⁰⁶⁹. Contudo, as razões dadas não são suficientes para dizer por que o valor fixado pelo Tribunal, e não o valor estabelecido na primeira instância, atende ao princípio da proporcionalidade.

Se mesmo nas colisões de direitos fundamentais que podem ser referidos a números – a intensidade da intervenção no direito fundamental de liberdade geral decorrente da aplicação da grande maioria das sanções criminais e administrativas pode ser medida pelo número de dias da pena de prisão, de dias-multa ou da suspensão das funções e do perdimento dos vencimentos; igualmente, a intensidade da intervenção no direito fundamental à livre manifestação do pensamento e à propriedade privada pode ser medida pelo valor da indenização por dano moral fixada – sobram referências ao princípio da proporcionalidade e faltam razões objetivas quanto a sua contribuição para

¹⁰⁶⁹ Cf. STJ, REsp. 797836, 4. T, j. 02/05/2006, DJ 29/05/2006.

a determinação da intensidade da intervenção e da importância da satisfação dos outros direitos fundamentais ou bens coletivos constitucionalmente protegidos, maior espaço para valorações intersubjetivamente não passíveis de controle parece haver quando o caso é de colisão de direitos fundamentais cuja intensidade de intervenção não pode ser *diretamente* referida a números e mais facilmente mensurada.

Esse é o caso, por exemplo, do julgamento no qual o Superior Tribunal de Justiça entendeu que as leis estaduais do Rio de Janeiro, que determinam a concessão de “meia-entrada” para estudantes em eventos culturais, configuram intervenção proporcional no direito fundamental da livre iniciativa e do livre exercício de atividade econômica. Cuidava-se de recurso ordinário dirigido contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que havia negado mandado de segurança impetrado em face de multa administrativa aplicada pelo descumprimento da normalização estadual com o argumento de que “o princípio da livre iniciativa” deve ser “ponderado com o do acesso à cultura”. Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a “intervenção estatal na atuação econômica não pode ocorrer de forma ampla e descontrolada”, pois no “sistema da livre iniciativa”, essa “ingerência somente é permitida em situações excepcionais, sendo condição para tanto a presença do requisito da proporcionalidade”. A decisão faz referência aos princípios parciais da idoneidade, necessidade e proporcionalidade entre os meios empregados e fim objetivado. No caso, entendeu-se que a intervenção estatal no direito fundamental à livre iniciativa e à atuação econômica encontra justificção no incentivo à cultura e à promoção do bem-estar social¹⁰⁷⁰. O que as razões da decisão não deixam saber é como exatamente o princípio da proporcionalidade define a questão a favor do direito fundamental do acesso à cultura. A mera referência ao princípio da proporcionalidade e aos princípios parciais da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito não é suficiente para justificar uma intervenção em um direito fundamental. Não basta dizer que o princípio da proporcionalidade é a solução e que tal é a prevalência de um direito fundamental em relação ao outro. Quando esse é o caso, a prevalência definida na decisão parece ser mais resultado de uma inclinação axiológica carregada de subjetividade do que resultado de uma ponderação passível de controle intersubjetivo. Com isso, as objeções dirigidas contra a ponderação acertam definitivamente o alvo.

¹⁰⁷⁰ Cf. STJ, RMS 19524, 2. T, j. 16/06/2005, DJ 26/09/2005. A normalização do Estado do Rio de Janeiro, que determina a concessão de “meia-entrada” para estudantes em eventos culturais é objeto da ação direta de inconstitucionalidade 2163, ainda pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Ainda sobre a obrigatoriedade de as empresas de eventos culturais concederem “meia-entrada” para estudantes, o Supremo Tribunal Federal afastou a inconstitucionalidade de normalização dada pelo Estado de São Paulo. Nessa decisão, não há referência expressa ao princípio da proporcionalidade, mas se reconheceu, de um lado, que a Constituição Federal assegura o direito à livre iniciativa e, de outro, o dever de o Estado promover o direito à educação, à cultura e ao desporto. A decisão diz que “na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, o interesse público primário”. É que a “superação da oposição entre os desígnios de lucro e de acumulação de riquezas da empresa e o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta dificuldades”¹⁰⁷¹. Ainda que nada diga sobre o princípio da proporcionalidade, essa decisão parece reconhecer uma colisão de direitos fundamentais e uma ponderação entre os princípios em “composição”. Nessa decisão, pelo menos, duas questões podem ser destacadas. A primeira é que ela parece pressupor uma precedência incondicionada a favor do princípio do acesso à cultura; a segunda é que ela deixa de dar as razões sobre a relação entre a intensidade da intervenção no princípio da livre iniciativa e o grau de importância da satisfação do princípio do acesso à cultura. Com isso, essa decisão do Supremo Tribunal Federal revela uma carga valorativa forte. Assim, Habermas estaria certo ao criticar a ponderação de direitos fundamentais.

Na decisão sobre a importação de pneus usados para a indústria de remoldados, recauchutagem e vulcanização, o Supremo Tribunal Federal faz referência à ponderação do exercício da atividade empresarial com a proteção da saúde e do meio ambiente. A decisão é expressa ao aludir às consequências indesejáveis da autorização e licença para importação e à existência de programas estatais para reaproveitamento sustentável de pneus usados produzidos no Brasil. Nesse julgamento, a ponderação é resolvida a favor da proteção dos bens coletivos constitucionalmente protegidos¹⁰⁷². Ao proibir a importação de pneus usados, a decisão judicial concretiza intervenção de grave intensidade no exercício da atividade empresarial econômico-financeira. Ainda que tenham sido dadas as razões sobre a importância da proteção da saúde e do meio ambiente, a decisão deixa de explicitar detalhadamente os argumentos que justificam tal intensidade de intervenção no direito fundamental ao livre exercício da atividade econômica. O que parece ter faltado nessas razões é a ausência do estabelecimento de

¹⁰⁷¹ Cf. STF, ADIn. 1950, TP, j. 30/11/2006, DJ 02/06/2006.

¹⁰⁷² Cf. STF, REExt. 153531, 2. T, j. 02/06/1997, DJ 13/03/1998.

uma relação entre o grau de importância de proteção dos bens coletivos e a intensidade da intervenção.

A comparação dessas decisões judiciais com as objeções que são dirigidas contra a ponderação pode autorizar esta formulação. Se as objeções estão corretas e a aplicação do princípio da proporcionalidade não configura outra coisa que um espaço para valorações não passíveis de controle racional, então nada pode ser dito em desfavor da fundamentação das decisões judiciais cuja base descansa na ponderação de princípios.

Se não há critérios jurídicos para a fixação da indenização por dano moral, como afirmam algumas decisões judiciais, a questão deve ser resolvida pelo princípio da proporcionalidade. A ponderação seria realizada por meio de recursos extrajurídicos, pois lhe faltaria exatamente um referencial jurídico. Assim, a decisão judicial que faz referência à ponderação seria mais resultado da visão de mundo e das concepções ideológicas do juiz do que implicação de critérios intersubjetivamente controláveis. Um liberal estaria mais inclinado à prevalência dos direitos fundamentais de liberdade do que à proteção dos bens coletivos. Uma afirmação do tipo “somente em situações excepcionais o Estado pode intervir no domínio da livre iniciativa econômica” parece revelar uma visão de mundo liberal. Uma concepção ideológica social poderia revelar alguma tendência em favor do incremento da intervenção nos direitos fundamentais em favor dos bens coletivos. Uma afirmação do tipo “em qualquer caso uma intervenção estatal na atividade econômica pode ser justificada” é indicativa de uma concepção ideológica inclinada aos valores da democracia social. Essas tendências valorativas seriam decisivas para o resultado da ponderação. O fato de a ponderação depender das circunstâncias particulares do caso concreto, que seriam valoradas a critério do prudente arbítrio do juiz, reduziria ainda mais a possibilidade de controle racional das decisões judiciais. Por fim, como os direitos fundamentais e os bens coletivos em colisão não podem ser comensurados, não teria sentido falar em graus de intensidade de intervenção e graus de importância. Com isso, as decisões judiciais de ponderação não poderiam aspirar estabelecer qualquer relação de precisão entre grau de intensidade de intervenção em direitos fundamentais ou bens coletivos e grau de importância de direitos fundamentais ou bens coletivos. Então, se essas objeções são corretas nada faltaria às decisões judiciais antes discutidas e a todas aquelas em que a ponderação de princípios é dada como razões para a justificação de uma proposição normativa singular concreta. É que argumentos sobre graus de intensidade de intervenção e de importância

de direitos fundamentais e bens coletivos são razões que não estariam ainda à disposição do saber finito dos homens. Essa formulação confirmaria a correção da objeção de que o princípio da proporcionalidade é uma fórmula vazia, configurando um argumento retórico na medida em que ninguém estaria disposto a sustentar uma intervenção desproporcional. Certamente, nenhum juiz identificaria a sua decisão de fixar a base da pena privativa de liberdade no máximo legal do tipo penal como uma medida estatal desproporcional. Muito dificilmente um juiz iria fixar uma indenização por dano moral ou proibir a veiculação de uma publicação jornalística se tal intervenção nos direitos fundamentais à livre manifestação do pensamento e à liberdade de iniciativa lhe parecesse desproporcional às circunstâncias e particularidades do caso concreto. Mesmo a decisão judicial que determina a condução coercitiva de pessoa para recolhimento de sangue necessário à realização do exame de DNA para fins de provar relação de parentesco em ação de investigação de paternidade deve pressupor a proporcionalidade da medida¹⁰⁷³. Se o princípio da proporcionalidade configura um instrumento retórico, então o seu papel não é decisivo. É proporcional a medida que o juiz julgar proporcional, conforme a sua avaliação das circunstâncias do caso concreto, realizada a partir de sua visão de mundo e concepções ideológicas. Não por outra razão que, casos iguais em suas circunstâncias, igualmente decididos com base no princípio da proporcionalidade, são julgados de modo diferente por juízes diferentes.

Essas formulações não parecem estar acompanhadas dos melhores argumentos. A ponderação não é irracional porque é uma fórmula vazia de conteúdo ou um recurso retórico sem referencial jurídico, que opera com variáveis incomensuráveis e que se importa exclusivamente com a justiça do caso concreto. O problema não está na ponderação em si mesma, mas no *como* ela é aplicada para resolver os casos de colisão de direitos fundamentais. Na grande maioria dos casos, as decisões judiciais se limitam ao estabelecimento da relação de prevalência condicionada às circunstâncias do caso concreto como se esse fosse o único passo necessário. Como esse não é o caso, os saltos lógicos são inevitáveis. A proposição da conclusão do argumento não resulta logicamente das premissas que são apresentadas para sua fundamentação. O resultado é que não se pode falar seriamente em uma fundamentação. As premissas permanecem, para sempre, ocultas. Muito dificilmente os passos intermediários são explicitados. Nesses casos, a proposição normativa concreta parece ser um resultado intuitivo. Se não se quer isso, pois essa não parece ser uma boa solução para um Estado de Direito

¹⁰⁷³ Cf. STF, HC 713734, TP, j. 10/11/1994, DJ 22/11/1996.

constitucional democrático, que somente aceita intervenções em direitos fundamentais quando elas estiverem justificadas racionalmente, o caminho deve ser em outra direção. As objeções normalmente dirigidas contra a racionalidade da ponderação podem ser suficientemente respondidas.

4.2 A ESTRUTURA DA PONDERAÇÃO

A ponderação é passível de racionalidade se for levada efetivamente a sério. O ponderar exige o conhecimento de todos os seus passos e o cumprimento de todas as suas exigências. Uma decisão judicial fundamentada na ponderação somente irá descansar em uma justificação racional se explicitar todos os passos e cumprir todas as exigências colocadas para a racionalidade da ponderação mesma.

O ponto de partida é primeira lei da ponderação: quanto maior o grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i , maior deve o grau de importância de realização do outro princípio P_j . A designação P_i corresponde ao princípio cuja intensidade de intervenção está em questão. A designação P_j corresponde ao princípio cuja importância de realização justifica a intervenção em P_i . A primeira lei da ponderação pode ser formulada como a seguinte regra da ponderação *R.P.I*: quanto maior o grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i , maior deve ser o grau de importância de realização do outro princípio P_j . Essa é uma regra que se refere diretamente à ponderação, pois determina a relação de precedência entre P_i e P_j . Igualmente, ela regula o ponderar, dizendo *como* o juiz deve decidir a ponderação. O juiz deve decidir conforme o resultado da ponderação dos princípios em colisão.

Com isso, fica colocada a necessidade de atribuição de graus de intensidade em P_i e de importância de P_j , o que faz nascer a exigência de que essa atribuição de graus seja justificada por intermédio de razões. Daí a união entre ponderação e argumentação.

A necessária atribuição desses graus também coloca a exigência de escalas mais ou menos refinadas. O uso dessas escalas também deve ser suportado por razões. Novamente, a união entre ponderação e argumentação. Uma atribuição de graus que não são relacionados uns aos outros por intermédio de uma fórmula não serve para nada. A relação entre os graus de intensidade de intervenção IP_i (I_i) e grau de importância IP_j (I_j) pode ser posta em uma fórmula para fins de controle e generalização. A designação IP_i corresponde ao grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i . A designação IP_j

corresponde ao grau de importância da realização de P_j . Para equacionar essa relação, então, a fórmula peso. Mais uma vez, a união entre ponderação e argumentação.

O decisivo para a ponderação é que ela se acha justificada em uma argumentação racional. As regras da argumentação prática e da argumentação jurídica devem orientar o modo de apresentação das razões da ponderação. A satisfação dessas regras não assegura à ponderação racionalidade absoluta. O que a argumentação autoriza perseguir é a racionalidade disponível sob as bases do discurso racional.

4.2.1 Os passos

A objeção da incomensurabilidade diz que o grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i e o grau de importância de realização de outro princípio P_j não podem ser objeto de comparação comensurável. Como não existe um sistema de metrificação para estimar os graus de vantagens e desvantagens e tampouco determinar quais dos direitos fundamentais ou bens coletivos constitucionalmente protegidos devem prevalecer, a ponderação não pode ser senão irracional e subjetiva.

Essa crítica merece uma boa resposta e uma, desse nível, está disponível.

A ponderação deve ser estruturada em três passos, que correspondem a uma investigação sobre os graus de intensidade de intervenção em P_i e os graus de importância de realização de P_j ¹⁰⁷⁴. Quando mais de dois princípios estão em jogo na colisão, cada princípio deve ter verificado o seu grau de intensidade de intervenção IP_i ou o seu grau de importância de realização IP_j . Em cada passo dessa investigação, os graus devem ser escalados em três níveis. Quando possível um refinamento de cada grau em três níveis, os graus devem ser escalados em nove níveis. Se a correção dessas proposições pode ser justificada, então elas podem ser configuradas como regras da ponderação. Portanto, deve ser demonstrado que a ponderação pode ser estruturada em três passos e que os princípios se deixam relacionar a graus de intensidade de intervenção e de importância.

A correção da proposição de que a ponderação deve ser estruturada em três passos pode ser confirmada pelos elementos da primeira lei da ponderação, que se refere ao grau de intensidade de intervenção IP_i e ao grau de importância de realização IP_j e, além disso, coloca esses dois graus em relação “tanto quanto”.

¹⁰⁷⁴ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 133.

Os dois primeiros passos devem ser dados para a investigação da atribuição de graus de intensidade de intervenção IP_i e importância de realização IP_j . Assim, deve ser verificado o grau de intensidade da intervenção em P_i , que significa o mesmo que o grau de não cumprimento ou o grau de restrição nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido. Do mesmo modo, deve ser comprovado o grau de importância de realização de P_j , que corresponde ao grau de importância das razões que justificam a intervenção nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido P_i . O terceiro e último passo se destina à relação entre IP_i e IP_j . Nesse passo, deve ser comprovado se a importância da realização de P_j justifica a intensidade da intervenção em P_i . Em outras palavras, isso equivale a dizer se cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro princípio – ou se a importância da realização das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outro direito fundamental¹⁰⁷⁵.

A pretensão de clareza recomenda que a verificação de cada um desses graus seja justificada individualmente. Cada atribuição de grau deve ser justificada por razões dadas por intermédio de argumentos devidamente saturados e estruturados em premissas e conclusões. Se todas as premissas são postas à mostra, não falta luz à cadeia toda de razões. Os saltos lógicos e, com isso, a irracionalidade serão facilmente identificados. O problema é de *quem* e de *como* se pondera e não *da* ponderação. Novamente, faz-se claro que a ponderação deve ser completada pela argumentação.

Com isso, podem ser formuladas as seguintes regras sobre os passos da ponderação: a regra *R.P.2a* diz que o grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i deve ser verificado e justificado; a regra *R.P.2.b* diz que o grau de importância de realização em um princípio P_j deve ser verificado e justificado; e a regra *R.P.2.c* diz que o grau de intervenção em um princípio P_i deve ser justificado pelo grau de importância de realização de um princípio P_j . Essas regras, menos a regra *R.P.2.c*, regulam diretamente a ação de ponderar, disciplinando *como* deve ser realizada a ponderação e *o que* o juiz deve fazer. O juiz deve verificar e justificar o grau de intensidade da realização em P_i e o grau de importância de realização em P_j . Argumentos e razões suficientemente saturadas devem ser apresentados para justificar

¹⁰⁷⁵ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 133.

os graus atribuídos e não outros. As regras da ponderação são violadas se uma intervenção é considerada de intensidade leve ou grave e não são apresentadas razões para isso ou se as razões dadas não descansam sobre premissas empíricas seguras. Esse é um dos principais e mais recorrentes vícios da jurisprudência que lança mão da ponderação como razões de justificação para intervenção em direitos fundamentais ou bens coletivos constitucionalmente protegidos. A regra *R.P.2.c* corresponde ao núcleo da ponderação. Ela diz qual deve ser o resultado da aplicação dos graus atribuídos pelo juiz nos passos anteriores.

Dizer que a ponderação deve ser estruturada em três passos, que correspondem a uma investigação sobre os graus de intensidade de intervenção em P_i e os graus de importância de realização de P_j , depende de se os princípios podem ser medidos em graus de intensidade de intervenção e de importância de realização. A questão que se coloca é se existem critérios para a definição do grau de intervenção em um direito fundamental e do grau da importância dos fundamentos da intervenção para o outro direito fundamental. A fim de que decisões racionais sobre intensidade de intervenção e graus de importância sejam possíveis, Alexy propõe a criação de uma escala com os graus *leve*, *médio* e *grave* para intensidade da intervenção em um direito fundamental e com os graus *leve*, *médio* e *grave* para importância dos fundamentos ou das razões para o outro direito fundamental. Com isso, IP_i e IP_j poderiam ser escalados como leve, médio e grave. Para demonstrar a possibilidade dessa escala, dois exemplos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão¹⁰⁷⁶.

Como primeiro, pode ser considerada a decisão sobre o dever de as empresas de cigarros colocarem as advertências dos riscos de fumar em seus produtos. A intervenção na liberdade de iniciativa e atividade econômica das indústrias de produtos de fumo, consistente na obrigação de fazer constar, nas respectivas embalagens de seus produtos, as advertências dos riscos à saúde, foi classificada como intervenção de intensidade leve. Uma intervenção de intensidade grave ou alta seria, por exemplo, a proibição completa de todos os produtos de cigarro. Por outro lado, os fundamentos de justificação da intervenção pesaram gravemente. Eles falam dos riscos que o cigarro impõe aos seres humanos, podendo, inclusive, conduzi-los à dependência e, até mesmo, à morte. Tem-se, assim, uma intensidade de intervenção leve e o grau de importância de fundamento da intervenção alto. Essa combinação da intervenção de intensidade leve em um direito fundamental e da alta importância das razões da intervenção em outro

direito fundamental justifica a decisão de intervenção do direito fundamental da livre iniciativa e liberdade profissional¹⁰⁷⁷.

Outro exemplo recolhido da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão é um caso de colisão entre a liberdade de opinião e o direito de personalidade, instaurado em razão de que a revista de sátiras Titanic chamou um oficial da reserva hemiplégico, que havia cumprido adequadamente suas atribuições militares, em uma primeira edição, de “nascido assassino” e, na edição seguinte, de “aleijado”. Perante o Tribunal de terceira instância de Düsseldorf, a revista foi condenada a pagar uma indenização, fixada em 12 (doze) mil marcos, mas promoveu recurso constitucional apontando violação ao direito fundamental à liberdade de manifestação da opinião da disposição do art. 5, al. 1ª, fr. 1ª, da Lei Fundamental. O Tribunal Constitucional Federal procedeu a uma “ponderação relacionada ao caso” entre os direitos fundamentais em colisão. Para isso, determinou o grau de intensidade do prejuízo desses direitos, relacionando-os. A condenação ao pagamento de indenização por dano imaterial foi classificada “como efeito forte e duradouro” e, portanto, como grave intervenção no direito fundamental da liberdade de manifestação da opinião, pois a condenação ao pagamento de uma indenização de 12 (doze) mil marcos poderia funcionar para desestimular e inibir futuras manifestações de opinião na revista Titanic. Por outro lado, o Tribunal Constitucional Federal considerou leve a intensidade do prejuízo ao direito fundamental de personalidade decorrente de a revista Titanic ter chamado o oficial da reserva de “nascido assassino”. O fundamento usado para isso foi o de que essa designação se achava no contexto das sátiras publicadas normalmente pela revista Titanic, espaço no qual várias pessoas costumavam ser designadas de um modo reconhecidamente “não-sério”. Esse contexto é suficiente para excluir que a designação de “nascido assassino” caracteriza grave violação ao direito de personalidade do oficial da reserva¹⁰⁷⁸.

Assim, a intensidade do prejuízo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade é mínima e corresponde a também mínima importância de sua realização com o pagamento de indenização em dinheiro. Essa definição de graus de intensidade estabelece a relação de precedência entre os direitos fundamentais. Segundo Alexy, a grave intervenção no direito fundamental da liberdade

¹⁰⁷⁶ Cf. A fórmula peso..., p. 133.

¹⁰⁷⁷ Cf. BVerfGE 95, 173; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 649-655.

¹⁰⁷⁸ Cf. BVerfGE 86, 1; ALEXY, *A fórmula peso...*, p. 135.

de opinião caracterizada pela condenação ao pagamento de indenização em dinheiro por dano imaterial somente estaria justificada em razão do alto prejuízo imposto ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade – que corresponderia a alta importância de satisfação desse direito fundamental. Como esse não é o caso, a intervenção na liberdade de manifestação da opinião decorrente da condenação ao pagamento da indenização de 12 (doze) mil marcos não é proporcional¹⁰⁷⁹. Contudo, a revista Titanic designar o militar da reserva como “aleijado” implica violar “gravemente” o seu direito de personalidade. A isso corresponde uma importância grande em favor da proteção de seu direito de personalidade. A razão de se considerar de grande importância a proteção do direito de personalidade é a de que a designação de “aleijado”, para uma pessoa que sofreu uma grande mutilação, em geral, é “entendida como humilhação” e “desprezo”. Assim, no caso, diante da intervenção grave na liberdade de opinião está a importância alta da proteção da personalidade. O Tribunal Constitucional concluiu que não devia ser reconhecida “nenhuma ponderação defeituosa por conta da liberdade de manifestação da opinião”, desacolhendo o recurso constitucional manejado pela revista Titanic quanto à designação de “aleijado”¹⁰⁸⁰.

Essas duas decisões mostram que são possíveis decisões justificáveis sobre graus de intensidade e de importância e, além disso, que grandezas podem ser colocadas em relação uma com a outra. Alexy reconhece que as decisões pressupõem critérios que não estão contidos na lei da ponderação. Assim, por exemplo, na afirmação de que a condenação da revista Titanic ao pagamento de uma indenização de 12 (doze) mil marcos é uma intervenção grave, estão presentes suposições sobre o que significa a liberdade de opinião e o que é perigoso para ela. Igualmente, o entendimento de que qualificar alguém de aleijado representa uma grave intervenção no direito de personalidade pressupõe o que significa ser uma pessoa e ter dignidade. Essas suposições não são arbitrárias, pois acompanhadas de boas razões dadas conforme as regras da argumentação jurídica racional. Além disso, elas foram apresentadas na linha dos precedentes corretos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal¹⁰⁸¹. Os exemplos mostram que uma ponderação racional de princípios colidentes é possível.

¹⁰⁷⁹ Cf. ALEXY, A fórmula peso, p. 136.

¹⁰⁸⁰ Cf. BVerfGE 86, 1; ALEXY, A fórmula peso..., p. 135.

¹⁰⁸¹ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 137.

A partir disso, pode ser formulado que a ponderação apresenta uma estrutura modelada em três graus e que é possível a atribuição de graus de intensidade de intervenção e de importância de realização.

Em um modelo triádico simples, os graus são: leve (*l*), médio (*m*) e grave (*s*). O *l* representa não apenas o grau *leve*, mas, também, *mínimo* ou o *fraco*. O *s* representa não apenas o grau *grave*, mas, também, o *alto* ou *forte*¹⁰⁸². Em um modelo triádico duplo, os graus leve, médio e grave são, a cada vez, escalados em leve, médio e grave. Assim, o grau leve pode ser graduado em leve, médio e grave, o grau médio pode ser graduado em leve, médio e grave e o grau grave pode ser escalado em leve, médio e grave. O resultado é um modelo de nove graus: leve, leve (*l;l*); leve, médio (*l;m*); leve, grave (*l;s*); médio, leve (*m;l*); médio, médio (*m;m*); médio, grave (*m;s*); grave, leve (*s;l*); grave, médio (*s;m*) e grave, grave (*s;s*)¹⁰⁸³. Tanto os graus de intensidade de intervenção como os graus de importância de realização podem ser classificados como leve, médio e grave. Em relação à linguagem, pode-se falar em grau de intensidade de intervenção, de prejuízo ou de não cumprimento de um princípio. Normalmente, quando se trata de um direito de liberdade, costuma-se falar em intensidade de intervenção. Se o caso é de um direito fundamental à prestação fática, que exige uma ação positiva e não simplesmente uma omissão, a medida a ser apreciada se apresenta como não cumprimento. De qualquer sorte, a linguagem permite, tanto em um como em outro caso, falar-se de prejuízo ou de intervenção¹⁰⁸⁴.

4.2.1.1 O grau da intensidade da intervenção

O primeiro passo da estrutura da ponderação é dado com a verificação da intensidade da intervenção em P_i , o que significa investigar uma grandeza concreta e não abstrata. A concretude de IP_i pode ser explicitada pelo acréscimo de C , entendido como expressão das circunstâncias do caso concreto relevantes para a decisão. O papel de C na lei da colisão é central. A intensidade da intervenção concreta, determinada conforme as circunstância do caso em questão C , pode ser designada como IP_iC ¹⁰⁸⁵. Portanto, IP_iC pode ser leve, médio ou grave. Com isso, IP_iC expressa três aspectos: P_i

¹⁰⁸² A designação *l*, *m* e *s* usada para corresponder aos graus leve, médio e grave, em favor da clareza e uniformidade, segue as formulações de Alexy (Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 138).

¹⁰⁸³ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 147.

¹⁰⁸⁴ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 138.

¹⁰⁸⁵ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 139.

representa o princípio sobre o qual pesa a intervenção; I representa a intensidade da intervenção em P_i ; C representa as circunstâncias do caso concreto. Em vez de IP_iC , pode-se escrever a fórmula concisa Ii , pois $IP_iC=Ii$ ¹⁰⁸⁶.

Como uma grandeza concreta, a intensidade de intervenção em P_i se distingue do peso abstrato de P_i , que pode ser designado como GP_i . O peso abstrato de um princípio P_i é o peso que cabe a P_i relativamente a outros princípios, independentemente das circunstâncias dos casos concretos considerados. A abstratividade, em analogia a C , pode ser designada por A . A designação detalhada explícita do peso abstrato de P_i é, então, GP_iA . A fórmula concisa é G_i . Assim: $GP_iA=G_i$. A distinção entre a grandeza abstrata e a grandeza concreta dos princípios é relevante no jogo total da ponderação. Muitos princípios da Constituição não se distinguem em seu peso abstrato. Isso, contudo, não é sempre assim. O direito à vida tem um peso abstrato superior do que o direito à liberdade de atuação geral. Esta tem um peso abstrato maior que a propriedade. Estabelecer pesos abstratos diferentes para a igualdade e a intimidade já não parece muito fácil. Diferentes comunidades políticas podem atribuir diferentes pesos abstratos para os princípios. Segundo Rivers, nos Estados Unidos, a tendência é reconhecer peso abstrato maior a liberdade quando em relação com a intimidade. Nos Estados europeus a inclinação parece ser em outro sentido. Mesmo entre os europeus, parece haver diferenças quanto ao peso abstrato do princípio da igualdade¹⁰⁸⁷. A determinação do peso de um princípio depende de sua importância material dentro do sistema jurídico, conforme o dado pela prática constitucional¹⁰⁸⁸. De qualquer sorte, quando o peso abstrato dos princípios é o mesmo, então ela não joga para nenhum lado no estabelecimento da relação de precedência, podendo ser excluído da ponderação. Quando, contudo, o peso abstrato dos princípios é diferente, ele desempenha algum papel no jogo total da ponderação¹⁰⁸⁹. Nesse caso, quanto maior o peso abstrato de um princípio dentro da prática constitucional, maior deve ser o seu grau na ponderação¹⁰⁹⁰.

Que graus de intensidade de intervenção concreta admitem verificação e justificação pode ser demonstrado por intermédio de exemplos da jurisprudência. Na decisão tabaco, o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou leve a intervenção na liberdade de iniciativa e atividade econômica das indústrias de produtos de fumo,

¹⁰⁸⁶ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 139.

¹⁰⁸⁷ Cf. RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007., p. 179.

¹⁰⁸⁸ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 763.

¹⁰⁸⁹ Cf. ALEXY, A fórmula peso, p. 138-139.

consistente na obrigação de fazer constar, nas respectivas embalagens de seus produtos, as advertências dos riscos à saúde. Uma intervenção de intensidade grave seria a proibição completa de todos os produtos de cigarro¹⁰⁹¹. Não é difícil verificar e justificar que a obrigação de inserir informações sobre os riscos à saúde dos produtos de fumo intervém menos intensamente na liberdade de iniciativa das empresas do que a proibição de produção e comercialização de qualquer produto derivado de fumo. Muito embora a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região nada tenha dito a respeito da intensidade da intervenção, a Resolução 56/09 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que proibiu a importação, o recebimento em doação, o aluguel, a comercialização e o uso de equipamentos de bronzeamento artificial para finalidade estética, com emissão de radiação ultravioleta, configura grave intervenção na liberdade de iniciativa das empresas prestadoras de serviços de bronzeamento artificial para fins estéticos¹⁰⁹². No caso de uma empresa cujo faturamento está essencialmente relacionado à prestação desse serviço, a medida estatal inviabiliza completamente a atividade econômica da empresa. Uma medida que não proíbe o funcionamento das câmaras de bronzeamento artificial, mas o condiciona ao cumprimento de determinadas exigências, como o estabelecendo de limites de tolerância, seria uma intervenção de intensidade menor do que a medida que reduz a zero a possibilidade dessa atividade econômica. Na decisão Glória Trevi, pode-se dizer que Supremo Tribunal Federal considerou leve a intensidade da intervenção consistente no recolhimento de material biológico da placenta retirada da cantora mexicana para fins de realização de exame DNA. No caso, o lixo biológico da placenta havia sido preservado por determinação judicial de tal modo que o material genético seria recolhido “sem invasão atual a sua integridade física”¹⁰⁹³. Uma intervenção de intensidade grave seria recolher material genético diretamente do corpo de Glória Trevi mediante violência. Nesse sentido, aliás, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal considerou grave a intensidade da intervenção configurada pela medida que determinou recolhimento, mediante coerção, de material genético para realização de perícia médica em ação de investigação de paternidade¹⁰⁹⁴. Na decisão sobre manifestações públicas em Brasília, é correto formular que o Supremo

¹⁰⁹⁰ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 762.

¹⁰⁹¹ Cf. BVerfGE 95, 173; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 649-655.

¹⁰⁹² Cf. TRF4, SAT. 00017824420104047100, 2. VP, j. 22/01/2010, DE 05/02/2010.

¹⁰⁹³ Cf. STF, Recl. 2040, TP, j. 21/02/2002, DJ 27/06/2003.

¹⁰⁹⁴ Cf. STF, HC 713734, TP, j. 10/11/1994, DJ. 22/11/1996; STF, HC 76060, 1.T, j. 31/03/1998, DJ 15/05/1998.

Tribunal Federal considerou grave a intensidade da intervenção na liberdade de reunião e de manifestação configurada pela medida estatal dada por intermédio do Decreto Distrital 20.007/99 do Distrito Federal, que proibiu a “realização de qualquer manifestação pública, exceto as de caráter cívico-militar, religioso e cultural” na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e Praça Buriti. As razões da decisão dizem que a medida legislativa “simplesmente inviabiliza a liberdade de reunião e de manifestação, logo na Capital Federal, em especial na emblemática Praça dos Três Poderes”, lugar que configura “verdadeiro símbolo da liberdade e cidadania do povo brasileiro”¹⁰⁹⁵. Uma intervenção de intensidade leve nesses direitos fundamentais seria exigir informações prévias dos organizadores da manifestação pública relativamente ao local, horário e provável número de participantes, a fim de que as autoridades administrativas possam adotar providências relativamente ao trânsito e à segurança. Na decisão *Titanic*, o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou a condenação ao pagamento de indenização de 12 (doze) mil marcos como grave a intervenção no direito fundamental da liberdade de manifestação da opinião, especialmente porque poderia inibir futuras manifestações de expressão da revista *Titanic*¹⁰⁹⁶. Certamente, a condenação ao pagamento de uma indenização de 500 (quinhentos) marcos poderia ser considerada menos grave e uma condenação de 25 (vinte e cinco) mil marcos mais grave. Se as três podem ser tomadas como grave, pois igualmente implicam uma severa intervenção na liberdade de manifestação por meio de uma *condenação* judicial, com forte carga negativa para manifestações futuras, a obrigação de pagar 500 (quinhentos) marcos pode ser classificada como leve, a de pagar 12 (doze) mil marcos pode ser classificada como média e a de pagar 25 (vinte e cinco) mil marcos pode ser classificada como grave. Assim, no modelo triádico duplo, a intensidade da medida poderia ser classificada como grave/leve, grave/média ou grave/grave. O Tribunal Constitucional Federal alemão, na decisão sobre disposição da Lei de Proteção à Constituição de Nordrhein-Westfalen, que autorizava a obtenção secreta de dados de comunicação realizada via internet e o acesso secreto a sistemas por meio de infiltrações técnicas e, em última análise, a investigação secreta de computadores privados pelo Estado, considerou que essa normalização configurava grave intervenção no direito fundamental à garantia do caráter confidencial e integridade de sistemas técnicos de informação, compreendido no direito fundamental de personalidade geral do art. 2º, al. 2ª, da Lei

¹⁰⁹⁵ Cf. STF, ADIn. 1969, TP, j. 28/06/2007, DJ 31/08/2007.

¹⁰⁹⁶ Cf. BVerfGE 86, 1.

Fundamental¹⁰⁹⁷. As razões do Tribunal Constitucional Federal dizem que o recolhimento secreto de informações a partir dos sistemas técnicos de computador e da comunicação realizada pela internet caracteriza forte potencial investigativo sobre a personalidade de uma pessoa, permitindo que os órgãos estatais possam acessar, e manter indefinidamente, quaisquer informações privadas apresentadas em textos, imagens e áudio. Como todas as informações do sistema de comunicação via internet do afetado são rastreadas secretamente, terceiras pessoas são igualmente atingidas na mesma extensão¹⁰⁹⁸. Nesse julgamento, o Tribunal Constitucional Federal é explícito ao classificar como grave a intensidade da intervenção no direito de personalidade configurada pela medida legislativa estadual.

Com isso, está demonstrado que graus de intensidade em direitos fundamentais podem ser classificados em leve, médio e grave. Como os seus precedentes deixam claro, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, é corrente a expressa indicação e classificação de graus de intensidade de intervenção nos direitos fundamentais. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais brasileiros, a referência expressa a graus de intensidade de intervenção em direitos fundamentais é pouco comum. Mesmo assim, em alguns casos, a partir das razões dadas, graus de intensidade de intervenção podem ser atribuídos, como demonstrado nas decisões analisadas. O fato de o aplicador do Direito não indicar explicitamente o grau de intensidade de intervenção em um direito fundamental IP_i ou não apresentar razões que autorizem essa identificação não é um problema *da* ponderação, mas de *como* ela é realizada por aquele que aplica um princípio por meio da ponderação.

Como a intensidade da intervenção em P_i é sempre uma grandeza concreta, dependente das circunstâncias da situação concreta C tomada pelo aplicador do Direito, essas circunstâncias são decisivas como razões para verificação e justificação do respectivo grau de intensidade de intervenção. Assim, a regra *R.P.2.a*, que se refere ao dever de verificação e justificação do grau de intensidade de intervenção em P_i , impõe a obrigação de que as circunstâncias da situação concreta sejam consideradas nas razões apresentadas para justificar o grau de intensidade intervenção atribuído. Essas razões devem ser do tipo que se deixam sustentar por meio de premissas empíricas seguras. Assim, pode ser formulada a regra *R.P.2.a.i* que diz que quanto mais grave a

¹⁰⁹⁷ Cf. BVerfGE, 1 BvR 370/07 (234). Sobre essa decisão, ver cuidadosa análise de FRÖNER, Henrique. As barreiras dos direitos fundamentais: estudo teórico e análise de decisão do Tribunal Constitucional Federal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 64, Out.Dez., p. 85-135, 2009.

¹⁰⁹⁸ Cf. BVerfGE, 1 BvR 370/07 (231-235).

intensidade da intervenção em P_i , maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras justificadoras dessa gravidade. Essa formulação é uma derivação da segunda lei da ponderação que diz que quanto mais grave a intensidade de uma intervenção em P_i , maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras dessa intervenção¹⁰⁹⁹. Contudo, essa regra *R.P.2.a.i* não implica que premissas apoiadoras inseguras bastam à verificação e justificação de intervenção leve. Ela diz que devem ser apresentadas premissas apoiadoras tanto mais seguras quanto possível. Assim, por exemplo, as premissas apoiadoras empíricas são apresentadas por meio de proposições descritivas passíveis de verdade. É certo que não há remédio contra a falibilidade, mas não é menos certo que uma proposição descritiva é verdadeira enquanto não forem apresentadas provas de sua falsidade. Que proibir manifestações públicas em um determinado lugar atinge mais intensamente a liberdade de reunião e de manifestação do que exigir informações dos organizadores a respeito do local, horário e número provável de manifestantes é uma verdade contra a qual poucos argumentos podem ser levantados. É uma verdade suportada por premissas empíricas seguras a de que o recolhimento secreto de informações dos sistemas de computador e o interceptar secretamente comunicação realizada pela internet ou qualquer outro meio, pelo Estado, é uma medida que ofende intensamente o direito à intimidade.

A verificação e justificação do grau de intensidade de intervenção de uma medida é algo que pode ser relacionado comparativamente ao grau de intensidade de intervenção de uma ou mais medidas. A intensidade da intervenção da medida estatal que proíbe o funcionamento das câmaras de bronzeamento artificial é maior do que a da medida que estabelece o funcionamento dos equipamentos com a limitação da intensidade dos raios ultravioletas. O mesmo se pode dizer da medida judicial que proíbe o funcionamento de uma casa noturna em razão da poluição sonora e de outra que não proíbe, mas permite a abertura da casa mediante a adoção de providências técnicas para redução do som propagado a níveis tolerados. Se graus de intensidade podem ser atribuídos, eles podem ser comparados. Então, pode ser formulada a regra *R.P.2.a.ii* para dizer que o grau de intensidade da intervenção de uma medida em P_i deve ser comparado com o grau de intensidade de intervenção de uma ou de outras medidas em P_i igualmente possíveis. Além disso, comparar medidas serve para identificar aquelas que afetam as posições fundamentais jurídicas *prima facie* mais importantes dos direitos fundamentais. O direito a não interdição da liberdade da

¹⁰⁹⁹ Cf. Cap. IV, n. 4.2.1.4.

atividade econômica é mais essencial do que o direito a que não sejam impostas exigências apenas limitadoras da liberdade da atividade econômica. Assim, a verificação do grau de intensidade da intervenção depende da intensidade de afetação das posições fundamentais jurídicas *prima facie* do direito fundamental. Para a determinação dessa intensidade de afetação contam as premissas empíricas sobre a eficácia, a duração, a probabilidade e a extensão da medida da intervenção¹¹⁰⁰. Assim, pode ser formulada a regra *R.P.2.a.iii* para dizer que quanto mais intensamente é afetada a fundamentabilidade de um princípio P_i , maior deve ser o grau de intensidade da intervenção I_i .

A importância dessas exigências está em dar clareza e racionalidade às razões apresentadas para a verificação e justificação do grau de intensidade de intervenção em P_i .

4.2.1.2 O grau da importância da realização

O segundo passo da estrutura da ponderação é dado com a verificação e justificação da importância da realização de P_j . O que interessa é determinar o grau de importância de realização ou cumprimento de P_j . Diferentemente do primeiro passo da estrutura, o grau de importância de realização de P_j não necessariamente precisa ser concebido exclusivamente como uma grandeza concreta. Pode-se formar um conceito de importância no qual o abstrato e o concreto estão unidos. De qualquer sorte, para a lei da ponderação, conta mais a importância concreta. A questão que se coloca é como determinar a importância concreta da realização ou cumprimento de um princípio ou direito fundamental ou, ainda, bem coletivo constitucionalmente protegido¹¹⁰¹.

Como se trata de colisão de princípios, ela depende das repercussões que a omissão ou a não efetivação da medida interveniente em P_i iria ter sobre a realização ou cumprimento de P_j . A importância concreta da realização ou cumprimento de P_j determina-se, então, segundo as repercussões que a omissão da intervenção em P_i teria para P_j ¹¹⁰². A partir disso, Alexy formula a seguinte proposição: a importância concreta de P_j é calculada segundo quão intensivamente a não intervenção em P_i intervém em P_j . O conceito da importância concreta P_j é idêntico com o conceito de intensidade de

¹¹⁰⁰ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 764-765.

¹¹⁰¹ Cf. ALEXY, *A fórmula peso...*, p. 140.

¹¹⁰² Cf. ALEXY, *On Balancing and Subsumption...*, p. 441.

intervenção em P_j por omissão da intervenção em P_i . Se para intensidade da intervenção vale I , então o equivalente para IP_iC é IP_jC . A formulação concisa de IP_jC é I_j . Assim: $IP_jC=I_j$ ¹¹⁰³. Então, pode ser formulada a regra *R.P.2.b.i* que diz que a importância concreta de P_j deve ser verificada e justificada pela intensidade com que a não intervenção em P_i intervém em P_j .

Alguns exemplos recortados dos precedentes da jurisprudência confirmam que graus de importância de P_j podem ser verificados e justificados como leve, médio e grave. O caso da decisão *Titanic*, no que diz com a qualificação de “aleijado” dada pela revista ao oficial da reserva, pessoa que havia sofrido grande mutilação, é ilustrativo. Para se determinar a intensidade da intervenção na liberdade de opinião deve, simplesmente, ser verificado quão intensivamente a proibição dessa manifestação, juntamente com a imposição de uma indenização em dinheiro, intervém na liberdade de opinião. Para se determinar a importância do cumprimento do princípio da proteção da personalidade deve ser verificado o que a omissão ou a não efetivação da intervenção na liberdade de manifestação de opinião iria significar para a realização da proteção da personalidade. Trata-se do custo da proteção da personalidade em relação à conservação da liberdade de manifestação da opinião. A importância da realização do princípio da proteção da personalidade, no caso *Titanic*, resulta do quão intensivamente a não proteção por não intervenção na liberdade de manifestação da opinião iria intervir no direito de personalidade¹¹⁰⁴. O grau de importância da realização do direito de personalidade alto está justificado porque a não intervenção na liberdade de manifestação da revista *Titanic* implica grave violação ao direito de personalidade do oficial da reserva chamado de “aleijado”. Essa designação atribuída a uma pessoa que sofreu uma grande mutilação, em geral, é “entendida como humilhação” e “desprezo”. Diferente é o caso em que a revista *Titanic* designou o oficial da reserva como “nascido assassino”. O grau de importância de realização do direito de personalidade é leve porque a não intervenção na liberdade de manifestação da revista *Titanic* implica uma leve intervenção no direito de personalidade do oficial da reserva. As razões justificadoras desse grau estão relacionadas ao fato de que a designação de “nascido assassino” estava inserida no contexto de sátiras, que não eram levadas muito a sério, normalmente publicadas¹¹⁰⁵. Na decisão *tabaco*, o Tribunal Constitucional Federal

¹¹⁰³ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 141.

¹¹⁰⁴ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 140; ALEXY, Robert. *Constitutional Rights, Balancing and Rationality. Ratio Juris*, v. 16, n. 2, Jun. 2003, p. 139.

¹¹⁰⁵ Cf. BVerfGE 86, 1; ALEXY, A fórmula peso..., p. 135.

alemão considerou alta a importância da proteção da saúde e da vida das pessoas diante dos riscos impostos pelo uso de produtos derivados do fumo¹¹⁰⁶. As razões a favor da intervenção na liberdade de iniciativa das empresas pesam gravemente, não havendo muitas dúvidas quanto a sua segurança empírica. Na comunidade científica parece haver consenso quanto às consequências nocivas à saúde e vida humanas causadas pelo uso contínuo dos produtos derivados do fumo. Nesse caso, o grau de importância de realização da proteção da saúde pública é alto porque a não intervenção na liberdade de iniciativa das empresas implica uma grave intervenção na proteção da saúde e da vida das pessoas. Além disso, poderia ser acrescentado que quanto mais debilitada é a saúde de uma população maior devem ser os investimentos do orçamento estatal. Com isso, maior deve ser arrecadação do Estado e maior a carga tributária. Os direitos de propriedade e da liberdade de iniciativa poderiam resultar ainda mais restringidos em favor do bem coletivo da saúde pública. Em certa medida, muito próximo dessas razões estão as da Resolução 56/09 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que proibiu a importação, o recebimento em doação, o aluguel, a comercialização e o uso de equipamentos de bronzeamento artificial para finalidade estética, com emissão de radiação ultravioleta. O grau de importância da realização da proteção da saúde pública é alto, justificado pela prevenção de doenças relacionadas ao uso de câmaras de raios ultravioletas para bronzeamento artificial para fins exclusivamente estéticos. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região tomou como certas as premissas empíricas pressupostas pela normativa estatal da agência reguladora fundadas na classificação das radiações ultravioletas como cancerígenas pela Agência Internacional de Pesquisa sobre Câncer (*Internaticonal Agency of Research on Cancer*) da Organização Mundial de Saúde (*World Health Organization*) e informações recolhidas do Instituto Nacional do Câncer e da Sociedade Brasileira de Dermatologia. Entre as razões de justificação da importância da proteção da saúde pública, a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região faz referência a pressuposições empíricas da agência reguladora do tratamento de “milhares pessoas acometidas pela enfermidade” e do gasto da ordem de R\$ 24 milhões no ano de 2008¹¹⁰⁷. O grau de importância da proteção da saúde pública é alto porque a não intervenção na liberdade de iniciativa das empresas implica grave intervenção na saúde pública. Na decisão Glória Trevi, pode-se dizer que Supremo

¹¹⁰⁶ Cf. BVerfGE 95, 173; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 649-655.

¹¹⁰⁷ Cf. TRF4, SAT. 00017824420104047100, 2. VP, j. 22/01/2010, DE 05/02/2010.

Tribunal Federal considerou alta a importância de realização da proteção da honra dos agentes federais e dos bens coletivos relativos à imagem da própria Polícia Federal, da moralidade administrativa, da persecução criminal e segurança pública. O grau de importância da realização da proteção da honra dos agentes federais e dos bens coletivos é alto porque a não intervenção na liberdade geral de Gloria Trevi implica alta intervenção no direito de proteção dos agentes federais e dos bens coletivos. O grau alto encontra justificção nas razões assentadas na gravidade dos fatos atribuídos aos agentes e à instituição pública¹¹⁰⁸. Na decisão sobre manifestações públicas em Brasília, o Supremo Tribunal Federal nada diz sobre a importância da realização dos bens coletivos segurança pública, organização do trânsito e assegurar o regular funcionamento dos órgãos públicos pelo Decreto Distrital 20.007/99¹¹⁰⁹. Isso, contudo, não impede se reconheça que o grau de importância da realização desses bens coletivos alcançado pela medida estatal é baixo. O grau de importância da realização desses bens coletivos é baixo porque a não intervenção na liberdade de manifestação e de reunião implica baixa intervenção nos bens coletivos. Trata-se do custo da proteção dos bens coletivos em relação à conservação da liberdade de manifestação da opinião e de reunião. O custo para segurança pública, organização do trânsito e regular funcionamento dos órgãos públicos é baixo no caso de não intervenção na liberdade de manifestação e de reunião. O Tribunal Constitucional Federal alemão, na decisão sobre disposição da Lei de Proteção à Constituição de Nordrhein-Westfalen, que autorizava a obtenção secreta de dados de comunicação realizada via internet e o acesso secreto a sistemas por meio de infiltrações técnicas, considerou que essa normalização somente encontra justificção *se* configurados “indícios objetivos de ameaça” aos bens jurídicos protegidos. Somente observada essa situação, pode-se considerar atribuir um grau alto para a importância de realização dos bens jurídicos protegidos¹¹¹⁰. Ainda que o Tribunal Constitucional Federal alemão não tenha feito referência expressa a isto, pode-se retirar que tenha feito uma atribuição média do grau de importância de realização dos bens jurídicos protegidos. Isso porque a decisão faz referência que a norma em questão não estabelece como pressuposto a existência de indícios objetivos de ameaça¹¹¹¹.

¹¹⁰⁸ Cf. STF, Recl. 2040, TP, j. 21/02/2002, DJ 27/06/2003.

¹¹⁰⁹ Cf. STF, ADIn. 1969, TP, j. 28/06/2007, DJ 31/08/2007.

¹¹¹⁰ Cf. BVerfGE, 1 BvR 370/07 (242-250); FRÖNER, As barreiras dos direitos fundamentais: estudo teórico e análise de decisão do Tribunal Constitucional Federal..., p. 125.

¹¹¹¹ Cf. FRÖNER, As barreiras dos direitos fundamentais: estudo teórico e análise de decisão do Tribunal Constitucional Federal..., p. 125.

Assim, está demonstrado que graus de importância de realização de direitos fundamentais ou bens coletivos podem ser classificados em leve, médio e grave. Com isso, IP_j pode ser leve, médio e grave. Esses graus podem ser mais refinados ainda se for possível uma escala triádica dupla. Ainda que a atribuição de graus de importância de realização IP_j não seja corrente nos precedentes da jurisprudência, em alguns casos, a partir das razões dadas, eles podem ser atribuídos, como demonstrado nas decisões analisadas. Como a importância da realização de P_j é uma grandeza concreta, dependente das circunstâncias da situação concreta tomada pelo juiz C , essas circunstâncias são decisivas como razões para verificação e justificação do respectivo grau de importância de realização. Assim, a regra *R.P.2.b*, que se refere ao dever de verificação e justificação do grau de importância de realização de P_j , impõe a obrigação de que as circunstâncias da situação concreta sejam consideradas nas razões apresentadas para justificar o grau de importância de realização atribuído. Essas razões devem ser do tipo que se deixam sustentar por meio de premissas apoiadoras seguras. Assim, pode ser formulada a regra *R.P.2.b.i* que diz que quanto maior a importância de realização de P_j , maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras dessa importância. Essa formulação também é uma derivação da segunda lei da ponderação¹¹¹². O que essa regra *R.P.2.b.i* implica é que devem ser apresentadas premissas apoiadoras tanto mais seguras quanto possível. Se a atribuição do grau de importância de realização da segurança pública, da organização do trânsito e do regular funcionamento dos órgãos públicos está relacionada ao significado da não intervenção na liberdade de manifestação e de reunião para referidos os bens coletivos, então as premissas apoiadoras pressupostas devem ser seguras. Não se pode falar em intensidade de intervenção ou cumprimento de P_j sem a análise das premissas apoiadoras pressupostas na situação concreta C . No caso da proibição das manifestações públicas em Brasília, as razões da importância da realização dos bens coletivos devem indicar o que significaria para a segurança pública, organização do trânsito e regular funcionamento dos órgãos públicos a realização de manifestações públicas na Praça dos Poderes, Explanada dos Ministérios e na Praça Buriti. Se as evidências empíricas e os estudos técnicos dizem que a importância não é alta, então ela será média ou baixa. A mesma estrutura argumentativa pode ser empregada no caso das medidas estatais restritivas da liberdade de atividade econômica em favor da realização de bens coletivos como a saúde pública ou a integridade do ambiente. A atribuição do grau de importância da realização desses

¹¹¹² Cf. Cap. IV, n. 4.2.1.4.

bens coletivos deve ser relacionada com o significado da exclusão da medida para os bens coletivos mesmos. Qual é o significado para a proteção da saúde pública o não proibir as câmaras de bronzeamento artificial por meio de raios ultravioletas? Essa mesma questão pode ser formulada em relação à proteção da integridade ambiental pela proibição de uso de sementes geneticamente modificadas ou da importação de pneus usados para fins de utilização pelas indústrias de remoldados, recauchutagem e vulcanização. Ao atribuir graus de importância desses bens coletivos pela não intervenção na livre iniciativa, as razões devem estar assentadas em pressuposições empíricas seguras em favor da proteção da saúde e da integridade ambiental.

4.2.1.3 A relação entre os graus

No terceiro passo, os graus atribuídos em cada um dos passos anteriores devem ser postos em relação um com outro. Uma vez determinado o grau de intensidade de intervenção em P_i e o grau de importância de realização de P_j , eles devem ser relacionados de tal modo que seja respondido se a importância da realização de P_j justifica a intensidade de intervenção em P_i . Assim, pode ser formulada a regra da ponderação *R.P.3*: determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i (IP_i) e o grau de importância de realização de um princípio P_j (IP_j), eles devem ser postos em uma relação de prevalência.

A fim de que essa regra possa ser cumprida, deve ser respondido se o grau de intensidade de intervenção IP_i e o grau de importância de realização de P_j podem ser comparados. Se essa comparabilidade é possível, então a objeção da incomensurabilidade está afastada definitivamente. Segundo Alexy, não se trata de comparabilidade imediata de alguns objetos, mas da comparabilidade de seu significado para a Constituição. O conceito, portanto, é de comparabilidade do significado para a Constituição – que contém dois elementos que bastam para a comensurabilidade¹¹¹³.

O primeiro é um ponto de vista uniforme, dado pelo “ponto de vista da Constituição”. Esse ponto de vista diz o que é “correto por causa da Constituição”¹¹¹⁴. A incomensurabilidade aparece quando se abandona o ponto de vista uniforme. É como se cada intérprete da Constituição dissesse a outro que a partir de seu ponto de vista vale uma coisa e que de outro ponto de vista vale outra coisa, de tal sorte que cada um, a

¹¹¹³ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 142.

¹¹¹⁴ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 142.

partir de seu ponto de vista, tem razão. Nesse caso, não haveria um ponto de vista uniforme ou comum a partir do qual algo pode ser verificado e criticado. Aí, então, um discurso racional não seria possível. Contudo, se um discurso racional sobre aquilo que vale para a Constituição é possível, então um ponto de vista uniforme também é possível. O que permite isso é a ideia regulativa do correto por causa da Constituição. Quem nega isso deve negar também a possibilidade de um discurso racional sobre avaliações no quadro da interpretação constitucional¹¹¹⁵.

O segundo elemento criador da comensurabilidade é uma escala capaz de proporcionar os graus para a avaliação das perdas e ganhos jurídico-fundamentais. É o caso da escala triádica l, m, s no modelo simples e duplo. O emprego desta escala triádica simples ou dupla, a partir de um ponto de vista uniforme da Constituição, cria a comensurabilidade¹¹¹⁶.

A partir disso, então, o terceiro passo da ponderação pode ser desenvolvido em três configurações. Na primeira, a intervenção em P_i é mais intensiva do que aquela em P_j : (1) $I_i:s, I_j:l$; (2) $I_i:s, I_j:m$; (3) $I_i:m, I_j:l$. Nesses casos, P_i prevalece sobre P_j . Vale a relação de precedência condicionada: $(P_iPP_j)C$. Igualmente, existem três configurações, nas quais a intervenção em P_j é mais intensiva do que aquela em P_i : (4) $I_i:l, I_j:s$; (5) $I_i:m, I_j:s$; (6) $I_i:l, I_j:m$. Nesses casos, P_j prevalece sobre P_i . Vale a relação de precedência condicionada: $(P_jPP_i)C$. Por fim, existem três configurações, nas quais há empate. (7) $I_i:l, I_j:l$; (8) $I_i:m, I_j:m$; (9) $I_i:s, I_j:s$. Nesses casos, a ponderação não determina nenhum resultado. O caso reside em um espaço de ponderação estrutural para a delimitação da competência das competências do Tribunal Constitucional, por um lado, e do legislador e dos tribunais ordinários, por outro lado¹¹¹⁷. Quando da relação de precedência condicionada resulta a primazia de um princípio sobre o outro, está ordenada a consequência jurídica do princípio que ganha a primazia. Segundo Alexy, a proposição de preferência tem a forma $(P_1PP_2)C$ e resulta na regra de que C implica R . O que isso significa é que sob as condições C está ordenada definitivamente a consequência jurídica exigida por P_1 ¹¹¹⁸. Assim, se da relação de precedência resulta a primazia de P_i sobre P_j , então está ordenada a consequência jurídica de P_i . Se o resultado da relação de precedência é a primazia de P_j sobre P_i , então está ordenada a consequência jurídica de P_j . Com isso, pode ser formulada a seguinte regra da

¹¹¹⁵ Cf. ALEXY, On balancing and Subsumption..., p. 442.

¹¹¹⁶ Cf. ALEXY, On balancing and Subsumption..., p. 442.

¹¹¹⁷ Cf. ALEXY, On balancing and Subsumption..., p. 443.

¹¹¹⁸ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 143.

ponderação *R.P.4*: quando da relação de precedência condicionada resulta a precedência de um princípio (P_i , P_j) sobre o outro (P_i , P_j), está ordenada a consequência jurídica do princípio que ganha a primazia (P_i , P_j).

Alguns exemplos recolhidos da jurisprudência podem confirmar a importância do modelo triádico para a relação de comparabilidade entre graus de intensidade de intervenção e de importância de realização e, assim, para a determinação da relação de precedência condicionada entre IP_i e IP_j numa dada situação concreta C .

Na decisão tabaco, o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou leve a intervenção na liberdade de iniciativa e atividade econômica das indústrias de produtos de fumo, consistente na obrigação de fazer constar, nas respectivas embalagens de seus produtos, as advertências dos riscos à saúde. Uma intervenção de intensidade grave seria a proibição completa de todos os produtos de cigarro¹¹¹⁹. Essa intervenção de intensidade leve pode ser designada como IP_i/lC ou simplesmente I_i/l . Por outro lado, as razões da decisão dizem que o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou alta a importância da realização da saúde pública, pois o uso continuado dos produtos de fumo pode causar doenças graves e até mesmo a morte. O grau de importância da realização do bem coletivo de proteção da saúde P_j é alto, pois a não intervenção na liberdade de iniciativa das empresas implica grave intervenção em P_j . Essa intervenção pode ser designada como IP_j/sC ou simplesmente I_j/s . Nesse caso, I_i/l e I_j/s (4) implicam $(P_jPP_i)C$. Se esse é o resultado da relação de precedência condicionada, então deve ser aplicada a regra que ordena a consequência jurídica de P_j . Nas circunstâncias dadas, a intervenção de intensidade leve na liberdade de iniciativa das empresas se acha justificada pelo grau de importância alto da realização do bem coletivo da proteção da saúde pública.

Na decisão sobre a proibição das câmaras de bronzamento artificial¹¹²⁰, a intervenção na liberdade de iniciativa das empresas pode ser classificada como grave, pois reduz a zero a possibilidade dessa atividade econômica. Essa intervenção pode ser designada como I_i/s . Contra essa classificação, pode ser argumentado que a proibição veda apenas um dos serviços normalmente prestados pelas empresas de embelezamento, mas não lhes retira a liberdade de iniciativa para a continuidade do negócio em outras áreas dos serviços de beleza. Assim, a proibição poderia ser classificada como uma intervenção leve ou média na liberdade de iniciativa das empresas. Esse argumento

¹¹¹⁹ Cf. BVerfGE 95, 173; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 649-655.

¹¹²⁰ Cf. TRF4, SAT 00017824420104047100, 2. VP, j. 22/01/2010, DE 05/02/2010.

deixa evidente que a atribuição dos graus de intensidade de intervenção em P_i e de importância de realização para P_j depende das circunstâncias da situação concreta tomada em consideração. Se o caso levado ao aplicador do Direito é o de uma pequena empresa que presta exclusivamente os serviços de bronzeamento artificial por raios ultravioletas, a medida estatal proibitiva atinge o núcleo do negócio. Nesse caso, a intensidade da intervenção deve ser classificada como grave. Contudo, se o caso é de uma empresa em que o serviço de bronzeamento artificial representa apenas 20% do seu negócio, então a intervenção na liberdade de iniciativa pode ser classificada como leve ou média. A definição do grau de intensidade de intervenção se complica quando o caso é levado ao aplicador do Direito por meio da entidade de classe representante das empresas de bronzeamento artificial. Se premissas empíricas seguras confirmarem que a medida estatal implica o encerramento do negócio de centenas de empresas e a extinção de milhares de postos de emprego, então a intensidade da intervenção na liberdade de iniciativa pode ser classificada como grave. Se ficar demonstrado que esse é apenas um dos serviços normalmente prestados pelas empresas de embelezamento, então a intervenção pode ser classificada como leve ou média. Por seu lado, as razões para a intervenção na liberdade de iniciativa das empresas estão no grau alto de importância da realização do bem coletivo de proteção da saúde pública. Essa importância alta de realização pode ser designada como I_{js} . Evidentemente, esse grau deve ser confirmado por meio da segurança das premissas empíricas pressupostas pela medida estatal. Se a intensidade da intervenção na liberdade é classificada como de grau leve I_{il} ou média I_{im} e se o grau de importância da realização do bem coletivo de proteção da saúde pública é alto I_{js} , então a relação de precedência condicionada se resolve a favor da primazia da proteção da saúde pública. A importância alta da realização do bem coletivo de proteção da saúde pública justifica a intervenção leve ou média na liberdade de iniciativa das empresas. Nos casos de I_{il} e I_{js} (4) e de I_{im} e I_{js} (5), vale $(P_j \mathbf{P} P_i)C$. Se esse é o resultado da relação de precedência condicionada, então deve ser aplicada a regra que ordena a consequência jurídica de P_j . Se a intensidade de intervenção é classificada como grave I_{is} , tem-se um empate. A relação de comparação coloca lado a lado uma intervenção de intensidade alta I_{is} e uma importância de realização igualmente alta I_{js} . A ponderação não resolve, pois, o caso se inclui no espaço liberado para a ponderação estrutural. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, no âmbito de sua competência, editou a Resolução 56/09 para proibir o funcionamento das câmaras de bronzeamento artificial por meio de raios ultravioletas. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região disse

que a medida é proporcional. Diferentemente do sugerido na decisão, o caso não se resolve pela ponderação dos princípios em colisão P_i e P_j e sim está no espaço de ponderação estrutural da autoridade estatal¹¹²¹.

Na decisão Glória Trevi, pode-se dizer que Supremo Tribunal Federal considerou leve a intensidade da intervenção da medida consistente no recolhimento de material biológico da placenta retirada da cantora mexicana para fins de realização de exame DNA. A razão dessa classificação está no fato de que o material genético seria recolhido “sem invasão atual a sua integridade física”¹¹²². Assim, tem-se uma intervenção de intensidade leve no direito de liberdade e intimidade I_l . Por seu lado, pode-se dizer que Supremo Tribunal Federal considerou alta a importância de realização da proteção da honra dos agentes federais e dos bens coletivos relativos à imagem da própria Polícia Federal, da moralidade administrativa, da persecução criminal e segurança pública. Esse grau de importância de realização alto I_s encontra justificção na gravidade dos fatos atribuídos aos agentes e à instituição pública federal. No caso, I_l e I_s (4) implicam $(P_jPP_i)C$. Se esse é o resultado da relação de precedência condicionada, então deve ser aplicada a regra que ordena a consequência jurídica de P_j . Nas circunstâncias dadas, a intervenção de intensidade leve no direito de liberdade e intimidade de Glória Trevi está justificada pelo grau de importância alto da realização da proteção da honra dos agentes federais e dos bens coletivos relativos à imagem da Polícia Federal, da moralidade administrativa, da persecução criminal e segurança pública.

Na decisão sobre manifestações públicas em Brasília, o Supremo Tribunal Federal considerou grave a intensidade da intervenção na liberdade de reunião e de manifestação configurada pela medida estatal dada por intermédio do Decreto Distrital 20.007/99 do Distrito Federal, que proibiu a “realização de qualquer manifestação pública, exceto as de caráter cívico-militar, religioso e cultural” na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e Praça Buriti¹¹²³. Essa intervenção de intensidade grave pode ser designada por I_s . Por outro lado, o grau de importância da realização dos bens coletivos segurança pública, organização do trânsito e o regular funcionamento dos órgãos públicos alcançados pelo Decreto Distrital 20.007/99 pode ser classificado como baixo I_l . No caso, I_s e I_l (1) implicam $(P_iPP_j)C$. Assim, deve ser aplicada a

¹¹²¹ Cf. Cap. IV, n. 4.4.1.

¹¹²² Cf. STF, Recl. 2040, TP, j. 21/02/2002, DJ 27/06/2003.

¹¹²³ Cf. STF, ADIn. 1969, TP, j. 28/06/2007, DJ 31/08/2007.

regra que ordena a consequência jurídica de P_i . A intensidade de intervenção grave na liberdade de manifestação e de reunião não está justificada pelo grau de importância baixo da realização dos bens coletivos segurança pública, organização do trânsito e regular funcionamento dos órgãos públicos.

Na decisão *Titanic*, o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou a condenação ao pagamento de indenização de 12 (doze) mil marcos como grave a intervenção no direito fundamental da liberdade de manifestação da opinião, especialmente porque poderia inibir futuras manifestações de expressão da revista *Titanic*. Por outro lado, considerou igualmente alta a importância da realização do direito de personalidade do oficial da reserva que havia sido, pela revista, qualificado como “aleijado”¹¹²⁴. No caso, I_{iS} e I_{jS} (9) implicam um empate. Nesse caso, a ponderação não determinada nenhum resultado. Ela apenas diz inexistir primazia de P_i sobre P_j e de P_j sobre P_i . Por isso mesmo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão não reconheceu “nenhuma ponderação defeituosa por conta da liberdade de manifestação de opinião”, deixando de acolher o recurso constitucional da revista *Titanic*¹¹²⁵.

O Tribunal Constitucional Federal alemão considerou grave a intensidade da intervenção no direito fundamental de personalidade geral configurada pela medida legislativa que autorizava a obtenção secreta de dados de comunicação realizada via internet e o acesso secreto a sistemas por meio de infiltrações técnicas e, em última análise, a investigação secreta de computadores privados pelo Estado¹¹²⁶. Essa classificação pode ser designada como I_{iS} . O grau de importância da realização dos bens coletivos que a medida pretendia alcançar pode ser classificado como médio, pois o Tribunal Constitucional Federal alemão disse que ela somente estaria justificada se configurados “indícios objetivos de ameaça” aos bens jurídicos protegidos. Somente se observada essa situação, pode-se atribuir um grau alto para a importância de realização dos bens jurídicos protegidos¹¹²⁷. Então, esse grau de importância de realização médio pode ser designado como I_{jm} . No caso de I_{iS} e I_{jm} , a relação de precedência condicionada determina a primazia de P_i sobre P_j . Assim, tem-se $(P_iPP_j)C$. Daí, então, deve ser aplicada a regra que ordena a consequência jurídica de P_i .

¹¹²⁴ Cf. BVerfGE 86, 1.

¹¹²⁵ Cf. BVerfGE 86, 1; ALEXY, A fórmula peso..., p. 135.

¹¹²⁶ Cf. BVerfGE, 1 BvR 370/07 (234).

¹¹²⁷ Cf. BVerfGE, 1 BvR 370/07 (242-250); FRÖNER, As barreiras dos direitos fundamentais: estudo teórico e análise de decisão do Tribunal Constitucional Federal..., p. 125.

Esses exemplos da jurisprudência não servem para eliminar todas as dúvidas quanto aos limites da classificação dos graus de intervenção e importância, pois eles não se deixam medir facilmente por intermédio de uma escala cardinal. Até mesmo a classificação leve, média e grave causa problemas. É a própria natureza do Direito constitucional que fixa limites à precisão da escalação e, de todo, exclui escalações de tipo infinitesimal. Contudo, o que é possível é uma ilustração, com o auxílio de números, da estrutura do modelo triádico¹¹²⁸.

4.2.1.4 A fórmula peso

A relação entre a intensidade de intervenção em P_i (I_i) e a importância da realização de P_j (I_j) pode ser posta de duas maneiras: *i*) consequências aritméticas; *ii*) consequências geométricas. A tríade l, m, s como consequência aritmética é $1, 2, 3$. Com seu auxílio, a fórmula que expressa o peso de um princípio sob as circunstâncias do caso a ser decidido, que é o peso concreto de um princípio, pode ser apresentada assim: $G_{i,j} = I_i - I_j$. Essa é a fórmula da diferença. $G_{i,j}$ aqui, não deve ser confundido com G_i , pois este representa o peso abstrato de P_i . A designação completa do peso abstrato de um princípio é GP_iA . A designação $G_{i,j}$ representa o peso concreto de P_i , portanto, o peso de P_i sob as circunstâncias do caso concreto C . A sua designação completa é $GP_{i,j}C$ ¹¹²⁹. Por meio dessa fórmula pode-se concluir que o peso concreto de um princípio é sempre um peso relativo. Isso pelo fato de que ela determina o peso concreto como a diferença entre a intensidade da intervenção em P_i e a importância concreta do princípio em sentido contrário P_j . Com isso, o peso concreto de P_i é o peso concreto de P_i relativamente a P_j ¹¹³⁰.

Empregados os números 1, 2, 3 na fórmula da diferença, no caso de primazia de P_i sobre P_j , os resultados de $G_{i,j}$ são positivos: (1) $s, l = 3 - 1 = 2$; (2) $s, m = 3 - 2 = 1$; (3) $m, l = 2 - 1 = 1$. No caso de primazia de P_j sobre P_i , os resultados de $G_{i,j}$ são negativos: (4) $l, s = 1 - 3 = -2$; (5) $m, s = 2 - 3 = -1$; (6) $l, m = 1 - 2 = -1$. Nos três casos de empate, o peso concreto, portanto, relativo de P_i é 0: (7) $l, l = 1 - 1 = 0$; (8) $m, m = 2 - 2 = 0$; (9) $s, s = 3 - 3 = 0$. Segundo Alexy, essa ilustração das relações do modelo triádico da fórmula da diferença tem a vantagem da simplicidade e da clareza,

¹¹²⁸ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 144.

¹¹²⁹ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 144.

¹¹³⁰ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 145.

mas apresenta a desvantagem de não compreender uma qualidade central para os princípios. Isso fica evidente quando se emprega a ilustração do modelo triádico por intermédio da consequência geométrica¹¹³¹.

Na consequência geométrica, toma-se 2^0 , 2^1 e 2^2 . Portanto: 1, 2 e 4. Assim, os intervalos entre os graus não são iguais, mas aumentam. Com isso, pode ser apresentado o fato de que princípios, em intensidades de intervenção ascendente, obtêm sempre mais em força, o que corresponde à “lei da taxa marginal de substituição minguate”. O caráter geométrico da escalação permite definir o peso concreto de P_i por intermédio de uma fórmula cociente do tipo: $G_{i,j} = I_i/I_j$ ¹¹³². Assim, o peso concreto de P_i relativamente a P_j é resultado da divisão entre o grau de intensidade de intervenção em P_i (I_i) e o grau de importância da realização de P_j (I_j).

Essa fórmula configura o núcleo de uma fórmula mais ampla, que é a “fórmula peso”¹¹³³. Na sua configuração completa, ela contém, ao lado das intensidades de intervenção, os pesos abstratos dos princípios colidentes e os graus de segurança de suposições empíricas sobre a realização e não realização dos princípios colidentes pelas medidas que estão em questão. Isso significa que o peso concreto ou relativo dos princípios em colisão depende de três fatores e, portanto, de seis fatores. Eles devem ser citados, contudo, somente quando os pares de fatores respectivos forem desiguais. Se iguais, eles neutralizam-se reciprocamente. Na fórmula acima apresentada, os pesos abstratos e os graus de segurança foram reduzidos por causa dos seus pesos respectivos. Quando entram em jogo mais de dois princípios, a fórmula peso deve ser ampliada, disso resultando a fórmula peso ampliada¹¹³⁴.

A fórmula peso somente é aceitável quando os valores de $G_{i,j}$ reconstruem adequadamente o ponderar. Quando P_i prevalece sobre P_j , $G_{i,j}$ obtém um valor que é maior que 1: (1) s , $l = 4/1 = 4$; (2) s , $m = 4/2 = 2$; (3) m , $l = 2/1 = 2$. Quando P_j prevalece sobre P_i , $G_{i,j}$ obtém um valor que é abaixo de 1: (4) l , $s = 1/4 = 0,25$; (5) m , $s = 2/4 = 0,50$; (6) l , $m = 1/2 = 0,50$. Em caso de empate, o valor é igual a 1: (7) l , $l = 1/1 = 1$; (8) m , $m = 2/2 = 1$; (9) s , $s = 4/4 = 1$ ¹¹³⁵. Assim, então, se $G_{i,j}$ é maior do que 1, então $P_i \mathbf{PP}_j$; se $G_{i,j}$ é menor do que 1, então $P_j \mathbf{PP}_i$; se $G_{i,j}$ é igual a 1, tem-se um empate.

¹¹³¹ Cf. ALEXANDER, A fórmula peso..., p. 145.

¹¹³² Cf. ALEXANDER, A fórmula peso..., p. 146.

¹¹³³ Cf. ALEXANDER, On Balancing and Subsumption..., p. 444.

¹¹³⁴ Cf. ALEXANDER, A fórmula peso..., p. 146.

¹¹³⁵ Cf. ALEXANDER, On Balancing and Subsumption..., p. 444-445.

A consequência geométrica parece não ter muita vantagem em relação à consequência aritmética. A diferença de graus s,l não é muito grande em relação à diferença entre os graus s,m e m,l . Contudo, a situação se modifica no caso do modelo triádico duplo, pois a consequência aritmética vai de 1 a 9 e a geométrica de 2^0 a 2^8 . No modelo triádico duplo, ocorre um refinamento da intensidade da intervenção e importância de realização do seguinte modo: s,s ; s,m ; s,l ; m,s ; m,m ; m,l ; l,s ; l,m ; l,l . Nesse modelo, a intervenção mínima é l,l e a extrema s,s . A intervenção menos justificada é representada pela combinação de s,s e l,l . Um exemplo deixa isso evidente: a intervenção no direito de liberdade consistente na imposição de uma pena privativa de liberdade de sete anos de reclusão (s,s) a alguém que deixou cair um pedaço de cigarro no passeio público (l,l). Na fórmula diferença, tem-se o peso concreto do direito fundamental em jogo a partir da diferença entre 9 (s,s) e 1 (l,l), resultando 8. Na fórmula cociente, tem-se o peso concreto obtido a partir da relação entre 2^8 (s,s) e 2^0 (l,l), resultando verificado o crescimento da não justificação da intervenção para 256. Ao contrário, a justificação extrema de intervenção resulta da combinação de l,l e s,s . Pela fórmula diferença, isso resulta em -8 e pela fórmula cociente o resultado é de $1/256$ ou $0,00390625$ ¹¹³⁶.

Na ponderação, também os pesos abstratos desempenham um papel. Se os pesos abstratos são iguais, eles se neutralizam reciprocamente. Contudo, quando são diferentes, eles contribuem para o resultado da ponderação. Na relação entre a intensidade de intervenção em P_i (I_i) e a importância de realização de P_j (I_j) e de pesos abstratos de P_i (G_i) e de P_j (G_j), três configurações podem ser formuladas. Nas primeiras, as intensidades de intervenção são iguais e os pesos abstratos são diferentes. Nesse caso, a intensidade de intervenção e a importância de realização se neutralizam reciprocamente e somente os pesos abstratos entram em jogo. Nas segundas, a intensidade de intervenção e a importância de realização são diferentes e os pesos abstratos são iguais. Essa configuração é mais corrente e, por isso mesmo, mais importante. Nas terceiras, tanto a intensidade de intervenção e importância de realização como os pesos abstratos são iguais. Essas conexões podem ser dadas pela seguinte variante ampliada da fórmula peso: $G_{ij} = I_i \cdot G_i / I_j \cdot G_j$ ¹¹³⁷.

Uma questão que se coloca é a denominação do produto de $I_i \cdot G_i$, ou seja, a intensidade da intervenção em P_i (I_i) vezes o peso abstrato de P_i (G_i). Acertadamente,

¹¹³⁶ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 148.

¹¹³⁷ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 149.

pode-se denominá-lo de “peso concreto não relativo” ou como “importância” de P_i ¹¹³⁸. A primeira denominação é clara, pois explicita o produto de $I_i.G_i$ entre o peso concreto relativo $G_{i,j}$ e o peso abstrato G_i . A segunda denominação é mais próxima do uso corrente da linguagem. Contudo, essa opção requer o esclarecimento de que na designação I_j para a importância de realização P_j não conta o peso abstrato. Escolhido esse caminho, o peso concreto não relativo pode ser definido como importância de P_i (W_i) e importância de P_j (W_j). Assim, W_i é o mesmo que $I_i.G_i$ e W_j é o mesmo que $I_j.G_j$ ¹¹³⁹.

Na medida em que G_i e G_j podem ser relacionados com as escalas triádicas representadas pelas consequências geométricas, tudo o que foi referido sobre I_i e I_j vale também para G_i e G_j . Supõe-se que ao peso abstrato e à intensidade da intervenção cabe um peso igual na determinação do peso concreto ou relativo representado por G_i, j . Essa suposição de equilíbrio permite compensações completas. Assim, uma leve (l) intervenção (I_i) em um princípio com alto (s) peso abstrato tem a mesma importância (W_i) de uma grave (s) intervenção (I_j), existente na sua omissão, em um princípio de mínimo (s) peso abstrato (G_j). O resultado é um empate¹¹⁴⁰.

O terceiro par de variáveis da fórmula peso completa representa o grau de segurança ou certeza da suposição empírica sobre o que a medida significa para a não realização de um princípio e para a realização do outro. Nas prognoses empíricas, nem sempre deve ser exigida certeza e tampouco incerteza deve ser admitida arbitrariamente. Um dos mais importantes critérios para a exigência da certeza é o da importância, definido pela intensidade de intervenção e peso abstrato do direito fundamental no caso concreto. Assim, pode ser formulada a seguinte lei da ponderação epistêmica: “quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”¹¹⁴¹. É exatamente dessa lei que são retiradas as regras *R.P.2.a.i* e *R.P.2.b.ii*. A primeira dispõe que quanto maior a intensidade de intervenção em um princípio P_i , maior deve ser a certeza das premissas empíricas apresentadas como razões para justificar essa intensidade de intervenção. A segunda se refere à segurança das premissas empíricas apoiadoras da importância da realização de um princípio P_j . Ela estabelece quanto maior a importância da realização

¹¹³⁸ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 149.

¹¹³⁹ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 149.

¹¹⁴⁰ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 150.

¹¹⁴¹ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 150.

de um princípio P_j , maior deve ser a certeza das premissas empíricas apresentadas para justificar essa importância¹¹⁴².

Segundo Alexy, essa segunda lei da ponderação é epistêmica porque não está dirigida para a importância material dos fundamentos apoiadores da intervenção, mas para a sua qualidade epistêmica¹¹⁴³. Também a lei da ponderação epistêmica comporta uma escalação triádica. O Tribunal Constitucional Federal alemão distinguiu três graus de intensidade de controle na decisão de co-determinação: *i*) controle intensivo quanto ao conteúdo; *ii*) controle de sustentabilidade; *iii*) controle de evidência¹¹⁴⁴. Esses graus correspondem aos três graus epistêmicos: *ia*) certo ou seguro (*g*); *iib*) sustentável ou plausível (*p*); *iiic*) não evidentemente falso (*e*). A segurança da suposição empírica a respeito do que significa a medida respectiva para a intervenção em P_i e a realização de P_j no caso concreto, pode ser designada como S_i e S_j . A formulação completa para S_i é SP_iC e para S_j é SP_jC . Para expressar que tanto a força de defesa como a força de ataque desaparece com a incerteza progressiva das premissas apoiadoras de cada um dos lados, os três graus epistêmicos devem ser avaliados do seguinte modo: *g* com 2^0 ; *p* com 2^{-1} ; *e* com 2^{-2} . Igualmente, aqui, é possível o refinamento pelo modelo triádico duplo. Assim, a fórmula peso completa adquire a seguinte configuração: $G_i, j = I_i.G_i.S_i/I_j.G_j.S_j$ ¹¹⁴⁵.

Essa formulação pode ser mais claramente compreendida a partir de dois casos, ambos com pesos abstratos iguais. No primeiro caso, cuida-se de uma grave intervenção que se produziria na realização da medida em P_i e em sua omissão em P_j . A intervenção grave em P_i , seria, contudo, segura (*g*); a intervenção em P_j , pelo contrário, seria apenas sustentável (*p*). Assim: $G_{i,j} = 4.1 / 4.1/2 = 2$. Nesse caso, P_i prevalece. No segundo caso, a intervenção em P_i deve ser segura (*g*) e o prejuízo em P_j , que se produziria em uma omissão da intervenção em P_i , pode ser apenas sustentável (*p*)¹¹⁴⁶. Essa distribuição de valores para o par de variáveis S_i e S_j , adequada para alcançar a segurança epistêmica, pode ser encontrada na decisão *cannabis* do Tribunal Constitucional Federal alemão, que aceitou como suficiente as suposições empíricas plausíveis do legislador no sentido de que a proibição dos produtos derivados de

¹¹⁴² Cf. Cap. IV, n. 4.2.1.1 e n. 4.2.1.2.

¹¹⁴³ Cf. ALEXY, On Balancing and Subsumption..., p. 446.

¹¹⁴⁴ Cf. BVerfGE 50, 290; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 567-574.

¹¹⁴⁵ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 151.

¹¹⁴⁶ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 151.

cannabis reduz os riscos associados à droga¹¹⁴⁷. Nesse caso, tem-se I_i para a intervenção da liberdade pela proibição dos produtos de *cannabis* e I_j para a importância da realização da saúde pública se esses produtos são proibidos. Se eles são proibidos, a intervenção em P_i (I_i) é uma certeza. O seu valor é, portanto, $2^0 = 1$. Considerada a presunção empírica tomada pelo legislador de que a proibição dos produtos derivados de *cannabis* é necessária para evitar riscos à saúde pública é plausível, o valor de S_j é $2^{-2} = 1/2$. Segundo Alexy, se o Tribunal Constitucional Federal considerou constitucional a proibição, a intensidade da intervenção não deve ser considerada de grau maior do que o médio e, portanto, 2. Assim: $G_{i,j} = 2.1 / 4.1/2 = 1$. O valor de S_j deve ser 1/2 porque o Tribunal Constitucional Federal explicitamente entendeu como suficiente esse grau de plausibilidade. O valor de S_i deve ser 1 porque a intervenção no direito de liberdade é certa. O peso de P_i em relação a P_j ($G_{i,j}$) não deve ser maior do que 1, pois a proibição foi considerada constitucional. O valor máximo possível de I_i é 2, médio, pois I_j , no modelo triádico, não pode ser superior a 4, grave. Com isso, então, está demonstrada a relação entre os seus elementos da fórmula peso para a determinação do peso concreto de um princípio em relação a outro¹¹⁴⁸. Uma intervenção de intensidade média justificada por premissas empíricas plausíveis significa um empate e, então, um espaço epistêmico empírico livre para conformação do legislador ordinário para proibir o comércio com produtos de *cannabis*¹¹⁴⁹.

Quando são mais de dois os princípios em colisão, todos devem ser postos em relação uns com os outros. A versão mais simples para isso é a da adição simples. A cumulação aditiva deixa formular o seguinte: $G_{i,j-n} = I_i.G_i.S_i / (I_j.G_j.S_j + \dots I_n.G_n.S_n)$. Esta é a fórmula peso ampliada¹¹⁵⁰. A questão que se coloca é o que é acumulável aditivamente. Os princípios cumulados não se devem cruzar substancialmente. Vale, então, a seguinte regra: a heterogeneidade é condição da cumulação aditiva. Assim, por exemplo, a liberdade de atuação geral pode ser identificada facilmente como já contida nos direitos fundamentais. Diferentemente, são imagináveis casos nos quais uma intervenção pode se apoiar em vários princípios que não se cruzam. É o que ocorre quando um princípio tem por objeto bens coletivos e outro direitos individuais. Em vista da relação complexa entre direitos individuais e bens coletivos, deve-se ter sempre em

¹¹⁴⁷ Cf. BVerfGE 90, 145; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 248-264; ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*. Posfácio (2002)..., p. 620; ALEXY, *On Balancing and Subsumption...*, p. 447.

¹¹⁴⁸ Cf. ALEXY, *On Balancing and Subsumption...*, p. 447-448.

¹¹⁴⁹ Cf. ALEXY, *A fórmula peso...*, p. 152. Sobre o espaço epistêmico empírico, ver Cap. IV, n. 4.2.1.2.

conta a possibilidade de que existem cruzamentos substanciais. A questão seria mais simples se heterogeneidade fosse um assunto do tipo tudo ou nada. Isso não é o caso, pois princípios podem se cruzar substancialmente, mais ou menos¹¹⁵¹.

Sobre o papel da fórmula peso na argumentação jurídica, discute-se se ela serve à construção ou à comparação de argumentos. Segundo Brözek, a argumentação jurídica se desdobra em dois níveis. O primeiro nível é o da construção dos argumentos e o segundo nível é o da comparação dos argumentos. Enquanto a subsunção se desenvolve no primeiro nível, a fórmula peso tem seu lugar no nível da comparação dos argumentos. A regra resultante da fórmula peso, que estabelece a primazia de P_i sobre P_j nas circunstâncias concretas C e, desse modo, ordena a consequência jurídica exigida por P_i , não resolve conflito entre princípios, mas serve para comparar e decidir sobre o conflito entre argumentos baseados em princípios¹¹⁵². Por isso, então, essa regra deve ser abandonada porque não serve para produzir ou construir qualquer argumento¹¹⁵³.

O problema dessa objeção à fórmula peso está em confinar os argumentos em apenas um nível da argumentação. Diferentemente do sugerido, os argumentos estão em todos os níveis da argumentação e, além disso, argumentos de diferentes níveis podem ser conectados ao conjunto total da estrutura argumentativa¹¹⁵⁴. Segundo Alexy, deve-se distinguir a regra de precedência condicionada (P_iPP_j) C e a fórmula peso $G_{i,j} = I_i.G_i.S_i/I_j.G_j.S_j$. A regra de preferência condicionada diz que P_i detém primazia sobre P_j sob as circunstâncias concretas C e, por isso, está ordenada a consequência jurídica de P_i . A fórmula peso $G_{i,j}$ cuida da justificação da regra de preferência, determinando o peso concreto de P_i relativamente a P_j . Se $G_{i,j}$ é maior do que 1, então P_iPP_j ; se $G_{i,j}$ é menor do que 1, então P_jPP_i ; se $G_{i,j}$ é igual a 1, tem-se um empate. Com isso, configura-se a cadeia completa da argumentação que conecta a fórmula peso com a regra da preferência condicionada e que implica a regra relativa ao caso concreto¹¹⁵⁵. Com isso fica demonstrado o papel central da regra de precedência condicionada na estrutura da ponderação. Diferentemente do sugerido, ela não deve ser abandonada porque

¹¹⁵⁰ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 152.

¹¹⁵¹ Cf. ALEXY, A fórmula peso..., p. 153.

¹¹⁵² Cf. BROZEK, Bartosz. The Weight Formula and Argumentation. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 324.

¹¹⁵³ Cf. BROZEK, The Weight Formula and Argumentation..., p. 327.

¹¹⁵⁴ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 365.

¹¹⁵⁵ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 365.

representa precisamente a ligação entre a ponderação e a decisão final do caso concreto¹¹⁵⁶.

Isso deixa claro que a ponderação não é um procedimento abstrato e geral. Não se trata de uma questão do modo tudo ou nada, mas de ponderação de princípios de tal sorte que os bens jurídicos protegidos constitucionalmente não sejam realizados uns a custa de outros. Portanto, o modelo da ponderação proporciona um critério na medida em que vincula a estrutura formal da lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica, que inclui uma teoria da argumentação prática geral¹¹⁵⁷. É que a fórmula peso, por si, não diz diretamente quanto ao conteúdo das premissas mesmas, pois se cuida de uma estrutura formal que segue as regras da aritmética. Contudo, as suas premissas não são os números, mas o julgamento sobre os graus de intensidade de intervenção, importância de realização e de segurança empírica. Os números servem para interpretar os julgamentos desses graus¹¹⁵⁸.

4.2.2 As razões

As objeções dirigidas contra a racionalidade da ponderação não podem ser respondidas apenas pela apresentação da estrutura formal da ponderação. A simples atribuição de graus para as seis variáveis da fórmula, que são o peso da intensidade de intervenção em $P_i (I_i)$, o peso abstrato de $P_i (G_i)$, a certeza das premissas apoiadoras de $P_i (S_i)$, a importância da realização de $P_j (I_j)$, o peso abstrato de $P_j (G_j)$ e certeza das premissas apoiadoras de $P_j (S_j)$, não é suficiente para a racionalidade da ponderação. É correto que com o olhar para estrutura da ponderação se ganha muito em clareza e transparência dos elementos e dos passos todos do jogo da ponderação. Com isso, uma parte de *como* o juiz deve ponderar está dada e uma parte da racionalidade possível é alcançada.

A outra parte da racionalidade realizável é alcançada pelas razões da ponderação. Se razões não são apresentadas, não há decisão racional¹¹⁵⁹. A necessidade de atribuição de graus para as variáveis da fórmula peso, especialmente os graus de intensidade em $P_i (I_i)$ e de importância de $P_j (I_j)$, coloca a exigência de que sejam apresentadas razões de justificação dessa atribuição mesma. Com isso, nasce a conexão

¹¹⁵⁶ Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 366.

¹¹⁵⁷ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 154; ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 366.

¹¹⁵⁸ Cf. ALEXY, *On Balancing and Subsumption...*, p. 448.

¹¹⁵⁹ Cf. HAGE, *Reasoning with Rules...*, p. 124.

necessária entre ponderação e argumentação. Nenhuma ponderação pode ser realizada sem que sejam apresentadas as razões para a justificação dos graus atribuídos a cada uma das variáveis da fórmula peso. Se a ponderação for tomada simplesmente como o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre P_i e P_j , realizada a partir da simples atribuição de graus para as variáveis da fórmula peso, então, com razão, ela não é definitivamente um procedimento racional, mas meramente intuitivo. Contudo, a ponderação não é simplesmente a decisão de estabelecimento de uma regra de preferência, mas a sua fundamentação¹¹⁶⁰. A *decisão* do estabelecimento da proposição de preferência se dá no contexto da descoberta, resultando de um processo psicológico racionalmente incontrolável, mas as razões que suportam a carga argumentativa da regra de preferência estão no contexto da justificação e, portanto, podem ser racionalmente controladas. Daí a união entre ponderação e argumentação racional.

Uma ponderação é racional se a regra de preferência pode ser justificada por intermédio de uma argumentação racional¹¹⁶¹. Assim, o problema da racionalidade da ponderação se desloca para a possibilidade de justificação racional das proposições que fixam as relações de precedências condicionadas entre P_i e P_j . A justificação da própria regra estabelecida pela relação de preferência condicionada se distingue da justificação da própria ponderação¹¹⁶². Evidentemente, as razões da justificação da ponderação sustentam a justificação da regra de preferência condicionada.

A regra de precedência estabelece que, sob determinadas condições C , está ordenada a consequência do princípio que ganha a primazia. Assim, as proposições de precedência apresentam o caráter de justificação de regras concretas que devem ser associadas às disposições de direitos fundamentais. A justificação das proposições de precedências condicionadas e das regras correspondentes pode se valer de todas as regras da argumentação jurídica, relativamente aos argumentos de interpretação, argumentos dogmáticos, argumentos sobre o uso dos precedentes, argumentos práticos e empíricos, além dos argumentos jurídicos específicos¹¹⁶³. Se a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral, as regras do discurso prático geral também contam para a justificação da regra de precedência condicionada. O que isso significa é que na justificação da proposição de precedência e, portanto, na justificação

¹¹⁶⁰ HECK, Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy..., p. 97.

¹¹⁶¹ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S. 144.

¹¹⁶² Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*..., S. 144-145.

¹¹⁶³ Cf. Cap. III.

da regra correspondente, valem as referências à vontade do legislador, as consequências negativas de uma medida alternativa, os consensos obtidos pela dogmática jurídica e as decisões judiciais precedentes¹¹⁶⁴.

Se a lei da ponderação diz que quanto maior é o grau de intensidade de intervenção em um princípio, maior deve ser o grau de intensidade da importância da satisfação do outro, as razões da ponderação se referem aos argumentos usados para dar conta da justificção da atribuição desses graus de intensidade. O aplicador do Direito deve dar as razões pelas quais a medida de não realização do exigido *prima facie* por um princípio está justificada pela importância da realização do exigido *prima facie* por outro princípio. Os argumentos específicos da ponderação, contudo, não devem se limitar a dizer que uma intervenção com alto grau de intensidade em um direito fundamental somente pode ser justificada quando mais alto o grau de importância do cumprimento do outro direito fundamental. Uma argumentação desse tipo ficaria devendo as razões pelas quais a intervenção em um direito fundamental se dá em grau alto e as razões pelas quais o grau de importância da satisfação do outro direito fundamental também é alto ou ainda mais alto. A justificção estará completa quando razões específicas indicarem o porquê da intensidade dos graus de intervenção e de importância. Essas razões podem ser explicativas, mas devem ser necessariamente justificativas¹¹⁶⁵. O que isso significa que elas não devem ser apenas causas para a ação de atribuição de um determinado grau de intensidade de intervenção ou de importância de realização, mas devem justificar a ação de atribuição desses graus. As razões da ponderação são razões que justificam o agir do aplicador do Direito na determinação dos graus de intensidade de intervenção e de importância de realização.

A justificção da ponderação segue as regras da argumentação prática geral e da argumentação jurídica. A atribuição dos graus às variáveis da fórmula peso deve ser suportada por razões dadas conforme as exigências da teoria do discurso racional. Assim, pode ser formulada a *R.P.5* que diz que as razões da ponderação devem ser dadas conforme as regras da argumentação prática geral e da argumentação jurídica.

Desse modo, então, as regras fundamentais, as regras da razão, as regras da carga da argumentação, as regras de fundamentação e as regras de transição, configuradoras do discurso geral prático, orientam as razões da ponderação. Igualmente, contam decisivamente as regras da justificção interna e externa da argumentação

¹¹⁶⁴ Cf. Cap. III, n. 2.3.2 e n. 2.3.3.

¹¹⁶⁵ Cf. HAGE, *Reasoning with Rules...*, p. 35-36.

jurídica. Como elas foram já detalhadamente analisadas¹¹⁶⁶, aqui apenas algumas serão explicitadas para aclarar a especificidade das razões da ponderação. Algumas dessas regras serão usadas para sustentar a formulação de regras específicas para as razões da ponderação.

Segundo as regras fundamentais da argumentação prática geral¹¹⁶⁷, as razões da ponderação devem estar livres de contradições e somente podem ser apresentadas razões sinceras, como dizem as regras *R.1.1* e *R.1.2*. O que isso significa é que as razões da ponderação devem estar liberadas de inconsistências lógicas e refletir exatamente aquilo que o aplicador do Direito acredita realmente. O conjunto todo de premissas acreditadas deve implicar logicamente as proposições que sustentam a relação de precedência de P_i sobre P_j e, assim, a regra de precedência que ordena as consequências jurídicas de P_i . É que as razões da ponderação devem cumprir a exigência colocada pela regra da justificação interna da argumentação jurídica *R.2.2*, que diz que uma decisão deve resultar logicamente, pelo menos, de uma norma universal juntamente com outras proposições¹¹⁶⁸. O resultado é a configuração das razões da ponderação como uma cadeia de argumentos estruturados em premissas que sustentam, por implicação lógica, uma conclusão. Essas premissas, evidentemente, devem se achar justificadas por razões.

Além dessas exigências, as razões da ponderação devem ser apresentadas em linguagem uniforme, como determina a regra *R.1.3* da argumentação prática geral. Assim, por exemplo, a expressão ponderação somente pode ser empregada para expressar precisamente o estabelecido pelas leis da ponderação e que tem por objetivo o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre dois ou mais princípios em colisão. Igualmente, a expressão princípio da proporcionalidade em sentido amplo somente deve ser empregada com a clareza de que encerra três princípios parciais: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Deve ficar claro que emprego de ponderação nada tem com a verificação dos princípios parciais da idoneidade e necessidade. A ponderação tem lugar no princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito. Se para ponderação se der um sentido amplo, como para significar simplesmente uma avaliação de razões a favor ou contra uma determinada solução, devem ser apresentadas as razões justificadoras desse outro

¹¹⁶⁶ Cf. Cap. II, n. 5, sobre as regras do discurso prático geral; ver Cap. III, n. 2, sobre as regras da justificação interna e externa.

¹¹⁶⁷ Cf. II, n. 5.1.

¹¹⁶⁸ Cf. III, n. 2.1.

sentido. Se essas razões não forem apresentadas, pelos menos, devem ser feitas as distinções necessárias entre um uso e outro da expressão ponderação. O uso intercambiável das expressões ponderação em sentido amplo, ponderação em sentido estrito, proporcionalidade em sentido amplo e proporcionalidade em sentido estrito leva à inconsistência terminológica¹¹⁶⁹ e, com isso, ao enfraquecimento da justificação das decisões judiciais. É que a ausência de clareza e precisão no uso da linguagem é causa direta da fragilidade das razões de qualquer conjunto argumentativo. As contribuições da filosofia da linguagem de Wittgenstein, Austin e Searle, conformadora da teoria da linguagem como uma atividade guiada por regras¹¹⁷⁰ confirmam a importância do uso e das regras da linguagem para a argumentação no sentido dado pela teoria do discurso formulada por Habermas¹¹⁷¹.

Além disso, com a regra *R.1.3'* da argumentação prática geral, coloca-se a exigência de que os juízos de valor ou de dever apresentados como razões da ponderação em uma dada situação concreta devem ser universalizadas para outras situações concretas semelhantes em seus aspectos essenciais. Além disso, a regra material da carga da argumentação *3.1* diz que quem pretender tratar a pessoa *A* de maneira diferente da pessoa *B*, deve suportar a carga da argumentação. Com isso, então, pode ser formulada a regra da ponderação *R.P.6* para dizer que os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação devem ser passíveis de universalização. Se a proibição da circulação de uma reportagem jornalística é considerada uma grave intervenção na liberdade de manifestação em uma determinada situação concreta *C*, os juízos de valor que sustentam essa atribuição de grau devem poder ser universalizados para outras situações concretas semelhantes a *C* em seus elementos centrais. Com isso, ganham a coerência e a justiça e se começa a afastar a objeção de que a ponderação se ocupa exclusivamente da justiça do caso decidido. Por fim, quando as razões da ponderação são colegiadas, como as dadas nas câmaras, turmas e sessões dos tribunais, deve ser satisfeita a regra *R.1.4* da argumentação prática geral. Diferentes juízes não podem usar uma mesma expressão com significados distintos. Assim, por exemplo, os conceitos de norma, regra, princípio e posição jurídica devem ser precisados e usados de modo uniforme. Igualmente, por exemplo, os conceitos de dignidade humana, direitos de personalidade, vida privada, intimidade, liberdade e igualdade. Se cada aplicador do

¹¹⁶⁹ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 565.

¹¹⁷⁰ Cf. Cap. II, n. 1.

¹¹⁷¹ Cf. Cap. II, n. 4.

Direito, a partir de suas próprias inclinações ideológicas e de sua visão de mundo, usa conceitos distintos das proposições dogmáticas já amplamente aceitas, muito dificilmente um entendimento argumentativo poderá ser alcançado. O mesmo pode acontecer quando um juiz toma como razões para sua decisão um conceito usado em um precedente da jurisprudência, mas lhe dá outro sentido. Os aplicadores do Direito não estão impedidos de reformular os conceitos dogmáticos já amplamente aceitos e tampouco se lhes pode negar a possibilidade de formular novos conceitos na aplicação das normas jurídicas, mas quando esse for caso, obrigatoriamente, razões devem ser apresentadas. Aliás, se já existem conceitos dogmáticos amplamente aceitos, eles devem ser usados como estabelece a regra *R.14* da argumentação jurídica. Se o aplicador do Direito pretender se afastar dos conceitos dogmáticos amplamente aceitos, então ele deve suportar a carga da argumentação como determina a regra *R.3.1* da argumentação prática geral. O descumprimento dessas regras da argumentação enfraquece a racionalidade das razões da ponderação e reduz o papel das proposições da dogmática jurídica, perdendo força a sua função de estabilização e de descarga. Com o cumprimento dessas regras, ao contrário, as razões da ponderação ganham racionalidade e coerência. Não por outra razão, aliás, que conceitos gerais como dignidade humana, liberdade e igualdade, incrementam a coerência de um conjunto argumentativo¹¹⁷². Igualmente, com o uso dos conceitos dogmáticos amplamente aceitos nas razões da ponderação se ganha tempo e não se perde energia demasiadamente. Como reformulações não estão proibidas, devendo ser apenas justificadas, a criatividade do aplicador do Direito está liberada amplamente.

Das regras da razão da argumentação prática geral¹¹⁷³, deve ser destacada a regra geral de fundamentação *R.2*, que dispõe que cada falante, quando solicitado, deve fundamentar o que afirma, salvo se ele puder apresentar razões para justificar a sua recusa. Cada afirmação carrega consigo sempre a pretensão de correção e o dever de justificação. Quando, nas razões da ponderação, um juízo de valor ou de dever é formulado, o juiz coloca necessariamente a pretensão de que se trata de um juízo correto e assume a obrigação de apresentar as razões que suportam esse juízo de valor ou de dever. Assim, quando uma decisão diz que uma determinada medida implica consequências indesejadas para o meio ambiente ou para a saúde pública, boas e completas razões devem ser apresentadas para justificar esse juízo de valor. Se a decisão

¹¹⁷² Cf. Cap. III, n. 2.2.

¹¹⁷³ Cf. Cap. II, n. 5.3.

diz que uma medida configura grave intervenção em um princípio, devem ser apresentadas todas as razões disponíveis para justificar esse grau de gravidade. Dizer simplesmente que uma medida viola a dignidade humana configura mero recurso retórico se o afirmado não se fizer acompanhado das razões pelas quais se entende violada a dignidade humana. Um dos principais problemas das decisões judiciais no que diz com a ponderação está exatamente na superficialidade das razões de justificação dos juízos de valor ou de dever realizados pelo juiz. Por isso, então, para as razões da ponderação, vale a regra *R.6* da argumentação jurídica, que exige uma completa afirmação de razões nos argumentos interpretativos. A partir disso, pode ser formulada a regra da ponderação *R.P.7* para dizer que os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação devem ser saturados. A exigência de saturação colocada por essa regra significa que as proposições valorativas e normativas usadas nas razões da ponderação devem ser acompanhadas de um conjunto completo de razões. Essas razões (*Gründe*) podem ser de vários tipos como razões fáticas, empíricas e normativas¹¹⁷⁴.

Os argumentos interpretativos semânticos, genéticos, sistemáticos e práticos gerais¹¹⁷⁵ contam decisivamente para as razões da ponderação. Além disso, eles asseguram a compatibilidade entre a ponderação e a unidade da Constituição. Como já adiantado na análise dos argumentos da justificação interpretativa constitucional¹¹⁷⁶, os argumentos semânticos são importantes porque o texto é o ponto de partida para apontar o sentido de uma determinada disposição. Quando ele determina ou exclui um sentido da norma, ele conta decisivamente. Quando ele não determina e tampouco exclui, ele não desempenha qualquer papel interpretativo. O argumento semântico serve para demonstrar que a proibição de manifestação pública em locais normalmente usados para esse fim atinge o centro das posições fundamentais jurídicas *prima facie* do direito fundamental de liberdade de manifestação. Como lembra Bernal Pulido, o argumento semântico é suficiente para formular que a expressão “direito de associação” proíbe o legislador de dar normas que obriguem a participação em algum tipo de entidade associativa¹¹⁷⁷. Do mesmo modo, o direito fundamental da liberdade religiosa deixa configurar posições fundamentais jurídicas *prima facie* que não autorizam a formulação de normas infraconstitucionais ou medidas estatais administrativas obriguem a alguém a

¹¹⁷⁴ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 151.

¹¹⁷⁵ Cf. Cap. III, n. 2.3.1.1.

¹¹⁷⁶ Cf. Cap. III, n. 2.3.1.7.

¹¹⁷⁷ Cf. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...*, p. 546-547.

algum tipo de manifestação religiosa. Com isso, fica clara a importância dos argumentos semânticos para as razões sobre atribuição de graus de intensidade de intervenção I_i , importância de realização I_j , a segurança das premissas apoiadoras sobre intensidade de intervenção S_i e a certeza das premissas empíricas sobre a importância de realização S_j . Igualmente, eles servem para as razões sobre a determinação do peso abstrato de P_i e P_j . Os argumentos genéticos, guardadas suas naturais limitações para a interpretação das normas constitucionais, podem ser também importantes para aclarar esses graus nas razões da ponderação. Os argumentos práticos gerais, por sua vez, são decisivos para a relação entre os graus e, assim, para a definição da relação de precedência condicionada entre P_i e P_j nas circunstâncias concretas C . É que eles servem para aclarar as razões sobre se o grau de importância da realização de P_j compensa ou justifica o grau da intensidade da intervenção em P_i . As razões e as consequências de uma determinada interpretação de uma disposição constitucional podem ser decisivas como razões da ponderação. Que argumentos sistemáticos são centrais para a ponderação não deve haver qualquer dúvida, pois ela pressupõe que dois ou mais princípios estejam em colisão. Aliás, as próprias razões da ponderação são apresentadas por intermédio de argumentos sistemáticos de princípios. Como as razões da ponderação são razões sobre graus de intensidade de intervenção I_i , de importância de realização I_j , da segurança das premissas apoiadoras sobre a intensidade de intervenção S_i e da certeza das premissas apoiadoras sobre a importância de realização S_j , os argumentos sistemáticos contam para alcançar unidade e coerência ao conjunto total de argumentos apresentados nas razões da ponderação relativamente ao sistema jurídico. As proposições das razões da ponderação não podem entrar em contradição umas com as outras e tampouco contrariar as normas jurídicas do sistema jurídico. Com isso, os argumentos sistemáticos cumprem o papel de liberar as razões de contradições. Se cada proposição valorativa ou normativa empregada nas razões ponderação deve ser tomada em conformidade com o contexto argumentativo no qual se acha inserida, o conjunto todo ganha em coerência e unidade. Além disso, os argumentos sistemáticos contextuais servem para justificar a atribuição de graus de intensidade de intervenção I_i e de importância de realização I_j diferentes para um mesmo princípio considerado em circunstâncias diferentes C_1 e C_2 . Os argumentos sistemáticos por analogia, os argumentos sistemáticos prejudiciais e os argumentos sistemáticos históricos autorizam, respectivamente, que razões sobre graus de intensidade de intervenção I_i e de importância de realização I_j e sobre graus da certeza das premissas apoiadoras sobre a

intensidade de intervenção S_i e da certeza das premissas apoiadoras sobre a importância de realização S_j possam ser repetidos para as situações semelhantes em seus aspectos essenciais, que graus estabelecidos em decisões anteriores sejam levados em conta e que os fatos históricos sobre esses graus sejam considerados. O uso dos argumentos sistemáticos nas razões da ponderação é decisivo para indicar a compatibilidade entre a ponderação e a unidade da Constituição. Além disso, somente a ponderação pode alcançar solução para os casos de colisão de dois ou mais princípios, todos constitucionais. Se princípios são mandamentos a serem otimizados conforme as possibilidades fáticas e jurídicas e se um princípio P_i ordena a consequência jurídica x e outro princípio P_j ordena consequência jurídica contrária de x ou outra consequência jurídica y , somente a ponderação é capaz de justificar a configuração de posições fundamentais jurídicas definitivas de P_i ou de P_j . Em uma determinada situação concreta C_1 , as razões da ponderação podem estabelecer uma relação de primazia de um princípio P_i sobre outro princípio P_j e, com isso, a regra de que está ordenada a consequência jurídica de P_i . Com isso, as posições fundamentais jurídicas *prima facie* de P_i são convertidas em posições fundamentais jurídicas definitivas. Em outra situação concreta C_2 , pode resultar a primazia de P_j sobre P_i e, com isso, a regra de que está ordenada a consequência jurídica de P_j . Nesse caso, então, são as posições fundamentais jurídicas *prima facie* de P_j que são convertidas em definitivas.

Assim, as regras, as primazias e a estrutura da justificação dos argumentos jurídicos interpretativos¹¹⁷⁸ valem para as razões da ponderação. Além da regra R.6 da argumentação jurídica, que coloca a exigência de saturação dos argumentos interpretativos mesmos, devem ser observadas as regras R.7 e R.8 da argumentação jurídica, que estabelecem, respectivamente, a primazia *prima facie* dos argumentos semânticos sobre todos os demais e a primazia *prima facie* dos argumentos semânticos, genéticos e sistemáticos sobre os argumentos práticos gerais. Assim, nas razões da ponderação, a fixação dos graus às variáveis da fórmula peso deve levar em conta essas relações de primazia entre os argumentos interpretativos. Como se trata de primazia apenas *prima facie*, ela pode ser afastada por intermédio de razões, conforme o estabelecido pela regra R.9 da argumentação jurídica sobre a carga da prova. Ela diz que os argumentos que expressam uma vinculação com o texto ou com a vontade do legislador histórico prevalecem sobre os outros, salvo se forem apresentadas razões que autorizam a primazia dos outros argumentos interpretativos. Essas razões podem tomar

em conta todos os argumentos interpretativos, valendo-se das regras da ponderação mesma para a determinação dos respectivos pesos dos argumentos, conforme dispõem as regras *R.10* e *R.11* da argumentação jurídica. A partir disso, pode ser formulada a *R.P.8* para dizer que os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação devem observar as regras e as primazias dos argumentos jurídicos interpretativos.

Das regras materiais e procedimentais da carga da argumentação prática geral¹¹⁷⁹, destaca-se a material que pressupõe o princípio da universabilidade e a regra formal de justiça de tratar igual o igual. A regra *R.3.1* diz que quem pretender tratar a pessoa *A* de maneira diferente da pessoa *B*, deve suportar a carga da argumentação. Assim, se as razões da ponderação representam tratamento diferente para pessoas que estão em identidade de posições fundamentais jurídicas, isso deve ser justificado. Ao lado dessa regra material, coloca-se a regra procedimental *R.3.2* que diz que quem ataca uma proposição que não é objeto de discussão deve suportar a carga da argumentação. Assim, quem se afasta da continuidade ou do amplamente aceito, deve suportar a carga da argumentação. Essas regras são importantes para o uso dos precedentes da jurisprudência e dos enunciados dogmáticos, pois o juiz que pretender se afastar das proposições normalmente acolhidas deve arcar com o ônus da argumentação.

Nesse sentido, a regra da argumentação jurídica sobre o uso de precedentes *R.14* diz que quem se afasta de um precedente, deve suportar a carga da argumentação¹¹⁸⁰. A partir dessas regras, pode ser formulada a regra de ponderação *R.P.9*, para dizer que os juízos de valor ou de dever das razões da ponderação que se afastam das proposições dos precedentes devem ser justificados. Assim, se os precedentes da jurisprudência afirmam que a interceptação da comunicação telefônica configura grave intervenção à intimidade e vida privada, as razões da ponderação que se afastam dessa proposição devem ser suportadas por razões que justifiquem esse afastamento. É que as regras de precedência condicionada já determinadas nos precedentes da jurisprudência, pelo princípio da universabilidade, devem ser aplicadas a todos os casos semelhantes em seus aspectos essenciais. Por isso mesmo, elas têm a seu favor a carga da argumentação. Outra exigência importante para as razões da ponderação é a da regra da argumentação jurídica sobre o uso dos precedentes *R.13*, que diz que havendo um precedente a favor ou contra uma decisão, ele deve ser citado. A

¹¹⁷⁸ Cf. Cap. III, n. 2.3.1.1.

¹¹⁷⁹ Cf. Cap. II, n. 5.3.

¹¹⁸⁰ Cf. Cap. III, n. 2.3.3.

partir dessa regra, pode ser formulada a regra da ponderação *R.P.10*, para dizer que quando houver um juízo de valor ou de dever sobre a ponderação nos precedentes da jurisprudência, ele deve ser citado. Essas regras impõem a obrigação de que as razões da ponderação levem em conta as razões das ponderações já antes realizadas nos precedentes. É que os precedentes são razões (*precedents are reasons*)¹¹⁸¹ que não podem ser simplesmente ignoradas ou desprezadas, especialmente porque a autoridade de um tribunal supremo depende exatamente da força de seus argumentos. Os precedentes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre ponderação, que é o mais alto tribunal para falar a interpretação-aplicação das normas constitucionais, não podem ser deixados de lado sem mais por nenhum juiz ou tribunal. Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais, igualmente, não podem ser meramente ignorados. Se há precedentes sobre o objeto das razões da ponderação que estão sendo apresentadas, então o aplicador do Direito está obrigado a citar o precedente. Isso não significa que ele está obrigado a seguir o precedente, mas se não o fizer deve suportar a carga da argumentação. Um caminho é dizer que os juízos de valor e de dever das razões da ponderação do precedente devem ser distinguidos em relação aos juízos de valor e dever das razões da ponderação em questão. Essa é técnica da distinção (*distinguishing*), que corresponde a uma interpretação restrita das razões da ponderação do precedente. Outra via é dizer que os juízos de valor e de dever das razões do precedente devem ser rejeitados pelas razões que estão sendo apresentadas. A técnica da recusa (*overruling*) significa uma rejeição das razões do precedente¹¹⁸².

As exigências colocadas por intermédio dessas regras alcançam racionalidade à ponderação. Afora a economia de energia e de tempo, pois não seria necessário repetir a formulação de cadeias de argumentação já antes construídas, elas incrementam a formação de um tecido coerente de proposições valorativas e normativas normalmente empregadas em razões de ponderação. Se cada vez mais juízes e tribunais consolidam um juízo sobre um determinado grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i (I_i) em uma determinada situação concreta de circunstâncias C , tomando por base um conjunto de razões universalizáveis encaixadas em premissas consistentes e coerentes,

¹¹⁸¹ Cf. DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University, 2008, p. 57.

¹¹⁸² Cf. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent...*, p. 113-116.

maior a racionalidade das ponderações sobre esse princípio *Pi*. Com isso, o espaço para ações irracionais e subjetivas na ponderação fica cada vez menor.

Como já antecipado, as regras de fundamentação da argumentação prática geral são de dois grupos¹¹⁸³. Das regras do primeiro grupo, que estão assentadas no princípio da generalizabilidade, importa destacar as regras *R.5.1.1* e *R.1.2* da argumentação prática geral. Elas dizem, em essência, que as consequências de cada regra aplicada para a satisfação de cada um e de todos os indivíduos devem ser aceitas por todos. O que isso significa é que as razões da ponderação devem gozar de aceitabilidade racional¹¹⁸⁴. Das regras do segundo grupo, que se referem à gênese crítica da criação das proposições normativas, releva chamar a atenção para as regras *R.2.1* e *R.2.2*. A primeira diz que as regras morais que servem de base para a concepção moral do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórica-crítica. A segunda estabelece que essas regras morais devem resistir à comprovação de sua formação histórico-individual. O que essas regras implicam para a ponderação é que as regras morais, que formam as concepções morais de quem pondera, devem suportar o teste da comprovação da gênese crítica histórica e individual. Igualmente, essas exigências incrementam a racionalidade na medida em que reduzem o lugar para o subjetivismo e relativismo moral.

Por fim, sobre importância das regras da argumentação prática geral para as razões da ponderação, estão as regras de transição. Essas regras são decisivas para a atribuição dos graus da certeza das premissas apoiadoras sobre a intensidade de intervenção em P_j (S_j) e a importância de realização de P_j (S_j). É que as regras de transição autorizam a passagem do discurso prático para o discurso teórico. Esse é o caso, por exemplo, de uma dúvida sobre os prognósticos dos efeitos sobre o corpo humano da exposição a raios ultravioletas para fins de bronzeamento artificial ou a discussão sobre o consumo de produtos orgânicos geneticamente modificados.

Se as razões da ponderação são dadas conforme essas regras, então as objeções contra ela formuladas estão bem respondidas.

A ponderação tomada a sério como aqui pretendido está muito longe de configurar perigo à segurança, irracionalidade e subjetividade na aplicação das normas jurídicas. As razões sobre fatos são razões sobre fatos tanto na interpretação clássica como na ponderação e as razões sobre a classificação normativa de fatos são razões iguais na interpretação clássica e na ponderação. Os juízos de valor estão sempre

¹¹⁸³ Cf. Cap. II, n. 5.5.

¹¹⁸⁴ Cf. Cap. II, n. 4.4.

presentes na aplicação das normas jurídicas, não constituindo privilégio da ponderação. Quando uma ou mais premissas da decisão judicial toma por base conceitos jurídicos de termos indeterminados como os de “proteção da confiança” e “boa-fé objetiva” do Código Civil ou de “personalidade” e “culpabilidade” do Código Penal, juízos de valor são necessários e nem por só isso, contudo, a decisão é acusada de irracional e subjetiva. A menos que se entenda que o ingresso de juízos de valor e de obrigação torna irracional toda e qualquer argumentação, o que significa negar a possibilidade de justificação racional da aplicação das normas jurídicas em geral, como propõe o decisionismo, a presença de valorações é uma constante na interpretação clássica e na ponderação e, nem por só isso, uma ou outra, podem ser qualificadas como irracional. Mesmo porque, juízos de valor e de dever podem ser sustentados por bons argumentos¹¹⁸⁵.

Segundo Alexy, contra a racionalidade da ponderação não se pode apresentar o argumento do fato de que na ponderação ingressam valorações que não foram já dadas pelo legislador, mas, no máximo, na medida em que tais valorações contam para a decisão. Sobre isso, deve-se dizer, em primeiro lugar, que existe um grande número de casos nos quais as valorações que contam na ponderação produzem menores dificuldades do que as valorações empregadas na interpretação clássica das normas jurídicas em geral e, em segundo lugar, que as ponderações apresentam um grau de racionalidade mais reduzido do que as interpretações habituais. Esse argumento, contudo, não basta para fazer despedir para sempre a racionalidade da ponderação¹¹⁸⁶.

A objeção de que falta um ponto de referência jurídico objetivo, racional e obrigatório para a ponderação é superada pela justificação da ponderação mesma. Longe disso, a justificação da ponderação não está na afirmação persuasiva e quase milagrosa de que uma determina medida é proporcional e outra é desproporcional ou que o proporcional é Direito e o desproporcional é contrário ao Direito e injusto. Se em uma decisão judicial juízos de valor e de dever são decisivos, a justificação da ponderação não se contenta com a singela proclamação geral de que a medida escolhida é proporcional e, menos ainda, com a simples afirmação de que a questão se resolve com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Efetivamente, deve-se admitir a dificuldade para se encontrar um parâmetro vinculante para decidir questões normativas sobre ponderação. Diferentes pessoas

¹¹⁸⁵ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 53.

¹¹⁸⁶ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 151.

razoáveis podem chegar a resultados diferentes quanto ao estabelecimento da proposição de preferência no caso de colisão entre P_i e P_j , mas isso não é uma particularidade da ponderação, mas de todo o procedimento de decisão de questões normativas. Como um procedimento decisório intersubjetivo e obrigatório sobre questões normativas não está disponível, então se deve preferir o procedimento que seja comparativamente melhor, a ponderação¹¹⁸⁷.

O estabelecimento da relação de precedência é condicionado às circunstâncias específica do caso concreto, que servem de base para a apresentação de razões completas e saturadas, que possam gozar de aceitabilidade geral perante a crítica social, agentes públicos e políticos, membros da prática constitucional, inclusive da dogmática jurídica. Essas razões devem ser dadas conforme dizem as regras da argumentação jurídica racional. Quando a ponderação não é acompanhada de boas razões ou elas estão implícitas em algum lugar, a relação de precedência condicionada parece “cair do céu azul”. O fato de que isso pode ser verificado sem muito esforço em algumas decisões judiciais não significa que a ponderação é irracional. Talvez o que falte nessas decisões judiciais seja uma justificação racional correta da ponderação. O fato de que decisões irracionais e incorretas sobre ponderação sejam encontradas não implica que toda a decisão de ponderação seja irracional e incorreta.

A justificação da ponderação e tampouco a satisfação das regras da argumentação jurídica levam à racionalidade absoluta e à resposta unicamente correta em cada caso. Contudo, o estabelecimento de relações de precedência em uma multiplicidade de casos pode levar à constituição de um “sistema coerente de relações de precedência”¹¹⁸⁸ que seja útil à solução de casos futuros de colisão de direitos fundamentais e também contribua para a redução do espaço da subjetividade e irracionalidade dos tomadores de decisões. A partir de cada decisão é possível o desenvolvimento cada vez mais claro e certo de relações de precedência até que seja possível a constituição de um sistema abstrato de precedências. Quem, eventualmente, pretender se afastar das precedências abstratamente estabelecidas deve suportar o ônus da carga da argumentação¹¹⁸⁹. Assim, estrutura-se uma teoria de formação de precedentes que atende ao princípio da universalidade¹¹⁹⁰ e, com isso, ganha-se em racionalidade e segurança jurídica.

¹¹⁸⁷ Cf. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales...*, p. 57.

¹¹⁸⁸ Cf. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales...*, p. 58.

¹¹⁸⁹ Cf. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales...*, p. 58.

¹¹⁹⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation...*, S. 335.

A objeção de que a ponderação é uma fórmula vazia, formal e desprovida de conteúdo, sendo incapaz de produzir uma solução racionalmente correta para cada caso também encontra resposta na teoria da argumentação jurídica racional. Efetivamente, a lei da colisão como tal não formula nenhuma medida com a ajuda da qual os casos podem ser definitivamente decididos. Contudo, o modelo da ponderação como um todo (*Abwägungsmodell als Ganzes*) proporciona um critério ao vincular a ponderação com a argumentação racional. A lei da ponderação diz o que deve ser racionalmente justificado. Portanto, não é que não diga nada – ela diz o que deve ser objeto da justificação racional – e, por isso, não é uma fórmula vazia¹¹⁹¹.

A objeção de que a ponderação remete à “justiça do caso concreto” e que conduz a decisões judiciais imprevisíveis e particulares, com sério comprometimento à certeza, previsibilidade, coerência e generalidade na aplicação do Direito é igualmente bem respondida pela união entre ponderação e argumentação. Efetivamente, se o estabelecimento da relação de precedência está condicionado às circunstâncias específicas do caso concreto, então as particularidades específicas e próprias consideradas pelo tomador da decisão são decisivas. Essa é uma razão que joga a favor e não contra a ponderação, pois o ponderar não autoriza que sejam produzidas decisões de qualquer tipo e completamente divorciadas de um todo coerente sobre o sentido da Constituição. Se a ponderação exige a consideração das circunstâncias do caso concreto para a determinação da relação de precedência entre os princípios em colisão, isso não significa comprometimento da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais. A coerência do ordenamento jurídico todo é assegurada pelas regras da argumentação racional.

4.3 O ENFRAQUECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

À ponderação é objetado que ela implica uma espécie de enfraquecimento dos direitos fundamentais na medida em que pressupõe uma redução da força normativa dos direitos fundamentais, resumindo-os ao plano de objetivos, programas e valores. Isso se deve ao fato de que ponderar pressupõe que o juiz está autorizado a restringir direitos fundamentais para além do já estabelecido pela Constituição. A razão é que, quando os princípios colocam um valor, cuja medida de realização não pode ser retirada da norma, a aplicação de tais princípios é uma ponderação orientada a um fim. Como nenhum

¹¹⁹¹ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 152

valor pode pretender primazia incondicional em relação aos outros valores, a ponderação dos direitos se transforma numa realização concretizadora de valores relativamente ao caso concreto considerado¹¹⁹².

Se o aplicador do Direito pode restringir direitos fundamentais, então eles perdem a primazia rigorosa (*strikten Vorrang*) que é característica dos pontos de vista normativos (*normativen Gesichtspunkte*)¹¹⁹³. No caso de colisão de direitos fundamentais, se todos os fundamentos assumem o caráter de argumentos de fixação de objetivos, cai o muro de fogo (*Brandmauer*) introduzido no discurso jurídico pela compreensão deontológica das normas jurídicas¹¹⁹⁴. Com isso, então, os direitos fundamentais resultam sacrificados em favor da realização dos fins coletivos¹¹⁹⁵.

Nesse sentido, Kumm observa que ser titular de direitos fundamentais não significa muito se eles podem ser ponderados em face de bens coletivos igualmente protegidos pela Constituição. Uma posição fundamental jurídica *prima facie* de um direito fundamental não detém qualquer primazia sobre fins coletivos, servindo para apenas o início de uma avaliação quanto à justificação de uma intervenção¹¹⁹⁶. Um dos resultados dessa concepção fraca (*weak conception*) é que reduzindo o peso dos direitos fundamentais em relação aos bens coletivos, abre-se espaço para ideais perfeccionistas, coletivistas e consequencialistas. O problema é que a ponderação, por si só, não leva em conta razões que devem ser excluídas ou proibições fortes de que pessoas sejam usadas como meios para a realização de determinados fins¹¹⁹⁷. A solução estaria em três ideias básicas do liberalismo político: o antiperfeccionismo, o antioletivismo e anticonsequencialismo. Com elas, o significado é que as medidas estatais de intervenção nos direitos fundamentais não podem estar justificadas em uma particular concepção de vida e tampouco podem implicar sacrifício de direitos em favor da comunidade, mesmo em favor do bem estar geral. A consequência disso é que a estrutura dos direitos fundamentais não deve estar focada exclusivamente na proporcionalidade para determinar os limites dos direitos fundamentais¹¹⁹⁸. É que a análise dos direitos

¹¹⁹² Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*..., S. 310.

¹¹⁹³ Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*..., S. 312.

¹¹⁹⁴ Cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*..., S. 315.

¹¹⁹⁵ Cf. HABERMAS, Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law Scholl... S. 368.

¹¹⁹⁶ Cf. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights*..., p. 139.

¹¹⁹⁷ Cf. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights*..., p. 142.

¹¹⁹⁸ Cf. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights*..., p. 164.

fundamentais requer uma estrutura mais complexa do que o foco exclusivamente na ponderação torna disponível¹¹⁹⁹.

Aos ideais perfeccionistas se deve contrapor o antiperfeccionismo (*antiperfectionism*), que significa a proibição da intervenção de direitos fundamentais justificada por uma concepção particular de vida boa. Os direitos fundamentais devem ser entendidos como *trumps* que protegem as pessoas contra imposições paternalistas relativas ao modo como cada um deve viver a sua própria vida. As razões de fundamentação das ideais perfeccionistas são razões excluídas (*excluded reasons*) que não devem contar para justificar a intervenção nos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, um ideal perfeccionista como o modo de vida cristão (*Christian way of life*) é uma razão excluída para justificar uma intervenção no direito fundamental da liberdade religiosa¹²⁰⁰. O direito fundamental de liberdade de manifestação não pode ser restringido pela exclusiva razão de que o conteúdo da manifestação é contrário a uma determinada forma de vida aprovada pela maioria. Razões fundadas na discriminação de opiniões plausíveis ou corretas devem ser razões excluídas da justificação para intervenção no direito fundamental de manifestação ou de associação. O que isso significa é que a justificação para intervenção no direito fundamental de manifestação deve ser neutra quanto à verdade ou falsidade do conteúdo da manifestação. Segundo Kumm, a liberdade de manifestação não deve ser ponderada contra os prejuízos provocados pelas manifestações de ideias falsas e incorretas. Evidentemente, essa neutralidade quanto ao conteúdo deve encontrar limites em uma democracia constitucional. Manifestações racistas, fascistas ou terroristas não podem pretender justificação no direito fundamental da liberdade de manifestação. A questão sobre como esses limites são construídos descansa em um debate democrático constitucional realizado sobre a base de um sistema complexo de avaliações empíricas e morais. O problema é que o foco exclusivamente na ponderação tende a obscurecer a importância que as razões excluídas desempenham na prática da democracia constitucional¹²⁰¹.

A ponderação não é incompatível com a estrutura formal das razões excluídas¹²⁰². Aliás, o próprio Kumm reconhece a relação de complementaridade entre a ideia das razões excluídas e a ponderação¹²⁰³. Segundo Alexy, fins ilegítimos e

¹¹⁹⁹ Cf. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights...*, p. 166.

¹²⁰⁰ Cf. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights...*, p. 142-144.

¹²⁰¹ Cf. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights...*, p. 146.

¹²⁰² Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 341.

¹²⁰³ Cf. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights...*, p. 148.

princípios inválidos não podem justificar qualquer intervenção nos direitos fundamentais. Eles não contam na ponderação. Razões excluídas possuem valor zero, o que significa o mesmo que não participar da ponderação. A propósito, pode ser designada como ilimitada a ponderação na qual todos os princípios, valores e objetivos participam com valor maior que zero e limitada a ponderação em que pelo menos um princípio, valor ou objetivo participa com valor igual a zero¹²⁰⁴. Desse modo, qualquer medida estatal de intervenção em direitos fundamentais deve excluir da ponderação princípios, valores e objetivos inspirados por algo relacionado, por exemplo, à pureza de uma determinada raça ou cor, a prevalência de uma crença ou religião. Na justificação da intervenção de direitos fundamentais, esses princípios, valores e objetivos devem ser excluídos da ponderação. Isso é suficiente para mostrar que a ideia das razões excluídas deixa intocado o papel central que a ponderação joga na estrutura dos direitos fundamentais.

As ideias do antioletivismo e direitos como escudos (*rights as shields*) significam que somente razões de força especial (*reasons of a special strength*) justificam intervenção nos direitos fundamentais em favor de bens coletivos ou interesses gerais como, por exemplo, a segurança pública. O problema é que o nível estrutural da ponderação não confere a primazia dos direitos fundamentais sobre os bens coletivos. Se os direitos fundamentais são menos do *trumps*, mas mais do que a ponderação permite, então eles ocupam uma posição intermediária de tal modo que somente razões dotadas de um tipo de força especial seriam suficientes para justificar uma intervenção em suas posições fundamentais jurídicas¹²⁰⁵. Por isso, a ideia de *rights as shields* merece o seu lugar na estrutura da justificação da intervenção nos direitos fundamentais na jurisdição constitucional¹²⁰⁶.

A ponderação é compatível com a primazia dos direitos fundamentais sobre os bens coletivos¹²⁰⁷. A primeira lei da ponderação – quanto maior a intensidade da intervenção em direito fundamental, maior deve ser o peso dos princípios contrários – autoriza analisar se a primazia dos direitos fundamentais sobre os bens coletivos está substancialmente justificada (*substantively justified*)¹²⁰⁸. Além disso, a segunda lei da ponderação – quanto maior a intensidade da intervenção em um direito fundamental,

¹²⁰⁴ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 341.

¹²⁰⁵ Cf. KUMM, Political Liberalism and the Structure of Rights..., p. 148-149.

¹²⁰⁶ Cf. KUMM, Political Liberalism and the Structure of Rights..., p. 152.

¹²⁰⁷ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 342.

¹²⁰⁸ Cf. KUMM, Political Liberalism and the Structure of Rights..., p. 149.

maior deve ser a certeza de suas premissas – refere-se exatamente à questão da fiabilidade das premissas apoiadoras para a justificação da intervenção em direitos fundamentais. Segundo Alexy, as duas leis da ponderação deixam formular que a capacidade dos direitos fundamentais para resistir intervenções aumenta quanto mais intensa a intervenção se torna. Com isso, então, a ideia de direitos fundamentais como princípios não está em oposição à ideia dos direitos fundamentais como escudos (*rights as shields*)¹²⁰⁹.

A estrutura da ponderação, objeto-se, não é adequada porque implica uma argumentação consequencialista dos direitos fundamentais, que é incapaz de dar conta da natureza deontológica de direitos fundamentais. A ideia central das restrições deontológicas é que alguns direitos fundamentais não podem ser violados ainda que tal intervenção seja justificada pelas melhores e mais desejadas consequências. Salvar a vida de três pessoas não justifica, necessariamente, o sacrifício da vida de uma pessoa, assim como os ganhos de muitos não justificam, necessariamente, as perdas suportadas por poucos¹²¹⁰. A partir do caso do *trolley* desgovernado¹²¹¹, Kumm formula duas situações. Na primeira, cinco pessoas serão salvas se o operador das linhas desviar o *trolley* desgovernado para uma linha na qual resultará a morte de uma pessoa. Nesse caso, a vítima é um *disabler*, pois a sua morte é simplesmente um efeito colateral contingente do curso de ação empreendido pelo operador. Na segunda, cinco pessoas serão mortas se o operador das linhas não empurrar um homem gordo sobre a linha de modo parar o *trolley* desgovernado. Nesse caso, a vítima é um *enabler*, pois a vítima é usada como um meio para salvar a vida de cinco pessoas. A estrutura da proporcionalidade somente pode dar conta da primeira situação. A resposta para a segunda dependa de uma relação de meio e fim que escapa à análise da ponderação. É que nessa situação a morte de uma pessoa é o meio para salvar a vida de outras pessoas. Que pessoas não podem ser usadas como meio para salvar outras pessoas é uma restrição deontológica forte. Ninguém pode ser obrigado a ser herói ou sacrificar sua vida em favor de outras pessoas¹²¹².

A propósito dessa distinção, é interessante referir a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que declarou a inconstitucionalidade de parte das

¹²⁰⁹ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 342.

¹²¹⁰ Cf. KUMM, Political Liberalism and the Structure of Rights..., p. 153.

¹²¹¹ Ver outros exemplos em GEWIRTH, Alan. Are There Any Absolute Rights? In: WALDRON Jeremy (Ed.). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 91.

¹²¹² Cf. KUMM, Political Liberalism and the Structure of Rights..., p. 154.

disposições do art. 14 da Lei sobre Novo Regulamento da Segurança Aérea de 2005 (*Gesetz zur Neuregelung Von Luftsicherheitsaufgaben*), que autorizava a força aérea alemã a abater aviões de passageiros quando essa fosse a única alternativa para impedir claro e atual perigo para vida humana e se tal não fosse desproporcional. O Tribunal Constitucional Federal entendeu que a normalização violava o direito fundamental à vida dos passageiros com o fundamento que o Estado não pode usar as pessoas como meros objetos, ainda que para salvar vida de outras pessoas¹²¹³. Em que pese os fundamentos da decisão apontarem neste sentido, não se cuida de um caso de restrição deontológica forte¹²¹⁴. A questão não pode ser resolvida exclusivamente pelo princípio da proporcionalidade. Segundo Kumm, uma vez adotados os procedimentos de segurança recomendados tecnicamente e havendo segurança que a autorização somente seja executada quando efetivamente comensurado o número de pessoas cujas vidas seriam salvas, não haveria violação ao direito à vida. Quando evidências seguras indicam que o avião será usado como uma arma a ser jogada contra um prédio ou uma determinada área urbana, deve-se considerar a circunstância de que os passageiros serão de qualquer modo sacrificados¹²¹⁵.

A proibição da tortura está justificada por razões fortemente consequencialistas bem conhecidas. Isso, contudo, não significa que apenas razões consequencialistas fundamentam a proibição de tortura. A tortura é proibida por algo mais forte do que as suas consequências. O caso do sequestrador capturado pela autoridade policial é ilustrativo. Mesmo admitindo que a vítima possa morrer, por se encontrar trancada em cubículo, ele se nega a informar o lugar do cativeiro. Razões consequencialistas, exclusivamente, não podem autorizar a tortura do seqüestrador, pois salvar a vida de uma pessoa não é condição suficiente para permitir a tortura. Segundo Kumm, as razões pelas quais a tortura pode ser moralmente permitida dizem com o relacionamento especial (*special relationship*) estabelecido entre o sequestrador e a vítima. O fato de sequestrador ter criado em desfavor da vítima uma situação de risco de vida lhe impõe responsabilidade pessoal. Ao recusar prestar informações sobre o cativeiro, o sequestrador impõe severa ameaça à vida da vítima. Evidentemente que a autoridade policial, ao infligir sofrimento ao seqüestrador para salvar a vida da vítima, não deixa de

¹²¹³ Cf. BVerfGE 114, 118.

¹²¹⁴ Cf. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights...*, p. 156.

¹²¹⁵ Cf. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights...*, p. 156.

violar a proibição legal por razões institucionais, mas ela não viola direito moral do sequestrador¹²¹⁶.

O resultado dessas formulações é que a estrutura da proporcionalidade não é capaz de tratar adequadamente das restrições deontológicas. É que a ponderação filtra sistematicamente as relações de meios e fins que são centrais para as restrições deontológicas. Ao atribuir graus de intensidade da intervenção e da importância das consequências de uma medida e, depois, estabelecer uma relação de custo-benefício, a ponderação despreza as questões concernentes à relação de meios e fins. Se uma medida considera uma pessoa como um *enabler* ou um *disabler*, se uma pessoa está sendo usada como um meio ou se ela está apenas desconsiderando os interesses de uma pessoa em razão de intervenções justificáveis, são características moralmente decisivas. Segundo Kumm, essas características não podem ser simplesmente jogadas no exercício da ponderação. Se aquele que sofre uma intervenção em um direito fundamental é um *enabler* ou *disabler* não basta simplesmente adicionar razões na escala da ponderação. Quando uma pessoa é considerada como *enabler*, sendo usada como um meio para atingir um fim, não importa quão legítimo é o fim desejado, uma intervenção nos seus direitos fundamentais, por isso exclusivamente, não será permitida. Nenhuma pessoa pode ser usada como instrumento para a realização de fins políticos¹²¹⁷.

O exame dessa crítica pressupõe a distinção entre ponderação e consequencialismo, que se acha associado ao utilitarismo e se refere à maior utilidade para maior número. À ponderação, interessa a relação entre a intensidade da intervenção entre um direito fundamental e a importância da realização de outro direito fundamental ou bem coletivo. Nos casos de colisão entre direitos fundamentais, o número de pessoas não conta decisivamente. A colisão é resolvida pelo exame da compensação entre o grau da intensidade da intervenção e da importância dos direitos fundamentais. Contudo, se a estrutura da proporcionalidade é entendida consequencialista nesse sentido sugerido por Kumm, deve-se ter claro que tal significa ponderação, estando excluída uma abordagem categórica do tipo tudo ou nada¹²¹⁸. Segundo Alexy, o ponto central da crítica formulada por Kumm não está no número de pessoas, mas na impossibilidade de que certos direitos sejam passíveis de intervenção. Direitos absolutos baseados na consideração de meios e fins (*means-ends*) estão excluídos da ponderação.

¹²¹⁶ Cf. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights...*, p. 161.

¹²¹⁷ Cf. KUMM, *Political Liberalism and the Structure of Rights...*, p. 163.

¹²¹⁸ Cf. ALEXY, *Thirteen Replies...*, p. 343.

Independentemente da discussão sobre a existência ou não de direitos absolutos¹²¹⁹, o que importa é que eles, assim como as razões excluídas, podem participar da ponderação. As restrições deontológicas não teriam valor igual a zero, como o atribuído as razões excluídas, mas valor infinito (*value infinite*). De qualquer sorte, isso implicaria a não participar da ponderação. Com isso, chega-se a um limite da ponderação, mas nem por isso ela perde o seu papel central para direitos fundamentais¹²²⁰. É que a ponderação é uma estrutura formal que depende essencialmente das premissas que vem de fora da ponderação mesma. Seja nos casos normais como nos casos extremos, o julgamento sobre a intensidade da intervenção sempre vai depender de que argumentos a justifiquem e isso não está sujeito a análise da ponderação. Esta formulação é decisiva: “proporcionalidade sem esses argumentos seria arbitrária e mecânica”¹²²¹. A discussão sobre a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais das teorias absoluta e relativa pode ser bem compreendida se colocada em termos de colisão de princípios resolvida pela argumentação. Deve-se compreender que a teoria absoluta acerta quando diz que há posições fundamentais jurídicas que tampouco as mais importantes razões justificam sua afetação, mas ela mesma se fundamenta na própria teoria relativa contra a qual se volta. É possível falar, em condições normais e em alguns casos, em proteção absoluta, mas a extensão dessa proteção será sempre uma questão de relação entre princípios. Por isso, a garantia do núcleo essencial mesma não acrescenta um limite adicional à ponderação¹²²².

4.4 A LEGITIMIDADE DA PONDERAÇÃO

A objeção apresentada contra a legitimidade da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional para a ponderação diz que, afora o enfraquecimento e a perda de primazia dos direitos fundamentais resultante de sua identificação com valores, o ponderar no caso de colisão de direitos fundamentais entre si e com bens coletivos implica redução do espaço de conformação política do legislador, comprometendo a democracia e o princípio da divisão dos poderes e, com isso, o próprio Estado de Direito constitucional democrático.

¹²¹⁹ Cf. GEWIRTH, Alan. Are There Any Absolute Rights? In: WALDRON Jeremy (Ed.). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, p. 91-109, 1984.

¹²²⁰ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 344.

¹²²¹ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 344; ALEXY, Individuelle Rechte und Kollektive Güter..., S. 232-261; ALEXY, Direitos individuais e bens coletivos..., p. 176-198.

Essa objeção coloca, na verdade, a discussão sobre a delimitação de competência entre o legislador e os tribunais ordinários e constitucionais para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais e, assim, a tensão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais. O princípio democrático diz que compete ao legislador desenvolver, harmonizar e restringir direitos fundamentais, ponderando os interesses e bens no espaço das escolhas políticas. O fundamento dessa competência está exatamente na necessidade de proteção dos direitos fundamentais que, por seu lado, constituem pressuposto para a democracia. Por isso mesmo, os direitos fundamentais vinculam o legislador, estabelecendo limites ao princípio da maioria, de tal sorte que as decisões políticas do legislador não possam restringir, para além do autorizado pela Constituição, as posições fundamentais jurídicas *prima facie*. Há, então, uma contradição entre democracia e direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são democráticos porque eles – liberdade e igualdade – asseguram o desenvolvimento de pessoas capazes de manter o processo democrático e, ainda, eles – liberdade de opinião, reunião e associação – mantêm as condições funcionais da democracia. Por outro lado, os direitos fundamentais não são democráticos porque, vinculando o legislador democraticamente escolhido, subtraem da maioria parlamentar poderes de decisão política¹²²³.

A ponderação não seria um caso de interpretação constitucional, mas de uma “concretização jurídico-criativa”, que é um fenômeno jurídico de atribuição de conteúdo “desde fora”¹²²⁴. Se os direitos fundamentais representam normas-princípios com tendência à otimização, resulta para o Tribunal Constitucional a obrigação de dar aplicação ao conteúdo normativo neles estabelecidos. As decisões de concretização e ponderação não estão no nível da legislação infraconstitucional ordinária, mas no nível constitucional. Com isso, tem-se uma crescente pré-determinação dos conteúdos normativos indeterminados e um aumento do pré-estabelecido normativo em e a partir da Constituição. Cada vez mais, o legislador tem reduzido o seu poder conformador e o processo político democrático perde em importância¹²²⁵.

Essa objeção é dirigida contra a expansão material da Constituição e ao problema da legitimidade da atividade jurisdicional que estaria invadindo o espaço reservado ao legislador. Na medida em que a ponderação não se orienta por intermédio

¹²²² Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 271-272.

¹²²³ Cf. ALEXY, *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático...*, p. 52-53.

¹²²⁴ Cf. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales...*, p. 131.

¹²²⁵ Cf. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales...*, p. 135-136.

de parâmetros referenciais jurídicos, mas resulta de valorações dirigidas a um fim recolhidas “desde fora”, fica aberto o caminho para avaliações subjetivas e, assim, para que o Tribunal Constitucional, ao estabelecer as relações de precedência entre direitos fundamentais e bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, ocupe o espaço de conformação política do Poder Legislativo. No caso do exame da proporcionalidade de medida legislativa, a ponderação do Tribunal Constitucional se destina a verificar se a ponderação do legislador está correta. O resultado é sempre posterior e definitivo. O problema é que não se pode afirmar com segurança absoluta que a ponderação jurisdicional deve prevalecer sempre sobre a ponderação legislativa.

Essa objeção pode ser respondida pela dogmática dos espaços e pela representação argumentativa da jurisdição. A dogmática dos espaços, que pressupõe um conceito de Constituição capaz de compatibilizar uma ordenação fundamental com uma ordenação-quadro, ocupa-se da discussão dos espaços estruturais e epistêmicos liberados para a conformação legislativa. A legitimidade jurisdicional para a ponderação de direitos fundamentais é alcançada pela argumentação. A representação é argumentativa.

4.4.1 A dogmática dos espaços

A dogmática do espaço (*dogmatische Spielraum*)¹²²⁶ ou teoria da discricção (*theory of discretion*)¹²²⁷ é central para a legitimidade da jurisdição na ponderação de direitos fundamentais. Ela é decisiva porque fundamenta a conciliação entre direitos fundamentais e democracia ao propor, entre uma sobreconstitucionalização e uma subconstitucionalização, a constitucionalização adequada. Com a dogmática dos espaços, os princípios formais e, assim, a dimensão formal dos direitos fundamentais, entram em cena no jogo de princípios guiado pelas leis da ponderação. O grande mérito

¹²²⁶ Cf. ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 76. Em lugar de espaço, na tradução portuguesa do pós-fácio da teoria dos direitos fundamentais, usa-se discricionariedade (ALEXY, Robert. Pós-fácio (2002). In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 575-627, 2008). Essa opção se aproxima da tradução inglesa, que emprega a expressão *discretion* (ALEXY, Robert. Postscript. In: ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, p. 388-425, 2002). Na tradução espanhola do epílogo da teoria dos direitos fundamentais, usa-se margem de ação (*margin de acción*) (Cf. ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004).

¹²²⁷ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 345.

da dogmática dos espaços está em responder corretamente tanto ao não cognitivismo como ao cognitivismo extremo.

O não cognitivismo diz que a Constituição configura um conjunto de procedimentos para as deliberações e os entendimentos entre os cidadãos, mas dada a textura aberta de suas disposições, dela não podem ser retiradas soluções para problemas substanciais. Na medida em que o intérprete não tem segurança para determinar quando uma medida é constitucional ou não, quando confrontada com as disposições constitucionais, não lhe resta alternativa senão recorrer ao direito natural, valores ou algum consenso ficto dos membros da comunidade, disso resultando o império do relativismo. Por isso, a jurisdição constitucional não pode cuidar da constitucionalidade material das medidas legislativas sob o ponto de vista substancial, mas somente as questões de ordem procedimental¹²²⁸. O que pode ser objetado ao não cognitivismo é que ele pode conduzir a uma subconstitucionalização e, assim, a violações aos direitos fundamentais impostas pela vontade da maioria, conforme soprarem os ventos dos acordos e jogos políticos. Se direitos fundamentais configuram posições fundamentais jurídicas tão importantes que não podem estar sujeitas às maiorias parlamentares, então o não cognitivismo não responde satisfatoriamente aos problemas da determinação da competência jurisdicional.

O cognitivismo constitucional extremo diz que a jurisdição constitucional é capaz de encontrar, a partir dos precedentes, da tradição e dos princípios e dos valores atuais da comunidade, para cada caso, uma solução substancial correta. Os direitos fundamentais devem ser entendidos como triunfos e, assim, configuram limites à atuação do legislador, cumprindo à função jurisdicional a sua defesa em face à vontade geral expressada pelo legislador. Com isso, coloca-se um ativismo jurisdicional em face das decisões legislativas que violam as disposições de direitos fundamentais¹²²⁹. O risco do cognitivismo extremado é o de conduzir a uma sobreconstitucionalização. O legislador se transforma em mero executor da Constituição, não lhe resultando espaço para a tomada de decisões de oportunidade política. A sobreconstitucionalização faz a Constituição perder o seu caráter de ordenação-quadro para se tornar uma ordenação fundamental.

¹²²⁸ Cf. ELY, John H. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 117.

¹²²⁹ Cf. DWORKIN, Hard cases..., p. 129-130; DWORKIN, Constitutional cases..., p. 137-138; HARIS, J. W. Dworkin's rights thesis. In: HARIS, J. W. *Legal Philosophies*. London, Edimburg, Dublin: Butterworths, p. 187-210, 1997.

Uma Constituição, como ordenação-quadro, traça ao legislador um quadro que: *i*) proíbe algo; *ii*) ordena algo e; *iii*) libera algo. O proibido é o impossível jurídico-constitucionalmente, o ordenado é o necessário e o liberado é o possível. O que está liberado ou é possível “reside no quadro”; “o proibido ou impossível, forma, juntamente com o ordenado ou necessário, o quadro”¹²³⁰. Uma Constituição é uma ordenação fundamental no sentido quantitativo quando ela não libera nada de tal modo que tem uma ordem ou uma proibição para tudo. Essa concepção da Constituição como ordenação fundamental em sentido quantitativo é incompatível com a concepção de Constituição como ordenação-quadro. As razões são óbvias. Contudo, uma Constituição como uma ordenação fundamental em sentido qualitativo é compatível com a concepção de Constituição como ordenação-quadro. Isso porque uma Constituição como ordem fundamental qualitativa decide apenas sobre “aquelas questões que são fundamentais da comunidade”, deixando aberta a via para decisões sobre outras questões. Uma tal Constituição é uma Constituição como ordem fundamental e como ordenação-quadro¹²³¹. O equilíbrio entre a ordenação fundamental e a ordenação-quadro e, assim, a constitucionalização adequada, é alcançado pela dogmática dos espaços.

Os espaços, que devem ser entendidos como os espaços de conformação ou de atuação do legislador deixados livres pela Constituição, podem ser espaços estruturais e espaços epistêmicos ou cognitivos¹²³². O limite desse espaço deixado livre para o legislador termina quando começa o que está determinado como proibido ou obrigatório pela Constituição.

4.4.1.1 O espaço estrutural

O espaço estrutural se define pela ausência de mandamentos e proibições definitivos. Quando a Constituição não ordena e nem proíbe, ela libera. O que a Constituição libera definitivamente pertence ao espaço estrutural e sobre ele não há controle judicial-constitucional, porque ali termina a normatividade material definitiva da Constituição¹²³³. São três os espaços estruturais: *i*) espaço de determinação de finalidade; *ii*) espaço de escolha médio; e *iii*) espaço de ponderação.

¹²³⁰ Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 77.

¹²³¹ Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 78.

¹²³² Sobre as mais diversas designações de espaço na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, ver ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 78-79.

¹²³³ Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 79.

Há um espaço de determinação da finalidade para o legislador quando o direito fundamental contém uma autorização de intervenção, mas não ordena. O legislador é livre não somente para selecionar a finalidade como também para escolher a medida da sua realização. O único limite dado contra a liberdade do legislador é para as medidas que, de nenhum modo, contribuem para a realização do fim. Evidentemente, a liberdade do legislador para determinar a finalidade depende do que estabelecem os outros dois princípios parciais da proporcionalidade. Esse é o caso do “enlace de espaços”¹²³⁴.

O espaço de escolha médio, que corresponde ao espaço para a escolha dos meios, aparece quando os direitos fundamentais não somente proíbem intervenções, mas, também, ordenam ações positivas, especialmente de proteção. Quando várias medidas são igualmente idôneas para alcançar uma finalidade, o legislador pode livremente escolher o meio. Se duas vacinas diferentes – uma francesa e outra canadense – são idôneas para prevenir a epidemia da gripe A, o dever de proteção à saúde da população não exige que as duas sejam disponibilizadas, bastando que uma delas seja fornecida para realização do direito fundamental à saúde. Contudo, se as vacinas realizam a finalidade de prevenção à epidemia da gripe A em diferentes graus ou se não há segurança quanto o grau de realização dessa finalidade ou, ainda, se uma vacina custa o dobro da outra, novamente, coloca-se a questão do enlace de espaços.

O espaço da ponderação e o espaço epistêmico é que irão indicar a medida necessária e proporcional em sentido restrito, considerando a intensidade de intervenção em outros direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. O limite traçado para o legislador é o de que estão proibidas, dentre as medidas igualmente idôneas, apenas as medidas mais gravosas. Fora disso, o legislador é livre e nada lhe é determinado positivamente. O espaço da ponderação é parte essencial da dogmática-quadro, correspondendo ao papel da proporcionalidade todo na dogmática-quadro¹²³⁵.

Não há incompatibilidade entre a ideia de Constituição como ordenação-quadro e a identificação dos direitos fundamentais como os princípios e, assim, como mandamentos de otimização ou a serem otimizados conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Os três princípios parciais do princípio da proporcionalidade não excluem o espaço estrutural necessário à configuração de uma Constituição como ordenação-

¹²³⁴ Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 80.

¹²³⁵ Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 81.

quadro. No espaço estrutural do quadro, o legislador está liberado para escolher as finalidades, as medidas a serem adotadas e o grau de realização dos direitos fundamentais e dos bens coletivos constitucionalmente protegidos ou o interesse público (*public interest*)¹²³⁶. Evidentemente, a determinação do espaço estrutural está na dependência da relação entre esses três princípios parciais, principalmente a relação entre o princípio parcial da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, ou seja, a ponderação¹²³⁷.

O mandamento da otimização dos direitos fundamentais conforme as possibilidades fáticas não se identifica com uma otimização máxima ou ao ponto máximo de otimização. O princípio parcial da idoneidade serve para excluir uma medida não idônea. Cuida-se de um critério negativo que exclui todas as medidas não idôneas, mas deixa aberto o espaço para a escolha de todas as outras medidas idôneas. Se o princípio parcial da idoneidade não determina tudo, deixando espaço livre para outras medidas idôneas, então ele se mostra compatível com a Constituição como ordenação-quadro. Não é diferente o que ocorre com o princípio parcial da necessidade. Como critério negativo, ele serve para excluir, dentre as medidas idôneas, as medidas mais gravosas¹²³⁸. Se quatro são as vacinas igualmente idôneas para prevenir a epidemia da gripe A, mas uma delas custa o dobro do preço das outras três, o princípio parcial da necessidade serve para excluir a medida que implica maior sacrifício ao princípio da disponibilidade orçamentária. Se existem outras medidas igualmente idôneas e menos gravosas à liberdade de iniciativa e de profissão do que a proibição do funcionamento de câmaras de bronzamento artificial, então esta deve ser excluída, mas aquelas estão liberadas no espaço da ação estatal. Dizer que o legislador, ao perseguir o seu objetivo de prevenir doenças, deve escolher as medidas com menor intensidade de intervenção em outros princípios ou bens coletivos não significa exigência de otimização ao ponto máximo, mas implica evitar sacrifícios desnecessários¹²³⁹. Se o princípio parcial da necessidade não determina tudo, deixando aberto o espaço de ação para escolha de qualquer das medidas necessárias, então não há incompatibilidade com a Constituição como ordenação-quadro.

¹²³⁶ Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing..., p. 170.

¹²³⁷ Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing..., p. 171.

¹²³⁸ Cf. ALEXI, Postscript..., p. 398.

¹²³⁹ Cf. ALEXI, Postscript..., p. 399.

A compatibilidade entre ponderação e a Constituição como ordenação-quadro depende de se, pela ponderação, “alguma coisa é determinada e alguma coisa não”¹²⁴⁰. A primeira lei da ponderação – lei da ponderação material, que se ocupa da dimensão material dos direitos fundamentais – diz que quanto maior a intensidade da intervenção em um direito fundamental, maior deve ser a importância da realização de outro direito fundamental¹²⁴¹. É a partir dessa formulação que se pode verificar o que a Constituição ordena ou proíbe. Quando o resultado da ponderação é um empate, a Constituição nada decide. Ela simplesmente libera o que reside no quadro. O liberado é o espaço estrutural de conformação, de atuação e de ponderação livres para o legislador.

A questão que se coloca imediatamente é quando se tem um empate e, assim, um espaço estrutural de ação livre. A verificação de um empate depende da atribuição de graus de intensidade de intervenção em P_i e graus de importância de realização em P_j e do modelo de escala empregado – triádico simples ou triádico duplo. Evidentemente, uma escala triádica simples, contando apenas com os graus leve, médio e grave, produz mais empates e, assim, maior é o espaço de ponderação para o legislador. A correção dessa formulação, segundo Alexy, pode ser verificada na decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão no caso das reportagens da revista Stern, realizadas nos anos de 1982 e 1983, que faziam citações textuais de depoimentos de testemunhas e interrogatório de um dos acusados em uma investigação sobre doações de empresas a um partido político. O juízo de Hamburgo considerou inconstitucional disposição do Código Penal alemão, que comina pena privativa de liberdade de até um ano ou multa para publicação das informações em tais circunstâncias. No caso, o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou leve a intervenção na liberdade de expressão e igualmente leve a importância das razões para a intervenção. No julgamento, chamou atenção o fato de que a restrição à liberdade de expressão resultante da medida legislativa penal seria apenas quanto à publicação das informações com citação literal das peças dos autos. Na medida em que qualquer outra publicação, com as mesmas informações, mas sem transcrição dos documentos dos autos, estava liberada, a intervenção na liberdade de expressão pela tipificação penal foi considerada reduzida¹²⁴². Assim, a conclusão de que a medida não é desproporcional encontra justificação no espaço estrutural de conformação do legislador. A formulação de Alexy

¹²⁴⁰ Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 82.

¹²⁴¹ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 345.

¹²⁴² Cf. ALEXY, Postscript..., p. 410-411. Sobre a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, ver BVerfGE 71, 206.

diz que se a razão para uma intervenção é forte como a razão contra ela, a intervenção não é desproporcional (*the interference is not disproportionate*) e se as razões para a não proteção são fortes como as razões para a proteção, então a não proteção não é desproporcional (*non-protection is not disproportionate*)¹²⁴³.

Contudo, a possibilidade de empates se reduz no caso do modelo triádico duplo. É que um refinamento quanto aos graus de intervenção e de importância desse tipo resulta em nove graus. É o caso se os graus leve, médio e grave, são usados mais uma vez: *ia*) leve/leve, *ib*) leve/médio e *ic*) leve-grave; *iaa*) médio/leve, *iib*) médio/médio e *iic*) médio/grave; e *iaa*) grave/leve, *iib*) grave/médio e *iic*) grave/grave. O resultado da aplicação desse modelo triádico mais refinado é que a ponderação produz menos empates. Com isso, menor o espaço estrutural de ponderação do legislador¹²⁴⁴. O que isso significa é que a adoção dessa escala mais refinada do modelo triádico duplo aumenta o controle jurisdicional sobre o espaço de conformação do legislador. O adotar uma escala mais ou menos fina significa maior ou menor controle jurisdicional sobre espaço de ponderação legislador. Aliás, como diz Rivers, o espaço de ponderação do legislador será inversamente proporcional a habilidade dos juízes para avaliar o grau da importância de realização do direito fundamental ou bem coletivo apresentada para justificar a intervenção¹²⁴⁵. Assim, se maior a intensidade de intervenção em um direito fundamental P_i , maior deve ser o refinamento da escala de avaliação da intensidade de intervenção e do grau de importância da realização de P_j ¹²⁴⁶.

De qualquer modo, uma eliminação total de empates e uma redução do espaço de ponderação do legislador a zero estão excluídas. Mesmo no caso do refinamento alcançado pelo modelo triádico duplo, os empates são possíveis. Além disso, uma atribuição de graus refinada nem sempre pode ser perseguida, sobrando muitos casos de “empates autênticos” e, assim, espaço para livre ponderação do legislador¹²⁴⁷.

Com isso, então, fica assegurada a compatibilidade entre ponderação e a Constituição como ordenação-quadro. Os direitos fundamentais como princípios e, assim, como mandamentos de otimização não pretendem alcançar um ponto máximo,

¹²⁴³ Cf. ALEXYS, Postscript..., p. 411-412.

¹²⁴⁴ Cf. ALEXYS, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 88.

¹²⁴⁵ Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 184.

¹²⁴⁶ Cf. ALEXYS, Thirteen Replies..., p. 346.

¹²⁴⁷ Cf. ALEXYS, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 88.

mas apenas a realização tanto quanto possível conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.

4.4.1.2 O espaço epistêmico

O espaço epistêmico, diferentemente do estrutural, não se ocupa dos limites entre aquilo que a Constituição ordena ou proíbe, mas dos “limites da capacidade de cognição do que a Constituição” ordena, proíbe ou libera¹²⁴⁸. Portanto, o espaço epistêmico surge quando não há certeza sobre o que está ordenado, proibido ou liberado pela Constituição. Quando é o caso de espaços epistêmicos, o legislador está liberado para fazer as suas escolhas quanto às finalidades, as medidas e aos graus de intensidade de intervenção e de importância dos direitos fundamentais e dos bens coletivos.

O espaço epistêmico será empírico ou normativo conforme a incerteza recaia em premissas empíricas ou normativas. Se não há certeza sobre as prognoses empíricas pressupostas, cuida-se de um espaço epistêmico empírico. Se a incerteza está na quantificação da intensidade de intervenção e importância de realização dos direitos fundamentais, trata-se de um espaço epistêmico normativo.

4.4.1.2.1 O espaço epistêmico empírico

O espaço epistêmico empírico permite intervenção nos direitos fundamentais com base em premissas fáticas incertas, sustentáveis ou plausíveis. A extensão dos espaços epistêmicos corresponde à extensão de possíveis divergências entre o realmente ordenado, proibido e liberado e aquilo que é verificável como ordenado, proibido e liberado. Como diz Alexy, o Tribunal Constitucional Federal alemão, na decisão sobre a constitucionalidade da proibição de produtos derivados de *cannabis*, não constatou a veracidade das premissas apoiadoras pressupostas pelo legislador para fundamentar a proibição. Uma certeza haveria se fundados conhecimentos científicos mostrassem que a proibição é adequada e necessária para reduzir os riscos relacionados à droga. Como essa certeza não está constatada, o Tribunal Constitucional Federal alemão incluiu no

¹²⁴⁸ Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 89.

espaço de conhecimento empírico as suposições que justificaram a proibição dada autoritativamente pelo legislador¹²⁴⁹.

A ignorância fática sobre a idoneidade da medida escolhida para realização da finalidade e, também, sobre a necessidade da medida configura o espaço epistêmico empírico do legislador. Assim, insere-se no espaço epistêmico empírico do legislador a liberdade para escolher medidas que muito provavelmente contribuam para a realização da finalidade e medidas que parecem implicar menor intervenção nos direitos fundamentais ou bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. A exigência de certeza inviabilizaria a atuação do legislador, comprometendo os princípios formais da divisão dos poderes e da democracia, que “exigem um espaço de conhecimento empírico”¹²⁵⁰.

O espaço epistêmico empírico, contudo, não é um espaço ilimitado. O legislador não pode estar livremente autorizado, a partir de prognoses apenas incertas, a intervir intensamente nos direitos fundamentais. Isso implicaria uma prevalência absoluta e incondicionada do princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado em relação ao princípio material dos direitos fundamentais¹²⁵¹. Os limites são dados pela segunda lei da ponderação – lei da ponderação epistêmica, que se ocupa da dimensão formal dos direitos fundamental. Se a primeira lei da ponderação determina o espaço estrutural, a segunda lei da ponderação determina o espaço epistêmico. Esta diz que quanto maior a intensidade da intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção¹²⁵².

A lei da ponderação epistêmica não se refere à importância material das razões que justificam a intervenção, mas de sua qualidade epistêmica (*epistemic quality*)¹²⁵³. Assim, as razões para a intervenção são razões que combinam elementos materiais e epistêmicos. Segundo Alexy, isso pode ser confirmado pela regra de que a importância concreta da realização de um princípio (WP_jC) alcançada pela medida M pode justificar cada vez menos a intensidade de intervenção em P_i , conforme a redução da certeza quanto ao fato de que M satisfaz a realização de P_j . Com isso, o peso concreto de um

¹²⁴⁹ Cf. ALEXY, Postscript..., p. 414-415. Sobre a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, ver BVerfGE 90, 145.

¹²⁵⁰ Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 90.

¹²⁵¹ Cf. ALEXY, Postscript..., p. 418.

¹²⁵² Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 91; ALEXY, Thirteen Replies..., p. 345; ALEXY, Postscript..., p. 419.

¹²⁵³ Cf. ALEXY, Postscript..., p. 418.

princípio ($GP_{i,j}C$) cresce na medida do crescimento do grau de incerteza empírica do princípio colidente. Assim, resulta que se pode falar em graus de certeza ou segurança e em graus de incerteza ou insegurança¹²⁵⁴.

Um escala triádica desses graus pode ser construída a partir da decisão de co-determinação do Tribunal Constitucional Federal alemão, que distinguiu três graus de intensidade de controle: *i*) controle intensivo quanto ao conteúdo; *ii*) controle de sustentabilidade; *iii*) controle de evidência¹²⁵⁵. Esses graus correspondem aos três graus epistêmicos: *ia*) certo ou seguro; *iib*) sustentável ou plausível; *iiic*) não evidentemente falso¹²⁵⁶. Assim, quando é o caso de uma intensidade de intervenção alta, alta também deve ser a certeza das premissas empíricas utilizadas na sua justificação. Se tanto o grau da intensidade da intervenção como o grau da importância são altos, o grau de certeza das premissas empíricas não pode ser apenas médio e tampouco apenas baixo. Premissas empíricas apenas plausíveis não podem sustentar a justificação de uma severa intervenção em um direito fundamental ou bem coletivo constitucionalmente protegido. Muito menos, premissas empíricas que são apenas não evidentemente falsas. Ninguém pode ser privado de liberdade sem que essa intervenção de grau alto seja justificada por premissas empíricas certas. A mera plausibilidade ou simples não evidência de falsidade de que o paciente corre risco de vida não pode justificar a medida estatal coercitiva de transfusão de sangue em pessoa que se nega a fazê-lo por motivos religiosos. Cuida-se de uma intervenção severa à intimidade e à liberdade religiosa que não pode ser justificada por premissas empíricas apenas plausíveis e não evidentemente falsas. Contudo, quando se cuida de uma medida considerada de intervenção apenas média ou baixa, premissas empíricas apenas plausíveis podem justificar a intervenção nos direitos fundamentais ou bens coletivos.

Esse parece ser o caso da decisão *cannabis* do Tribunal Constitucional Federal alemão que considerou plausíveis as suposições empíricas do legislador no sentido de que a proibição dos produtos derivados de *cannabis* reduz os riscos associados à droga¹²⁵⁷. Uma intervenção apenas mediana justificada por premissas empíricas plausíveis significa um empate e, então, um espaço livre para conformação do legislador. Cuida-se de um espaço epistêmico empírico.

¹²⁵⁴ Cf. ALEXY, Postscript..., p. 419.

¹²⁵⁵ Cf. BVerfGE 50, 290; SCHWABE, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão...*, p. 567-574.

¹²⁵⁶ Cf. ALEXY, *A fórmula peso...*, p. 151.

¹²⁵⁷ Cf. ALEXY, Postscript..., p. 420; BVerfGE 90, 145.

Ao discutir essas formulações, Rivers sustenta que a segunda lei da ponderação é incompleta na medida em que deixa de considerar suficientemente os princípios formais. O seu ponto de partida é que a incerteza afeta os dois lados da ponderação: incerteza quanto ao grau de intervenção e incerteza quanto à importância de realização. A segunda lei da ponderação inicialmente formulada por Alexy toma em conta o grau de certeza quanto à intensidade da intervenção, mas não considera o grau de certeza quanto à importância da realização do outro princípio ou bem coletivo da colisão. Assim, então, ela deve ser reformulada para que o fator incerteza apareça nos dois lados da ponderação¹²⁵⁸. Como o próprio Rivers reconhece, essa objeção se acha superada pela configuração mais recente da segunda lei da ponderação e da fórmula peso completa que tomam em conta a confiabilidade ou segurança (*reliability*) sobre as premissas empíricas pressupostas na medida quanto à intensidade da intervenção em um princípio P_i e a importância da realização em outro princípio P_j , conforme as circunstâncias do caso concreto¹²⁵⁹. As discussões desenvolvidas a respeito da segunda lei da ponderação não deixam dúvidas da relevância do fator certeza nos dois lados da ponderação e, assim, do papel central dos princípios formais.

Outra questão suscitada à segunda lei da ponderação é a de que os juízes não dispõem das condições estruturais adequadas e necessárias para o desenvolvimento de suas próprias investigações sobre as questões empíricas. Em razão disso, não lhes resta outra alternativa senão confiar nas pesquisas empíricas desenvolvidas pelos órgãos estatais ou órgãos não governamentais¹²⁶⁰. O que isso significa é que os juízes somente irão tomar como suas aquelas suposições empíricas consideradas suficientemente confiáveis ou seguras. Assim, a segunda lei da ponderação deve ser interpretada no sentido de que quanto maior a intensidade da intervenção em direito fundamental P_i , maior deve ser a confiabilidade da avaliação legislativa quanto ao grau de importância da realização de outro direito fundamental P_j . Desse modo, fica claro que o problema do espaço estrutural epistêmico é um assunto que diz respeito à confiabilidade quanto às prognoses empíricas realizadas pelo legislador. Com isso, os princípios formais são levados a sério. O princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da competência dos juízes para garantir os direitos fundamentais. A conclusão é a de que quanto maior a intensidade de intervenção em

¹²⁵⁸ Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 181.

¹²⁵⁹ Cf. ALEXY, On Balancing and Subsumption..., p. 446.

¹²⁶⁰ Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 182.

direito fundamental P_i , maior deve ser a confiabilidade sobre as prognoses empíricas apresentadas sobre a intensidade da intervenção em P_i e a importância da realização de P_j . Uma exigência tal implica para o legislador o cuidado de tomar como corretas somente prognoses empíricas fundadas em bases fáticas consistentes¹²⁶¹.

Essa sugestão de interpretação da segunda lei da ponderação explicita o papel dos princípios formais na ponderação, destacando que o conceito de certeza deve ser tomado no sentido de confiabilidade e não de probabilidade. Como já observado, a confiabilidade, como uma propriedade epistêmica gradual, pode ser expressada em graus epistêmicos: certo, plausível e não evidentemente falso. Com isso, fica assegurado o *status* de uma regra epistêmica da certeza das premissas empíricas¹²⁶².

Outra interpretação da segunda lei da ponderação é tomá-la para determinar a intensidade do controle jurisdicional sobre o espaço de ponderação do legislador. Assim, quanto maior a intensidade de intervenção em direito fundamental, maior deve ser a intensidade do controle jurisdicional sobre o espaço de ponderação do legislador¹²⁶³. O resultado dessa interpretação leva às seguintes regras: *i*) quanto maior é o peso do direito fundamental P_i , menor deve ser o espaço estrutural; *ii*) quanto maior é a intensidade da intervenção no direito fundamental P_i , maior deve ser o procedimento de investigação sobre os premissas empíricas pressupostas para justificar a medida de intervenção em questão; *iii*) quanto maior é a intensidade da intervenção no direito fundamental P_i , maior cuidado os juízes devem ter para verificar pequenas vantagens alcançáveis ao direito fundamental P_i sem prejuízo para a medida estatal M em questão e maior deve ser a disposição dos juízes para diferenciar o grau de realização da medida estatal M em questão do grau de intensidade da intervenção no direito fundamental P_i .¹²⁶⁴ Segundo Rivers, essa formulação da segunda lei da ponderação representa a contrapartida formal da primeira lei da ponderação material. A sua fundamentação descansa no princípio formal de que a guarda dos direitos fundamentais incumbe à jurisdição. Do mesmo modo que um grau alto de intervenção em um direito fundamental P_i deve ser justificado por um grau igualmente alto da importância da realização de P_j , um grau alto de intervenção em um direito fundamental P_i exige um alto grau de controle jurisdicional¹²⁶⁵.

¹²⁶¹ Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 183.

¹²⁶² Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 346.

¹²⁶³ Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 187.

¹²⁶⁴ Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 187.

¹²⁶⁵ Cf. RIVERS, Proportionality, Discretion and the Second Law of Balance..., p. 187.

O que resulta dessa interpretação é uma reformulação da segunda lei da ponderação. Ela perde o *status* de simples regra referida à certeza das premissas empíricas para se transformar em uma regra geral (*general rule*) para determinação da intensidade do controle da intervenção jurisdicional no espaço de ponderação do legislador, conforme o menor ou maior grau de intervenção no direito fundamental P_i ¹²⁶⁶. Segundo Alexy, essa reformulação se destina a suplementar a falta de generalidade da versão simplesmente epistêmica da segunda lei da ponderação, pois nessa nova versão ela cobre todos os espaços de ponderação do legislador. Cuida-se de uma inspirada ideia (*inspired idea*) que representa uma grande contribuição para a teoria da ponderação no Direito constitucional¹²⁶⁷.

O problema é que a intensidade do controle jurisdicional da segunda lei da ponderação reformulada remete a uma série de características que não são identificáveis às variáveis da fórmula peso. Mesmo assim, a questão da intensidade do controle jurisdicional não é incompatível com a fórmula peso, como deixa saber o espaço para a escala de atribuição de graus de intensidade de intervenção e de importância de realização (*scalar discretion*)¹²⁶⁸. A regra que diz que quanto maior a intensidade de intervenção em um direito fundamental P_i , maior deve ser o refinamento da escala de avaliação da intensidade de intervenção e do grau de importância da realização de P_j , se acha fundada na ideia de que a capacidade de um direito fundamental para resistir a uma intervenção aumenta na mesma proporção da intensidade da intervenção, o que corresponde à observação de que a nossa habilidade para distinguir graus de intervenção aumenta com a intensidade da interferência¹²⁶⁹. Segundo Alexy, reconhecer a indispensabilidade da escala não significa admitir uma nova variável na fórmula peso, pois as regras da escala (*scalar rules*) dizem respeito à determinação de escalas em que o fato representado pelas variáveis deve ser classificado. Elas nada dizem quanto ao que deve ser classificado. Contudo, elas são indispensáveis à ponderação¹²⁷⁰.

¹²⁶⁶ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 346.

¹²⁶⁷ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 346.

¹²⁶⁸ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 346.

¹²⁶⁹ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 346.

¹²⁷⁰ Cf. ALEXY, Thirteen Replies..., p. 347.

4.4.1.2.2 O espaço epistêmico normativo

O espaço epistêmico normativo trata diretamente do conteúdo material da Constituição e está relacionado ao peso dos direitos fundamentais em colisão, bem como ao que é deixado para as valorações próprias do legislador¹²⁷¹. A incerteza descansa na intensidade da intervenção sobre um direito fundamental ou sobre quanto efetivamente pesa a intervenção no direito fundamental ou bem coletivo. Segundo Rivers, as incertezas normativas colocam três aspectos diferentes: *i*) como graduar diferentes intensidades de intervenção e de importâncias de realização de um princípio – como, por exemplo, a intensidade da proibição da publicação de um livro ou a proibição de uma manifestação oral; *ii*) incerteza quanto ao peso abstrato dos princípios – pode haver consenso de que a vida é mais importante que a liberdade, mas talvez não haja o mesmo consenso sobre quanto a vida é mais importante do que a liberdade ou sobre como relacionar a liberdade com a intimidade; *iii*) incerteza quanto ao peso concreto dos princípios relacionados uns com os outros¹²⁷².

Na área do espaço epistêmico normativo, o legislador está liberado para escolher livremente conforme suas próprias valorações. Segundo Alexy, um exemplo de espaço epistêmico normativo pode ser retirado da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão na questão da liberação das empresas, com menos de cinco empregados, do cumprimento de disposições jurídicas trabalhistas específicas destinadas à proteção dos empregados contra demissões. No caso, cuidava-se da colisão entre a liberdade profissional do empregador e a proteção dos trabalhadores. O decisivo é que essa decisão reconheceu ao legislador a existência de um espaço de conformação quanto à quantificação dos interesses contrapostos. Uma violação de direitos fundamentais somente poderia ser achada se ultrapassados os limites desse espaço. No julgamento, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que esse limite não foi violado, pois as disposições do Direito civil bastavam a uma proteção mínima exigida pelos direitos fundamentais. Como aos trabalhadores estava garantido o mínimo, de uma violação ao dever de proteção dos trabalhadores não se poderia cogitar. Segundo Alexy, essa garantia mínima estava garantida não apenas pelo empate entre o direito dos empregadores e o dever de proteção dos empregados, mas também pela razão de que os

¹²⁷¹ Cf. ALEXY, *Postscript...*, p. 415.

¹²⁷² Cf. RIVERS, *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing...*, p. 178.

interesses das empresas foram considerados pelo legislador como merecedores de proteção¹²⁷³.

Nesse caso de empate epistêmico, como cada um dos direitos fundamentais exige a posição mais vantajosa possível para si, nenhum deles joga decisivamente para determinar o resultado da ponderação. O ponto de vista material dos direitos fundamentais em colisão é neutro. Com isso, o que conta definitivamente é o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Assim, a questão se resolve pela ponderação livre do legislador no âmbito do espaço epistêmico normativo¹²⁷⁴.

A questão que se coloca a partir disso é como compatibilizar o espaço sistêmico normativo com a vinculação à Constituição. É que cada espaço epistêmico normativo significa uma supressão do controle judicial-constitucional da vinculação à Constituição. Na extensão completa da área coberta pelo espaço epistêmico normativo, não há controle sobre o estabelecido vinculativamente pela Constituição¹²⁷⁵.

A existência de um espaço epistêmico normativo não pode levar à configuração de uma área absolutamente livre e incontrolável para a quantificação dos direitos fundamentais. Se assim fosse, não se poderia falar em vinculação à Constituição. Os espaços epistêmicos normativos não podem significar autorização para violação de direitos fundamentais excluídos de controle jurisdicional. A necessidade de espaços de conformação do legislador deve ser compatibilizada com a vinculação do próprio legislador aos direitos fundamentais. O primeiro passo é que um espaço epistêmico normativo somente surge quando houver incerteza normativa quanto à ponderação dos direitos fundamentais. Se não houver incerteza quanto à ponderação de direitos fundamentais, não há espaço epistêmico normativo para o legislador realizar livremente a sua própria ponderação.

A compatibilidade do espaço epistêmico normativo com a validade formal da Constituição requer que três coisas sejam colocadas conjuntamente.

A primeira é que o espaço epistêmico normativo é suavizado consideravelmente pelo espaço de ponderação estrutural. Se ficar constatado que algo está no espaço estrutural, a discussão sobre qual é a melhor solução deixa de ser

¹²⁷³ Cf. ALEXY, Postscript..., p. 415; BVerfGE 97, 169.

¹²⁷⁴ Cf. ALEXY, Postscript..., p. 421.

¹²⁷⁵ Cf. ALEXY, Direito constitucional e direito ordinário..., p. 91.

jurídico-constitucional. Com isso, o espaço epistêmico normativo perde o seu objeto¹²⁷⁶.

A segunda diz com a lei de ponderação epistêmica, que reduz tanto o espaço epistêmico empírico como o normativo. Segundo Alexy, as discussões sobre intervenções intensivas ou mais intensivas não devem ser decididas politicamente como dissensos em espaços, mas jurídico-constitucionalmente como dissenso sobre seus limites¹²⁷⁷. Da lei da ponderação epistêmica, como já discutido antes, pode ser retirado que o aumento da intensidade de intervenção em um direito fundamental incrementa não somente a sua capacidade de resistência a intervenções cada vez mais intensas, mas também a possibilidade de refinamento da intensidade de intervenção em cada vez mais graus. Quanto mais a intervenção se aproxima do núcleo, maior a capacidade e a habilidade de diferenciação¹²⁷⁸.

A terceira é que a retirada de controle judicial-constitucional deve permanecer limitada à outorga de espaços epistêmicos normativos. Aqui, os limites são determináveis pela ponderação de princípios materiais e formais. Como no espaço epistêmico normativo do que se trata é do conteúdo material da Constituição, até onde eles alcançam, há uma relação de cooperação autêntica entre a jurisdição constitucional e a jurisdição especializada, pois os “tribunais especializados exercem jurisdição constitucional material”, atuando, nesse aspecto, como “pequenos tribunais constitucionais”¹²⁷⁹.

A contribuição da dogmática dos espaços para a discussão aqui tratada é exatamente a de permitir a compreensão de que a expansão de conteúdo material da Constituição – do qual resulta uma ordenação fundamental – é compatível com uma ordenação-quadro, disso resultando uma constitucionalização adequada. Com isso podem ser corretamente afastadas as objeções de que, em face da constitucionalização material, o processo político estaria reduzido a algo sem significado e de que haveria a passagem do Estado-legislador para o Estado-judicial constitucional. Além disso, a dogmática dos espaços alcança compreensão sobre os espaços estruturais e epistêmicos que estão liberados da normatividade material da Constituição, exatamente porque ali é onde essa normatividade tem fim. Dentro desses espaços não há controle jurisdicional constitucional. Fora deles, entretanto, tudo está sujeito ao controle jurisdicional

¹²⁷⁶ Cf. ALEXY, *Direito constitucional e direito ordinário...*, p. 91.

¹²⁷⁷ Cf. ALEXY, *Direito constitucional e direito ordinário...*, p. 91.

¹²⁷⁸ Cf. ALEXY, *Postscript...*, p. 626.

¹²⁷⁹ Cf. ALEXY, *Direito constitucional e direito ordinário...*, p. 92.

material. O que isso significa é que no espaço de configuração liberado pela Constituição, o legislador está livre para tomar as decisões políticas de oportunidade que lhe aprouver, estabelecendo restrições, limites, harmonizações e ponderações dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.

4.4.2 A representação argumentativa

A objeção apresentada contra a legitimidade da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional para a ponderação de direitos fundamentais é respondida pela dogmática dos espaços e pela legitimidade argumentativa da atividade jurisdicional. Os juízes não são eleitos diretamente pelos representantes do povo, mas não lhes falta legitimidade para controlar intervenções em direitos fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos. Os juízes desempenham uma representação argumentativa e os parlamentares detêm a representação política do cidadão.

Se todo o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, os juízes e os legisladores são os representantes do povo¹²⁸⁰. Aliás, esse argumento poderia ser inserido no contexto do já conhecido e célebre debate entre Schmitt e Kelsen, vencido pelo último¹²⁸¹.

Segundo Schmitt, as questões de interpretação e aplicação das disposições constitucionais, dado o seu caráter de acordos compromissários¹²⁸², somente poderiam ser resolvidas pelo Presidente do Reich, investido de poder moderador pela Constituição de Weimar e não pelo Tribunal Constitucional¹²⁸³. Contra essa posição, Kelsen sustentou que a guarda da Constituição é do Tribunal Constitucional, destacando que é comum à atividade jurisdicional ordinária e constitucional dirimir incertezas e indeterminações das disposições jurídicas. Não é acertado pressupor uma contradição essencial entre as funções jurisdicionais e as funções políticas. O exercício do poder não se encerra com o processo legislativo, pois, depois dele, tem continuação e, quem sabe, encontra seu real início na jurisdição e na administração. Se o “político” significa resolução de interesses, em toda a decisão judicial, em menor ou maior grau, há uma decisão própria de um poder em exercício. O conflito jurídico pressupõe um conflito de

¹²⁸⁰ Cf. ALEXY, Direitos fundamentais no estado constitucional democrático..., p. 53-54.

¹²⁸¹ Cf. HECK, *Jurisdição constitucional...*, p. 11-31.

¹²⁸² Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 82-85.

interesses ou de poder e, portanto, a controvérsia jurídica é uma controvérsia política. O político de uma decisão judicial é tanto maior quanto mais amplo o poder discricionário que a própria legislação confere ao juiz. A diferença entre o caráter político da legislação e o caráter político da jurisdição é de natureza quantitativa e não qualificativa¹²⁸⁴. Daí, então, não haver razão para se negar o controle da Constituição a um órgão judicial independente¹²⁸⁵.

Portanto, a guarda da Constituição é do Tribunal Constitucional¹²⁸⁶, incumbindo à jurisdição constitucional a proteção dos direitos fundamentais contra os erros das decisões políticas majoritariamente estabelecidas do legislador. A jurisdição constitucional, afora representar o coroamento decisivo para o Estado de Direito, contribui para o desenvolvimento e concretização dos princípios constitucionais e, assim, da própria Constituição. Segundo Heck, essa concretização implica não somente uma “comunicação dialética entre a norma jurídica” e a realidade, mas também um “entrosamento entre a Constituição e o restante da ordem jurídica”¹²⁸⁷.

A decisão do Tribunal Constitucional fundada em violação à disposição de direito fundamental não é contra o povo, mas tomada, em nome do povo, contra os erros de cálculo dos representantes políticos do povo. Segundo Alexy, a jurisdição constitucional é também exercício do poder estatal, compatível com a democracia. O legislador é legítimo porque democraticamente escolhido e controlado – pela não reeleição – pelo povo. É correto que os juízes não são escolhidos em eleição livre e igual pelo povo, mas isso não impede que eles sejam reconhecidos como representantes argumentativos do povo. O conceito de “representação argumentativa” pressupõe se entender a democracia não apenas como decisão – procedimento centrado na eleição e na regra de maioria – mas também como argumentação. A democracia é deliberativa porque argumentativa. O conceito de democracia que abarca o de argumentação é o que faz deliberativa a democracia. A democracia deliberativa não é outra coisa senão uma

¹²⁸³ Cf. KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 247.

¹²⁸⁴ Cf. KELSEN, Quem deve ser o guardião da constituição?..., p. 251-252.

¹²⁸⁵ Cf. KELSEN, Quem deve ser o guardião da constituição?..., p. 253.

¹²⁸⁶ Sobre o desenvolvimento de um dos mais importantes e influentes Tribunais Constitucionais, o Tribunal Constitucional Federal alemão, ver HECK, Luís Afonso. *Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. Uma coletânea dos cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constituição Federal alemão, ver SCHWABE, Jürgen (Col. Orig.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

¹²⁸⁷ Cf. HECK, Luís Afonso. *Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais...*, p. 167.

“tentativa de institucionalizar o discurso” como “meio da tomada de decisão pública”. A representação do povo pelo legislador é, simultaneamente, decisionista e argumentativa. A representação do povo pela jurisdição constitucional é puramente argumentativa ou discursiva¹²⁸⁸.

A representação é, aqui, ao mesmo tempo, normativa, real e ideal, sendo, portanto, definida pela “união de uma dimensão normativa, uma fática e uma ideal”. Na representação democrática, “como caso de representação racional, o ideal é a ideia de correção”¹²⁸⁹. Se, contra isso, argumentar-se que o Tribunal Constitucional poderia, em cada caso, dizer que o seu argumento representa o povo e, assim, todo o declarado pela jurisdição constitucional seria o declarado pelo povo, pode ser respondido, em primeiro lugar, que a argumentação racional não admite tudo e, em segundo lugar, que a representação argumentativa pode ser unida com o pensamento do povo¹²⁹⁰.

Nem tudo é admitido na argumentação racional da jurisdição constitucional, distinguindo-se argumentos jurídicos constitucionais bons e ruins ou melhores e piores. Quando bons ou ruins argumentos levam a uma situação de empate, então, é porque o espaço de conformação é livre para o legislador, pois a Constituição não deve decidir, sempre, todas as questões. A isso pode ser adicionado uma série de decisões da jurisdição constitucional sobre intensidades de intervenção e de importância apoiadas em argumentos bons e plausíveis assim entendidos por todos que aceitam a Constituição¹²⁹¹.

A representação argumentativa do povo requer, ainda, os argumentos dados pela jurisdição constitucional como sendo argumentos do povo que colocam a pretensão de correção de tal sorte que um número suficientemente significativo de pessoas possa aceitá-los como corretos. Segundo Alexy, duas condições são exigidas à representação argumentativa: *i*) a existência de argumentos corretos; *ii*) a existência de pessoas racionais disposta a aceitar argumentos corretos. A conclusão é a de que argumentos válidos e corretos permitem que a razão e a correção sejam mais bem institucionalizadas com a jurisdição constitucional¹²⁹². Com isso, então, direitos fundamentais e democracia não estão em contradição¹²⁹³.

¹²⁸⁸ Cf. ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 163.

¹²⁸⁹ Cf. ALEXY, Ponderação, jurisdição constitucional e representação..., p. 164.

¹²⁹⁰ Cf. ALEXY, Ponderação, jurisdição constitucional e representação..., p. 164.

¹²⁹¹ Cf. ALEXY, Ponderação, jurisdição constitucional e representação..., p. 165.

¹²⁹² Cf. ALEXY, Ponderação, jurisdição constitucional e representação..., p. 165.

¹²⁹³ Cf. ALEXY, Direitos fundamentais no estado constitucional democrático..., p. 54.

CONCLUSÃO

Esta investigação comprovou a hipótese posta inicialmente, ou seja, a ponderação é racional. Resumidamente seja colocado:

O sistema jurídico é sistema de regras e de princípios. As normas de direitos fundamentais são princípios, que, como mandamentos de otimização, são cumpridos em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, configurando posições fundamentais jurídicas *prima facie* e definitivas. Os casos de colisão de normas de direitos fundamentais, como casos de colisão de princípios, são resolvidos pela ponderação. O resultado da ponderação é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, que determina a primazia de um princípio sobre o outro ou os outros princípios em colisão. Daí, então, a regra que ordena a consequência jurídica exigida pelo princípio que ganhou a primazia. Com isso, as posições fundamentais jurídicas *prima facie* da norma de direito fundamental são convertidas em posições fundamentais definitivas. A união entre ponderação e argumentação assegura a justificação racional da proposição normativa particular concreta determinada pela relação de precedência condicionada.

A ponderação é argumentativa. As regras da argumentação prática geral e da argumentação jurídica são decisivas para a racionalidade da ponderação. Elas autorizam a formulação das regras próprias das razões da ponderação. O pressuposto é que a argumentação é uma atividade guiada por regras. Essa formulação está assentada na filosofia da linguagem e na teoria do discurso. Como a linguagem é uma atividade guiada por regras e a argumentação é uma atividade linguística, então a argumentação depende das regras. Por isso mesmo, a teoria dos atos de fala e os pressupostos da pragmática universal para a ação comunicativa são decisivos. A teoria do discurso, orientada pelo princípio ético-discursivo e pelo princípio da universalização, é a base para a teoria do discurso prático geral. As regras

da argumentação prática geral, por seu lado, configuram a base para as regras da argumentação jurídica. Elas são as regras fundamentais, as regras da razão, as regras da carga da argumentação e as regras de transição. As regras fundamentais são aquelas que devem ser observadas por toda e qualquer ação comunicativa desenvolvida para a justificação de uma proposição normativa. As regras da razão dizem respeito às exigências de fundamentação de toda e qualquer afirmação. As regras da carga da argumentação se referem à distribuição do ônus da argumentação. As regras de fundamentação dizem respeito ao conteúdo das proposições normativas, sendo informadas pelo princípio da universabilidade. Por fim, as regras de transição disciplinam a transição do discurso prático para o discurso teórico. A teoria do discurso diz que a observação dessas regras garante a correção da proposição normativa resultante do discurso.

As regras da argumentação jurídica são formuladas a partir do pressuposto de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Há identificação parcial entre o discurso prático geral e o discurso jurídico, pois ambos tratam de questões práticas e colocam pretensão de correção. No processo judicial, cuida-se de definir o que está proibido, obrigado ou permitido. Igualmente, os aplicadores do Direito que atuam no processo judicial colocam a pretensão de correção. As regras da argumentação jurídica regulam a aplicação das normas jurídicas dadas autoritativamente, o uso dos precedentes da jurisprudência e o uso das proposições da dogmática jurídica. Essas são distribuídas em regras para a justificação argumentativa interna e regras para a justificação argumentativa externa. A elas, devem ser somados os princípios da coerência. As regras da justificação argumentativa interna cuidam da relação entre as premissas e as conclusões nas razões de justificação. O objetivo é assegurar universabilidade na aplicação das normas jurídicas e liberar as razões das inconsistências lógicas. Além disso, as regras da justificação argumentativa interna servem para iluminar a cadeia total de argumentos e, como isso, indicar a existência de saltos lógicos. É que elas exigem que todos os passos dos argumentos sejam dados e desenvolvidos. Com isso, estão proibidas razões com premissas ocultas. As regras da justificação argumentativa externa se ocupam da justificação das próprias premissas apresentadas para a justificação interna. Na medida em que essas premissas são as normas jurídicas, as proposições da dogmática e os precedentes da jurisprudência, as regras da justificação argumentativa externa se referem à interpretação jurídica, ao uso das proposições da dogmática e ao uso dos precedentes da jurisprudência para a justificação das proposições normativas. A interpretação jurídica é argumentação jurídica. Os cânones da interpretação são discursivos, configurando argumentos que devem observar regras e primazias próprias. Dentre essas, destaca-se a regra

de primazia *R.7*, que estabelece que os argumentos linguísticos prevalecem *prima facie* sobre os demais e a regra de primazia *R.8*, que dispõe que os argumentos institucionais, que são os argumentos linguísticos, os argumentos genéticos e os argumentos sistemáticos, prevalecem *prima facie* sobre os argumentos práticos gerais. Como elas estabelecem primazia *prima facie*, o aplicador do Direito pode se afastar da prevalência estabelecida, desde que suporte a carga da argumentação. As regras sobre o uso das proposições da dogmática jurídica dizem respeito ao papel dessas proposições nas razões de justificação das proposições normativas, destacando-se a regra *R.14*, que coloca a exigência de que as proposições da dogmática jurídica aceitas amplamente devem ser citadas nas razões da justificação. Quem quiser se afastar dessas proposições da dogmática jurídica deve suportar a carga da argumentação. As regras sobre o uso dos precedentes da jurisprudência regulam uso das razões universalizáveis das decisões anteriores para a justificação do caso submetido ao aplicador do Direito. Dessas regras, devem ser destacadas a regra *R.15* e a regra *R.16*. A regra *R.15* diz que se existe um precedente a favor ou contra a decisão judicial, ele deve ser citado. A regra *R.16* diz que quem quiser se afastar do precedente deve suportar a carga da argumentação. Essas regras são justificadas pelo princípio da universalidade. Se as razões do precedente são razões universalizáveis, então elas devem ser universalizadas para todos os casos semelhantes em seus elementos centrais. Essa é uma exigência também da regra formal de justiça.

As regras da argumentação sustentam a formulação das regras da ponderação e, com isso, a própria racionalidade da ponderação. A ponderação exige um olhar sobre sua própria estrutura e razões. A estrutura da ponderação começa com a primeira lei da ponderação ou lei da ponderação material, que diz que quanto maior o grau de intensidade da intervenção em um princípio P_i , maior deve ser o grau de importância da realização de outro princípio P_j . Ela configura a primeira regra da ponderação *R.P.1*. A partir daí, a ponderação pode ser estruturada em três passos, correspondentes à investigação dos graus de intensidade de intervenção em P_i e dos graus de importância de realização de P_j e da relação entre eles. Com isso, podem ser formuladas as seguintes regras sobre os passos da ponderação: a regra *R.P.2a* diz que o grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i deve ser verificado e justificado; a regra *R.P.2.b* diz que o grau de importância de realização de um princípio P_j deve ser verificado e justificado; e a regra *R.P.2.c* diz que o grau de intervenção em um princípio P_i deve ser justificado pelo grau de importância de realização de um princípio P_j . Essas regras, menos a regra *R.P.2.c*, regulam diretamente a ação de ponderar, disciplinando *como* deve ser realizada a ponderação e *o que* o juiz deve fazer. O aplicador do Direito deve verificar e justificar o grau de intensidade da intervenção em P_i e o grau de importância da

realização em P_j . A regra *R.P.2.c* corresponde ao núcleo da ponderação. Essa regra é completada pela regra da ponderação *R.P.3*, que diz que determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio P_i (IP_i) e o grau de importância da realização de um princípio P_j (IP_j), eles devem ser postos uma relação de prevalência. Da aplicação dessa regra resulta a primazia de P_i sobre P_j ou de P_j sobre P_i . Naquele caso, está ordenada a consequência jurídica de P_i e, neste último, está ordenada a consequência jurídica de P_j . Assim, deve ser observada a regra da ponderação *R.P.4*, que diz que quando da relação de precedência condicionada resulta a precedência de um princípio (P_i , P_j) sobre o outro (P_i , P_j), está ordenada a consequência jurídica do princípio que ganha a primazia (P_i , P_j). Uma ilustração dessa estrutura é dada pela fórmula peso. As razões da ponderação completam a estrutura da ponderação. Não se pode pretender ponderação racional sem que sejam dadas as razões para a justificação dos graus atribuídos a cada uma das variáveis da fórmula peso. As razões da ponderação devem ser dadas conforme as regras da argumentação jurídica e as regras próprias da ponderação racional. Assim, a regra da ponderação *R.P.5* dispõe que as razões da ponderação devem ser dadas conforme as regras da argumentação prática geral e da argumentação jurídica. Uma derivação do princípio da universalidade autoriza a aplicação da regra da ponderação *R.P.6* para dizer que os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação devem ser passíveis de universalização. As razões da ponderação devem ser universalizáveis. O aplicador do Direito não pode esquecer que as suas razões de ponderação deverão servir para a solução de outros casos futuros semelhantes em seus aspectos essenciais. Por isso mesmo, as razões da ponderação devem ser saturadas, como dispõe a regra da ponderação *R.P.7*, que diz que os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação devem ser saturados. Essas razões podem ser razões fáticas, empíricas e normativas. Como os argumentos interpretativos contam igualmente na argumentação interpretativa constitucional, as razões da ponderação devem observar a regra da ponderação *R.P.8*, que diz que os juízos de valor e de dever usados nas razões da ponderação devem observar as regras e as primazias dos argumentos jurídicos interpretativos. Quanto à importância dos precedentes para as razões da ponderação, deve ser aplicada a regra da ponderação *R.P.9*, que diz que os juízos de valor ou de dever das razões da ponderação que se afastam das proposições dos precedentes devem ser justificados. As regras de precedência condicionada já determinadas nos precedentes da jurisprudência têm a seu favor a carga da argumentação. Elas detêm uma primazia *prima facie*. Por isso, então, a exigência da regra da ponderação *R.P.10*, que diz que quando houver um juízo de valor ou de dever sobre a ponderação nos precedentes da jurisprudência, ele deve ser citado. Essas regras impõem a

obrigação de que as razões da ponderação levem em conta as razões das ponderações já antes realizadas nos precedentes.

A estrutura e as razões da ponderação dadas conforme essas regras e as regras da argumentação jurídica alcançam racionalidade à ponderação. Com isso, a objeção de que a ponderação enfraquece os direitos fundamentais e a objeção da ilegitimidade da ponderação são respondidas. O não enfraquecimento dos direitos fundamentais e o tratamento correto das restrições deontológicas resultam exatamente do caráter argumentativo da ponderação. O julgamento sobre a intensidade da intervenção em um direito fundamental está diretamente relacionado à existência de argumentos justificadores dessa intervenção. Nele, a lei da resistência crescente deixa saber que a capacidade de resistência dos direitos fundamentais a intervenções aumenta quanto mais intensa ela se torna. A objeção contra a legitimidade da ponderação é respondida pela dogmática dos espaços e pela representação argumentativa da jurisdição. A dogmática dos espaços, que pressupõe um conceito de Constituição capaz de compatibilizar uma ordenação fundamental com uma ordenação-quadro, assegura uma constitucionalização adequada. A dogmática dos espaços alcança compreensão sobre os espaços estruturais e epistêmicos, que estão liberados da normatividade material da Constituição. O que está dentro desses espaços não está sujeito ao controle jurisdicional constitucional. Fora deles, tudo está sujeito ao controle jurisdicional material. O que isso significa é que no espaço de configuração liberado pela Constituição, o legislador está livre para decidir sobre a ponderação dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos. A legitimidade jurisdicional para a ponderação de direitos fundamentais é alcançada pela argumentação. A representação é argumentativa. Que os juízes não sejam escolhidos diretamente pelo povo não lhes retira legitimidade para controlar judicialmente intervenções nos direitos fundamentais. A carência dessa é que coloca a questão daquela. Os juízes exercem representação argumentativa.

Da comprovação de que a ponderação racional depende das regras da argumentação jurídica e das regras próprias da ponderação resulta, então, isto. O aplicador do Direito deve seguir as regras da argumentação jurídica e da ponderação. Somente o atendimento dessas exigências assegura racionalidade à ponderação. Como a justificação racional da aplicação das normas jurídicas é implicação do Estado de Direito democrático, de todos os aplicadores do Direito é exigida ponderação racional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

AARNIO, Aulis; ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. Grundlagen der juristischen Argumentation. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Bunker & Humblot, p. 9-87, 1983.

ALBERT, Hans. Criticismo y naturalismo. La superación del modelo clásico de racionalidad y el problema de la transición. In: ALBERT, Hans. *Razon crítica y práctica social*. Trad. Rafael Sevilla. Barcelona: Paídos, p. 39-69, 2002.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. Trad. para língua espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987; Trad. para a língua portuguesa: *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994; Trad. para língua espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001; Trad. para língua inglesa: *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002; Trad. Para língua portuguesa: *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995; Trad. para língua portuguesa: *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Aufl. München: Verlag Karl Alber Freiburg, 2005.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *The Argument from Injustice*. Trans. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Oxford University, 2002.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Nachwort (1991): Antwort auf einige Kritiker. In: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. Postscript. In: ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, p. 388-425, 2002. Tradução para a língua portuguesa:

Posfácio (2002). In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 575-627, 2008.

_____. Juristische Interpretation. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 71-94, 1995; Tradução para a língua portuguesa: Interpretação Jurídica. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 61-76, 2009.

_____. Die logische Analyse juristischer Entscheidung. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 13-51, 1995; Trad. Para língua portuguesa: A análise lógica de decisões jurídicas. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 17-45, 2009.

_____. Rechtssystem und praktische Vernunft. ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 213-231, 1995; ALEXY, Robert. Sistema jurídico e razão prática. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Probleme der Diskurstheorie. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 109-126, 1995; Tradução para a língua portuguesa: Problemas da teoria do discurso. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 87-100, 2009.

_____. Diskurstheorie und Menschenrechte. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 127- 164, 1995; Trad. para a língua portuguesa: Teoria do discurso e direitos do homem. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 101-127, 2009.

_____. Individuelle Rechte und Kollektive Güter. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 232-261, 1995. Trad. para a língua portuguesa: Direitos individuais e bens coletivos. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 176-198, 2009.

_____. Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 94-108, 1995. Trad. para a língua portuguesa: A idéia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 77-86, 2010.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 41-54, 2007.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 55-69, 2007.

____. Direito constitucional e direito ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 71-92, 2007.

____. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 19-40, 2007.

____. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 117-130, 2007.

____. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 131-153, 2007.

____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 155-165, 2007.

____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

____. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, v. 12, n. 13, Jun., p. 138-147, 2000.

____. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, Jun. p. 131-140, 2003.

____. The Nature of Legal Philosophy. *Ratio Juris*, v. 17, n. 2, Jun., p. 156-167, 2004.

____. The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, Dec., p. 374-384, 1999.

____. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3. Sept., p. 294-304, 2000.

____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, Dec. p. 433-449, 2003.

____. An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 36-55, 2007.

____. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, v. 12, n. 13, Jun., 138-147, 2000.

____. Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 333-366, 2007.

____. Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Years. *Inédito*. Texto disponibilizado por Robert Alexy a Luís Afonso Heck.

____. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo e direito discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 95-113, 2010.

APEL, Karl-Otto. *Transformation der Philosophie. Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft*. Band 2. 6. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

ATIENZA, Manuel. *As razões de direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

_____. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.

_____. *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997.

AUSTIN J. L., *How to Do Things with Words*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975; Trad. para língua espanhola: *Cómo hacer cosas con palabras*. Trad. Genaro Carrió y Eduardo Ravossi. Barcelona: Paidós, 2003.

AYER, Alfred Jules. *Language, Truth and Logic*. New York: Dover Publications, Inc., 1952.

BAIER, Kurt. *The Moral Point of View*. New York: Random House, 1958.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BERTEA, Stefano. How Non-positivism can Accommodate Legal Certainty. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 69-82, 2007.

BIX, Brian. *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luís Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONGIOVANNI, Giorgio; ROTOLO, Antonio e ROVERSI, Corrado. The Claim to Correctness and Inferentialism: Alexy's Theory of Practical Reason Reconsidered. In: PAVLAKOS, George. *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 275-299, 2007.

BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.

_____. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRANDON, Robert B. *Making it Explicit*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

BROZEK, Bartosz. The Weight Formula and Argumentation. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 319-330, 2007.

BURTON, Steven J., *An Introduction to Law and Legal Reasoning*. Austin: Wolters Kluwer, 2007.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

- CLÉRICO, Laura. *Die struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001.
- CHAUVIRÉ, Christiane. *Wittgenstein*. Trad. Maria Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.
- DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University, 2008.
- COOKE, Maeve. Law's Claim to Correctness. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 225-247, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- _____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- _____. The Models of Rules I. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, p. 14-45, 1978.
- _____. Hard cases. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, p. 91-130, 1978.
- _____. Constitutional cases. In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, p. 131-149, 1978.
- _____. What Rights do we have? In: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, p. 266-278, 1977.
- ELY, John H. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- FRANK, Jerome. *Law & the Modern Mind*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.
- FRIEDRICH, Karl. *Constitutional Government and Democracy*. Waltham, Massachusetts: Blaisdell Publishing Company, 1968.
- FRÖNER, Henrique. As barreiras dos direitos fundamentais: estudo teórico e análise de decisão do Tribunal Constitucional Federal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 64, out.-dez., p. 85-135, 2009.
- GADAMER, Georg Hans. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr, 1990.
- GEWIRTH, Alan. Are There Any Absolute Rights? In: WALDRON Jeremy (Ed.). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, p. 91-109, 1984.
- GORMAN, Jonathan. Three-Person justification. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 207-222, 2007.
- GREENAWALT, Kent. *Law and Objectivity*. Oxford: Oxford University Press, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- _____. *Wharheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

- _____. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Band 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.
- _____. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.
- _____. *Die Einbeziehung der Anderen*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- _____. *Nahcmetaphysisches Denken*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 105-135, 1992.
- _____. *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*. 7. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.
- _____. Wahrheit und Rechtfertigung. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 271-318, 1999.
- _____. Was heißt Universalpragmatik? In: HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 353-441, 1989.
- _____. Eine genealogische Betrachtung zum Kognitiven Gehalt der Moral. In: HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung der Anderen*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 11-64, 1997.
- _____. Wahrheitstheorien. In: HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 127-182, 1989.
- _____. Diskursethik. In: HABERMAS, Jürgen. *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*. 7. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 53-125, 1999.
- _____. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law Scholl. In: HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung der Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 309-399, 1996.
- _____. Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln. In: HABERMAS, Jürgen. *Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln*. 7. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 127-206, 1999.
- _____. Rationalität der Verständigung. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 102-137, 1999.
- _____. Handlungen, Sprechakte, sprachlich vermittelte Interaktionen und Lebenswelte. In: HABERMAS, Jürgen. *Nahcmetaphysisches Denken*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 63-104, 1992.
- _____. Zur Kritik der Bedeutungstheorie. In: HABERMAS, Jürgen. *Nahcmetaphysisches Denken*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 105-135, 1992.
- _____. Von Kant zu Hegel. Zu Robert Brandon Sprachpragmatik. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 138-185, 1999.

_____. Realismus nach der sprachpragmatischen Wende. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 57-65, 1999.

_____. Richtigkeit versus Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen. In: HABERMAS, Jürgen. *Wahrheit und Rechtfertigung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 271-318, 1999.

_____. A volta ao historicismo. In: SOUZA, José Crisóstomo de. *Filosofia, racionalidade, democracia. Os debates entre Rorty & Habermas*. São Paulo: UNESP, p. 53-83, 2005.

HAGE, Jaap C. *Reasoning with Rules*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1997.

HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Law, Morals and Defeasibility. *Ratio Juris*, v. 13, n.3, Sept. 305-325, 2000.

HALPIN, Andrew. *Reasoning with Law*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

HARE, R. M. *The Language of Morals*. Oxford: Clarendon Press, 1952.

_____. *Freedom and Reason*. Oxford: Oxford University Press, 1963.

_____. *Sorting out Ethics*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

HARIS, J. W. Dworkin's rights thesis. In: HARIS, J. W. *Legal philosophies*. London, Edimburg, Dublin: Butterworths, p. 187-210, 1997.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. London: Oxford University Press, 1961.

HECK, Luís Afonso. *Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

_____. *Jurisdição constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Roberto Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.

HEIDEMANN, Carsten. The Concept of Validity in a Theory of Social Action. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 311-317, 2007.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20., neubearbeitete Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1995; Trad. para a língua alemã: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JESTAEDT, Mattias. La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *La ponderación en derecho*. Trad. Irmgard Kleine. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 75- 113, 2008.

KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen Vernunft*. 9. Aufl. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1985.

_____. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1999.

_____. *Kritik der reinen Vernunft*. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1990.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke, 1960.

_____. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, 1979.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, p. 237-298, 2003.

KRIELE, Martin. *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1979.

KUMM, Mattias. Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 131-166, 2007.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Aufl. Berlin: Springer-Verlag, 1991.

LEITER, Brian (Ed). *Objectivity in Law and Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MacCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

_____. *Rhetoric and the rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. Why Law Makes No Claims. In: PAVLAKOS, George. *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 59-67, 2007.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Interpretation and Justification. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Statutes*. Aldershot: Dartmouth, p. 511-543, 1991.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

MacINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984.

MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2005.

MARSHAL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents*. Aldeshot: Ashgate/Dartmouth, p. 503-517, 1997.

McCARTHY, Thomas. *La teoría crítica de Jürgen Habermas*. 4. ed. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Tecnos, 2002.

MEDINA, José. *Linguagem*. Trad. Fernando José R. da Rocha. Porto Alegre: Artmed, 2007.

MOORE, G. E. *Principia Ethica*. New York: Dover Publications, Inc., 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. London: Springer, 2008.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, L. *La Nouvelle Rhétorique. Traité de L'Argumentation*. Paris: Presses Universitaires de Frande, 1958.

POPPER, Karl R. *The Logic of Scientific Discovery*. London: Routledge, 2002.

POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press. 2001.

_____. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. The argument from Justice, or How Not to Replay to Legal Positivism. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 17-35, 2007.

_____. Notes on Value and Objectivity. In: LEITER, Brian (Ed.). *Objectivity in Law and Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 194-233, 2001.

RIVERS, Julian. Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 167-188, 2007.

RORTY, Richard. *Verdade y progreso*. Barcelona: Paidós, 2000.

_____. *A filosofia e o espelho da natureza*. 2. ed. Trad. Jorge Pires. Lisboa: Dom Quixote, 2004.

_____. *El giro lingüístico*. Trad. Gabriel Belo. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. *Pragmatismo y política*. Trad. Rafael del Aguila. Barcelona: 1998.

_____. Verdade, universalidade e política democrática. In: SOUZA, José Crisóstomo de. *Filosofia, racionalidade, democracia. Os debates entre Rorty & Habermas*. São Paulo: UNESP, 2005.

SALMON, Wesley C. *Lógica*. Trad. Álvaro Cabral. 3. ed. Rio de Janeiro: Prentice-Hall, 1993.
SARTOR, Giovanni. A Teleological Approach to Legal Dialogues. In: PAVLAKOS, George. *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 249-274, 2007.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
SEARLE, John R. *Speech acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

SIECKMANN, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle der Rechtssystemns*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1990.

_____. Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, p. 189-205, 2007.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHWABE, Jürgen (Col. Orig.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Viviane Gerales Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

STEVENSON, Charles S. *Ethics and Language*. New Haven: Yale University Press, 1960.
SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents*. Aldeshot: Ashgate/Dartmouth, p. 355-406, 1997.

TOULMIN, Stephen. *An Examination of the Place of Reason in Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

_____. *The uses of Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

_____. *Reason in Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1964.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Trad. João Dell'Anna. 29. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision*. Stanford: Stanford University Press, 1961.

WEINBERGER, Ota. Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Bunker & Humblot, S. 159-232, 1983.

_____. *Prima facie Ought*. A Logical and Methodological Enquiry. *Ratio Juris*, v. 12, n. 3, Sept., p. 239-251, 1999.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trans. D. F. Pears and B. F. McGuinness. London: Routledge, 2001.

_____. *Investigações filosóficas*. Trad. Marcos G. Montagnoli. 5ª Ed. Petrópolis: Editora Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Towards Foundation of Judicial Reasoning. In: KRAWIETZ, Werner; ALEXY, Robert. *Metatheorie juristischer Argumentation*. Berlin: Bunker & Humblot, p. 233-253, 1983.

_____. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Trad. Arantxa Azurda. Madrid: Civitas, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Juristische Methodenlehre*. 10. Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

ZOLLER, Elisabeth. *Grands arrêts de la Cour supreme des États-Unis*. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.