

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

VALDIR DOS SANTOS PIO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO
PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY: É possível um controle
racional das decisões do Supremo Tribunal Federal?**

**OSASCO
2013**

UNIFIEO – CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

VALDIR DOS SANTOS PIO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO
PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY: É possível um controle
racional das decisões do Supremo Tribunal Federal?**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, como exigência parcial, para a obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração: Positivção e concretização jurídica dos Direitos Humanos Fundamentais, inserido na linha de pesquisa 1 – Os Direitos Fundamentais em sua dimensão material – Projeto 1 – Afirmação histórica, Problematização e Atualidades dos Direitos Fundamentais, sob a orientação do **Prof. Dr. Luís Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas**

**OSASCO
2013**

Nome: VALDIR DOS SANTOS PIO

Título: DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY: É possível um controle racional das decisões do Supremo Tribunal Federal?

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, como exigência parcial, para a obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração: Positivção e concretização jurídica dos Direitos Humanos Fundamentais, inserido na Linha de Pesquisa 1 – Os Direitos Fundamentais em sua dimensão material – Projeto 1 – Afirmação histórica, Problematização e Atualidades dos Direitos Fundamentais, sob a orientação do Prof. Dr. Luís Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. (a) Dr. (a) Luis Rodolfo A.de Souza Dantas. Instituição: FIEO

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. (a) Dr. (a) Fernando Pavan Baptista. Instituição: FIEO

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. (a) Dr. (a) Carla Noura Teixeira. Instituição: PUC-SP

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meu falecido pai e à minha mãe pela lição de vida, à minha esposa e a meus filhos pelo incentivo, paciência, compreensão e pelo apoio que me deram durante a difícil jornada para a realização desta difícil tarefa.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Luís Rodolfo, meu orientador, pela inestimável contribuição com importantes ideias para o desenvolvimento deste trabalho, bem como pela proveitosa convivência durante as aulas, as quais fundamentais para o resultado obtido.

Aos demais professores do curso com quem pude aprender muito, durante as aulas, sobre direitos fundamentais, filosofia geral, do direito e filosofia política, que formaram a base do meu trabalho.

Aos funcionários da secretaria do curso e da biblioteca pela paciência e educação no atendimento de nossas solicitações.

Aos colegas de curso pelas lições de vida, pelos debates, sempre proveitosos, com os quais aprendi muito.

"Age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca somente como um meio."

IMMANUEL KANT

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo a análise da argumentação jurídica em direitos fundamentais, a partir do pensamento de Robert Alexy, em decisões do Supremo Tribunal Federal. Parte-se da evolução histórica dos direitos fundamentais e de sua positivação no sistema jurídico; propõem-se um conceito de direitos fundamentais, a partir do direito brasileiro, e sua relação com a dignidade da pessoa humana. Expõe-se a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, que associa a teoria do discurso moral com a teoria do direito, na sua versão aplicada aos direitos fundamentais. São analisadas as colisões de direitos fundamentais e o método para a sua solução, que consiste na ponderação de valores. É analisado, também, o papel do Poder Judiciário no sistema jurídico e político e sua relação com o sistema democrático. Por fim, a partir das teorias expostas e de dois casos concretos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, escolhidos pelo grau de importância dos temas, procura-se dar resposta à questão de se é possível um controle racional das decisões deste tão importante Tribunal, que exerce funções semelhantes à de um tribunal constitucional nos moldes europeus.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Argumentação jurídica. Discurso prático. Discurso jurídico.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the legal argument in fundamental rights, from the thought of Robert Alexy, in decisions of the Supreme Court. It starts with the historical development of fundamental rights and their positiveness in the legal system; it proposes a concept of fundamental rights from the Brazilian law, and its relationship to human dignity. It explains the theory of legal argumentation of Robert Alexy, which combines the theory of moral discourse with the theory of law, in the version applied to fundamental rights. The collisions of fundamental rights are analyzed and also the method for its solution, which consists of reflection of values. It also analyzes the role of the judiciary in legal and political system and its relationship with the democratic system. Finally, from the theories exposed and two specific cases considered by the Supreme Court, chosen by the level of importance of the issues, seeks to answer the question of whether it is possible a rational control of the decisions of this important Court, which exercises functions similar to that of a constitutional court in the European manner.

Keywords: Fundamental Rights. Legal argument. Practical discourse. Legal discourse.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	11
2. AFIRMAÇÃO HISTÓRICA, POSITIVAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	15
2.1. Evolução histórica dos direitos fundamentais	15
2.2. Positivação dos direitos fundamentais.....	17
2.3. A Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal do Brasil de 1988	22
3. DA DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
3.1. Uma definição do conceito de direito.....	28
3.2. Uma definição do conceito de Direitos Fundamentais	40
4. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA JUSFUNDAMENTAL.....	42
4.1. Teoria da argumentação jurídica	42
4.1.1 Distinção entre ação e discurso	46
4.1.2. Justificação das proposições normativas	47
4.1.3. As regras e formas do discurso prático geral	50
4.1.4. As regras de razão.....	51
4.1.5. Regras sobre a carga da argumentação	52
4.1.6. As formas de argumentos	53
4.1.7. As regras de fundamentação	56
4.1.8. Os limites do discurso prático geral e o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral.....	59
4.1.9. Traços fundamentais da argumentação jurídica.....	60
4.2. A teoria da argumentação jurídica em direitos fundamentais.....	79
4.2.1. O processo de argumentação no âmbito dos direitos fundamentais	86
4.3. Argumentação jurídica e as colisões de direitos fundamentais.....	87
5. SISTEMA POLÍTICO E O PODER JUDICIÁRIO: DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ARGUMENTAÇÃO JUSFUNDAMENTAL	96
5.1. Considerações introdutórias.....	96
5.2. A democracia e a magistratura – sistema político e Poder Judiciário	96
5.2.1. Divisão de Poderes.....	96
5.2.2. Estado de Direito	100
5.2.3. Politização do Direito e Judicialização da Política	102
5.3. Argumentação Jusfundamental nas decisões do Supremo Tribunal Federal.....	107
5.3.1. Argumentação e decisão	107
5.3.2. O dever de fundamentação das decisões judiciais no direito brasileiro.....	113

5.3.3. União estável homoafetiva e sua regulamentação via jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	116
5.3.4. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do Pis e da Cofins nas operações internas	142
CONCLUSÃO	162
REFERÊNCIAS	171
ANEXO.....	174

INTRODUÇÃO

A evolução histórica dos direitos fundamentais mostra como se criaram e se desenvolveram, de forma progressiva e universal, as instituições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa humana, cuja positivação destes direitos revelou-se como aperfeiçoamento e representa a primeira forma de proteção dos direitos humanos, cujo problema atual é o de dar concretude a estas normas.

A partir da metade do século XX, três transformações, depois do período pós-guerra, foram essenciais para os direitos fundamentais: ganha força a doutrina que sustenta a força normativa da Constituição, para a qual as normas constitucionais são dotadas de imperatividade; a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional com base em novos princípios, como o da supremacia da constituição, o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade, da unidade, entre outros, já que os critérios hermenêuticos tradicionais se tornam insuficientes para lidar com os novos problemas de aplicação das normas constitucionais.

A dignidade da pessoa humana comparece como valor fundamental e de referência para todos os direitos fundamentais constitucionalizados. Porém, como um conceito complexo e de difícil definição, é corriqueiramente utilizado sem muitos critérios. A dignidade da pessoa humana é um valor construído a partir de lutas sociais, que se iniciam na experiência do desrespeito das formas de reconhecimento (no amor, no direito e na solidariedade) em que os indivíduos buscam o reconhecimento intersubjetivo, nas relações com o outro, como uma identidade de membro socialmente aceito na comunidade. Por isso, viver sem os direitos fundamentais é não possuir as condições de desenvolver o autorespeito, a perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com os demais membros da coletividade.

O presente trabalho, como marco teórico, toma por base fundamentalmente o pensamento de Robert Alexy a partir de sua postura filosófica como não positivista. O autor parte de um conceito de direito que sustenta que o direito está vinculado, necessariamente, à moral, de forma conceitual, e, portanto, analítica, bem como normativa, o que é sustentado a partir do argumento da pretensão de correção,

como uma pretensão de justiça, do argumento da injustiça e do argumento dos princípios. Para Robert Alexy, integra o direito não somente as normas constitucionais, infraconstitucionais e os princípios, mas, também, o procedimento de criação e de aplicação das normas, bem como os argumentos normativos utilizados no procedimento de aplicação.

Direitos fundamentais, por sua vez, decorrem de normas de direitos fundamentais, que podem ser tratadas como regras ou como princípios. Como regras são mandamentos definitivos e como princípios são mandamentos *prima facie* que comportam cumprimento em grau variado. Na Constituição do Brasil de 1988 há um rol expreso de direitos fundamentais, além da cláusula de abertura para novos direitos fundamentais que podem advir de tratados ou dos princípios constitucionais.

A existência de um rol de direitos fundamentais, na forma de princípios, dá ensejo às colisões entre esses direitos. A inexistência de critérios, de hierarquia, de escalonamento entre esses direitos requer um método que permita identificar, no caso concreto, qual é o princípio prevalecente. Esse método é o sopesamento, que deve ser feito por meio de critérios definidos na lei de colisão de Robert Alexy, a partir do uso do princípio da proporcionalidade, bem como observando as regras de argumentação jurídica. Quanto mais se cumprem as regras de argumentação mais racional se torna o processo de sopesar.

A argumentação jurídica é comum na prática jurídica, embora a consciência de que essa prática é objeto de teorias não o seja, necessariamente. Muitas são as teorias da argumentação jurídica, porém, como marco teórico deste trabalho, adota-se aquela desenvolvida por Robert Alexy. O autor parte do problema de que a aplicação do direito não se resume à subsunção lógica dos fatos provados às normas abstratamente formuladas, pois, em um grande número de casos essa dedução não ocorre. A base teórica com a qual constrói as regras do discurso prático geral são as teorias da Ética Analítica, a teoria do discurso de Habermas e deliberação prática da escola de Earlangen. Com isso, parte de uma teoria do discurso prático geral e projeta para o campo do direito, concluindo, assim, que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, sendo especial porque submetido a uma série de limitações próprias do campo do direito. A maior contribuição, sem dúvida, está na teoria do discurso de Habermas, que parte da ideia da verdade como consenso e não como correspondência, de modo que a

verdade ou correção não está na correspondência entre o enunciado e o mundo/objeto/evento, mas, na fundamentação da pretensão de validade do enunciado, extraindo destas ideais a possibilidade da existência de fatos normativos, ou seja, se pode ser verdadeiro que “X” é vermelho, pode ser verdadeiro que “X” é devido.

Nesta perspectiva, procura unir a teoria moral com a teoria do discurso e do direito, fundindo quatro modelos, o discurso prático geral, o processo legislativo, o discurso jurídico e o processo judicial, cujo objetivo é reduzir ao máximo possível o déficit de irracionalidade no argumentar prático. Elabora, assim, uma série de regras e formas de argumentos, que não são regras do direito positivo, mas regras morais procedimentais, autoreferentes, no âmbito de um modelo ideal, regulativo, ou seja, como um modelo de referência a ser buscado, mas que tais regras só podem ser cumpridas apenas de modo aproximado. São procedimentais e, para Alexy, somente será racional a norma que resultar do cumprimento das regras do procedimento “P”. Ainda assim, o procedimento é compatível com muitos resultados, ou seja, não garante uma única solução correta para cada caso concreto. A base da argumentação jurídica está na lei, no precedente e na dogmática. Em direitos fundamentais esta base somente se altera em relação à substituição da lei pelas normas de direitos fundamentais, caracterizadas por serem mais abstratas e ideologizadas. A insegurança, quanto ao resultado do discurso no âmbito dos direitos fundamentais, conduz à necessidade de decisões dotadas de autoridade, o que deve ser cumprido por algum órgão no exercício da jurisdição constitucional que não apenas argumenta, mas que, também, decide.

No Brasil, este papel é cumprido pelo Supremo Tribunal Federal. A história revela as transformações políticas, jurídicas e econômicas pelas quais o Judiciário, hoje, em alguns países, passou a ocupar papel central no sistema político-jurídico dos Estados. Politização do Judiciário e Judicialização da política são temas correlatos e, paralelamente, segue o tema do ativismo judicial. O juiz é compelido, pelo sistema, a decidir. O sistema jurídico não lhe oferece todos os instrumentos para decidir em cada caso concreto, pois a ideia de completude do ordenamento jurídico, como dogma, há muito foi superada. Aplicar a Constituição e seus princípios abstratos é, sobretudo, estar acima do processo democrático, pois, direitos fundamentais não estão à disposição do parlamento. Surge, assim, o problema da separação de poderes, já que o exercício da jurisdição constitucional é realizado por

um órgão em que, no processo democrático, seus membros não são eleitos pelo povo. A legitimidade deste órgão somente pode ser aferida a partir da racionalidade dos argumentos com que resolvem os conflitos sociais e institucionais.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem atribuições próprias de tribunais constitucionais do sistema europeu, porém, diferentemente daqueles, não é órgão independente, mas integrante do Poder Judiciário. A história do Supremo revela, de certo modo, que o órgão nunca foi um guardião, inexorável, da Constituição Federal, em que já se viu muitas atuações condenáveis ou, no mínimo, questionáveis. A partir da argumentação jurídica exteriorizada, por seus membros, contidas nos votos proferidos, em casos importantes, sendo um envolvendo direitos fundamentais subjetivos de pessoas comuns, e o outro envolvendo interesses do Estado, procurar-se-á mostrar a importância da teoria da argumentação jurídica para identificar onde há racionalidade e onde não há racionalidade nos limites de atuação do Tribunal e nas escolhas, pelos julgadores, da solução jurídica para os casos analisados.

2. AFIRMAÇÃO HISTÓRICA, POSITIVAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1. Evolução histórica dos direitos fundamentais

A evolução histórica dos direitos fundamentais diz respeito, precipuamente, à maneira como se deu, em certa medida de maneira universal, a criação e a extensão progressiva das instituições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa humana contra toda forma de violência, exploração e miséria, às quais, historicamente, o homem foi submetido.

É com base no reconhecimento universal da igualdade de respeito entre os seres humanos, como sujeitos dotados de razão, que não se pode afirmar a existência de superioridade de uns sobre os outros, de um indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação, eis aí o desenvolvimento de instrumentos de defesa da dignidade da pessoa humana¹.

A questão crucial, portanto, considerando essa posição central do homem no mundo, passou a ser a necessidade de se dar resposta a duas das indagações centrais da filosofia: que é dignidade da pessoa humana?. A outra indagação fundamental, e central da filosofia, diz respeito a: que é o homem?.

Evidentemente que definir “que é o homem” é basilar para estabelecer uma definição de dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, para a busca de uma definição do que seja propriamente direito fundamental, haja vista serem direitos de que são titulares pessoas humanas.

Todavia, essa questão resulta em bem poucos consensos. A dificuldade em se obter uma satisfatória noção do que seja “homem” decorre do fato de sua própria complexidade, já que o homem (como gênero) é a criatura mais complexa dentre aquelas que habitam o planeta. Tal complexidade foi responsável pelo surgimento de inúmeras ciências que, ao logo dos tempos, procuraram dar uma resposta

¹“(…) a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes do mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais.” (KOMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.)

adequada à mesma, cada qual, por sua vez, com uma visão particularizada de acordo com m particular setor científico².

Não se pode deixar de lembrar, ademais, o período Axial, compreendido entre os séculos VIII e II a. C., período em que conviveram, simultaneamente e sem se comunicarem entre si, pensadores dos mais importantes de todos os tempos, a exemplo de Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsê e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaias em Israel, e que, segundo Fábio Konder Comparato: “Foi no período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje”³, na medida em que, segundo o mesmo, foi também nesse período que, pela primeira vez na História, o homem passa a ser considerado como ser dotado de liberdade e razão em sua igualdade essencial, independentemente de suas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais, erigindo-se os fundamentos intelectuais voltados à compreensão da pessoa humana e afirmação de direitos universais a ela inerentes.

Evidentemente que todas essas inquietações não surgiram por acaso, afinal, a história da humanidade é permeada pela violência, dor física, sofrimento moral a que ficaram sujeitas pessoas humanas sob o jugo de outras, e que a cada surto de violência e atrocidades as comunidades se horrorizavam surgindo nas consciências a exigência de regras sociais mais dignas para todos.

A eclosão desta consciência sobre certos direitos fundamentais, na perspectiva de Fábio Komparato, se baseou na consideração da limitação do poder político, reconhecida já nos séculos XI e X a. C., com a instituição, por Davi, do reino unificado de Israel; seguiu-se às primeiras instituições democráticas em Atenas no século VI a. C; também na república romana, bem como na idade média com a Declaração das Cortes de Leão de 1.188, sobretudo com a Magna Carta de 1215 na Inglaterra até culminar com as declarações Americana e Francesa, sendo marco que representou o registro do nascimento dos direitos humanos na História a Declaração americana do povo da Virgínia, de 1776, fato que marcou, também, o início do constitucionalismo.

² “Há hoje a Antropologia Biológica, a Psicologia, a Social, a Cultural, a Econômica, a Política, a Jurídica, a Filosófica e a Teológica. Para cada um desses setores de estudos antropológicos, temos uma visão particular do homem, sem que, na observação do cientista Alexis Carrel, se tenha encontrado um método capaz de apreendê-lo, simultaneamente, no seu conjunto, nas suas partes e no seu relacionamento com o mundo exterior.” (OLIVEIRA, Almir. **Curso de Direitos Fundamentais**. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.3.)

³ KOMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9.

2.2. Positivação dos direitos fundamentais

No século XVIII eclodiu um movimento cuja ideia central era impor limites ao poder do Estado a fim de assegurar os direitos do homem. Esse movimento foi denominado de constitucionalismo e para alcançar seu objetivo valeu-se de instrumentos como a Constituição escrita, a separação de poderes e as declarações de direitos depois de mais de um milênio de disputas nos campos do conhecimento no âmbito do pensamento político, filosófico e religioso, os direitos da pessoa humana, finalmente, ganharam relevo em normas que alcançaram o topo da pirâmide jurídica dos Estados, cujas constituições escritas revelaram-se como documentos básicos dos direitos fundamentais⁴.

Anna Candida da Cunha Ferraz⁵ esclarece que essa forma de positivação dos direitos fundamentais, ocupando lugar central nas constituições, corresponde à primeira forma de defesa dos direitos de fundamental importância, sobretudo porque representou o passo inicial mais relevante para assegurar o reconhecimento jurídico destes direitos a permitir, a partir deste divisor de águas, a possibilidade de concretização ou de instrumentalização do exercício dos direitos fundamentais. A proteção destes direitos representa o grande problema da modernidade.

A autora ainda classifica o constitucionalismo em quatro modelos sendo que o primeiro corresponde às declarações de direitos que antecederam às próprias constituições dos Estados, citando como exemplo o caso da França, cuja Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, precede a constituição de 1791. O segundo modelo é caracterizado pela sucessão das declarações às constituições dos Estados, citando como exemplo o que ocorreu nos Estados Unidos da América, ocasião de sua fundação, em que a Constituição é de 1787, a qual não afirmou, inicialmente, no seu texto constitucional a declaração de direitos, mas esta veio a ser feita posteriormente, em 1791, com a aprovação das dez primeiras emendas à Constituição. O terceiro modelo, já no século XIX, é caracterizado em razão da declaração, proclamação ou positivação dos direitos passar a integrar os textos constitucionais em forma de tópicos, ainda sob a ótica do Iluminismo do século XVIII, voltados aos direitos individuais, a exemplo das Constituições do

⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. *In* **EDIFÍCIO** (Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização), Osasco, 2006, p. 115.

⁵ *Ibidem*, p. 116-119.

Uruguai de 1830, Argentina de 1853. No quarto modelo, que representa um desdobramento do anterior, verificado a partir de meados do século XX, a característica está no fato de que as declarações de direitos vão se constituir como títulos ou capítulos iniciais ou mesmo preambulares das constituições a nortear a atuação e organização dos Poderes do Estado.

Os denominados Direitos Sociais somente foram abrigados nos textos constitucionais após as grandes guerras mundiais, bem como somente ao final do século XX é que denominações como “direitos individuais” ou “liberdades públicas” vão dar lugar à denominação “direitos fundamentais”⁶

No Brasil, a primeira constituição foi a Imperial de 1824, a qual trazia um catálogo extenso de direitos fundamentais⁷ em seu bojo, reconhecida como uma das mais avançadas declarações de direitos do Século XIX, direitos que foram mantidos nas constituições posteriores. As constituições que se sucederam, além de manter esse núcleo, também promoveram aperfeiçoamentos e ampliações que resultaram das ebulições econômico-sociais e de fatores decorrentes das transformações políticas, especialmente, com a transformação do Estado Liberal em Estado Social, além, é claro, de fatores relacionados aos avanços do direito internacional. É importante o registro de que já na Constituição Republicana de 1891 houve, no Brasil, a introdução do controle difuso de constitucionalidade, cujas questões eram levadas ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal por meio do recurso

⁶ “Somente no início do Século XX, particularmente após as grandes guerras mundiais, a revolução industrial e outros fatores vão as constituições abrigar não apenas as liberdades públicas ou os direitos negativos, já então despidos de sua conotação ideológica originária, também os direitos à prestações positivas do Estado – os chamados direitos econômicos, sociais e culturais reunidos usualmente pela doutrina como ‘direitos sociais’, que instrumentalizam o exercício dos direitos individuais e que demanda ao Estado não apenas o reconhecimento mas também a atuação positiva do Estado na elaboração de políticas públicas, criação de mecanismos e tomada de medidas efetivas para disponibilizar o exercício de direitos a todos os seres humanos. (...). Já no último quartel do Século XX, tende a desaparecer na normação positiva de direitos referências a o rótulo direitos individuais ou liberdades públicas que dão lugar à utilização da expressão ‘direitos fundamentais’, inseridas nas declarações contemporâneas com o significado de direitos da pessoa humana positivados numa Constituição.” (FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. *In* **EDIFIEO** (Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização), Osasco, 2006, p. 119).

⁷ “(...) assegurava direitos individuais (liberdade de expressão do pensamento, inclusive pela imprensa, liberdade de convicção religiosa e de culto conquanto adotasse religião do Estado, igualdade de todos perante a lei, abolição de açoites, tortura, marca de ferro quente e penas cruéis, exigência de lei anterior e autoridade competente para aplicação da pena, direito de petição e queixa, inclusive o de promover a responsabilização dos infratores da Constituição) e adentrava, já, no campo das garantias e proteção desses direitos, particularmente ao afirmar o direito aos socorros públicos e à segurança (...).” (FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. *In* **EDIFIEO** (Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização), Osasco, 2006, p. 120).

extraordinário, bem como, também merece registro, que a Constituição de 1937, com nítido viés autoritário, procurou reduzir a amplitude e o alcance dos direitos fundamentais, inclusive com a supressão, no texto constitucional, do mandado de segurança⁸.

O processo de redemocratização, iniciado em 1946 e interrompido entre 1964 e 1985, culminou na promulgação da Constituição de 1988 que inaugurou, no Brasil, o que parte da doutrina constitucionalista vem chamando de “neoconstitucionalismo”, iniciado na Europa continental, no período pós-guerra. Tem seu marco histórico, na lição de Luiz Roberto Barroso, na promulgação da Lei Fundamental Alemã de 1949 e na criação, neste país, do Tribunal Constitucional Federal em 1951, bem como nas constituições da Itália de 1947 e depois de Portugal e Espanha⁹.

O marco filosófico é representado pelo denominado pós-positivismo, o qual, na verdade, resultou da aproximação de duas grandes correntes do pensamento, quais sejam, o jusnaturalismo e o positivismo, sendo o primeiro a grande corrente que impulsionou as revoluções liberais do século XVIII, mas que acabou por ser ofuscado pelo segundo que surgiu ao final do século XIX.¹⁰

Convém esclarecer que o positivismo jurídico que surgiu na Alemanha no final do século XIX não deve ser confundido com o positivismo filosófico, o qual surgiu na França, também no século XIX¹¹, neste caso, com Auguste Comte.

⁸ FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. *In* **EDIFIEO** (Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização), Osasco, 2006, p. 121.

⁹ BARROSO, Luíz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Opinião Jurídica*, fortaleza, 2005, ano 3, n.6, p. 213.

¹⁰ “O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o Direito Natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do Positivismo Jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do Facismo na Itália e do Nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da II Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito”. (BARROSO, Luíz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Opinião Jurídica*, fortaleza, ano 3, n.6, p. 211-252, 2005, p. 214)

¹¹ “A expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da

Têm estreita relação com a problemática a ser desenvolvida neste trabalho as três grandes transformações ocorridas na forma de aplicação do Direito Constitucional, e que são compreendidas no que Luíz Roberto Barroso denomina de marco teórico. Essas três transformações, segundo o autor, são assim descritas: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional¹².

A Constituição, como mero documento político, não tinha força jurídica para a concretização de suas disposições, ficando condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Com a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica deu-se o passo inicial para que referidas normas viessem a ser consideradas dotadas de imperatividade, de caráter vinculativo e obrigatório. Associada a essa transformação também está a expansão da jurisdição constitucional, impulsionada por um novo modelo inspirado pela experiência norte americana, baseado na supremacia da Constituição cuja proteção dos direitos fundamentais, a partir de sua constitucionalização, passou a caber ao Poder Judiciário¹³.

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve acentuada expansão da jurisdição constitucional por força da ampliação dos mecanismos de acesso à justiça; da conscientização do cidadão sobre seus direitos, inclusive em decorrência do próprio ativismo judicial enquanto catalizador da implementação de políticas públicas; das várias inovações trazidas para o nosso controle de constitucionalidade, especialmente a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, apesar de convivermos com o controle difuso desde a Constituição de 1891 e com o controle abstrato genérico desde 1965. Acrescente-se a isso que a Constituição Federal de 1988 reservou à União a maior parte da competência legislativa, como se observa de seu art. 22, que estabelece as competências privativas da União. Decorre disso que a quase totalidade dos litígios que surgem no seio da sociedade está, de algum modo, albergado por uma lei federal passível de questionamento

locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*." (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006, p. 15).

¹² BARROSO, Luíz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Opinião Jurídica**, fortaleza, ano 3, n.6, p. 211-252, 2005, p. 215.

¹³ *Ibidem*, p. 216.

quanto à sua compatibilidade com as normas constitucionais enseja, em tese, o controle de constitucionalidade, e a possibilidade de a controvérsia ser levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

A terceira grande transformação a que se refere Luiz Roberto Barroso, no plano da dogmática jurídica, diz respeito à nova interpretação constitucional, cujo exercício requer, além do uso dos métodos tradicionais de interpretação do direito – gramatical, histórico, sistemático e teleológico – a utilização de outros princípios de natureza instrumental, que são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos de aplicação destas normas, quais sejam, o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade¹⁴, aos quais acrescentamos, também, o princípio da proporcionalidade, hodiernamente utilizado com frequência nas soluções que envolvem a colisão e os conflitos entre princípios e normas de direitos fundamentais.

A constitucionalização das regras sobre direitos fundamentais associada à expansão da jurisdição constitucional e à necessidade de se atribuir força normativa às respectivas disposições de direitos fundamentais, com vista à efetiva concretização desses direitos tem inspirado relevantes estudos doutrinários sobre a problemática que envolve a questão, com reflexos na jurisprudência dos poderes judiciários de inúmeros países, inclusive o brasileiro.

Isto produz reflexos, também, na argumentação jurídica em direitos fundamentais, no âmbito dos limites de atuação dos poderes da república, especialmente os do Supremo Tribunal Federal, aspectos centrais das questões relacionadas ao presente trabalho, pois, se não causa surpresa ou estranheza uma decisão do Supremo Tribunal Federal que afirme “a lei X é inconstitucional”, não se pode dizer o mesmo da afirmação, e de quem poderia pronunciá-la, segundo a qual “a decisão do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional”.

¹⁴ BARROSO, Luíz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Opinião Jurídica**, fortaleza, ano 3, n.6, p. 211-252, 2005, p. 217

2.3. A Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal do Brasil de 1988

A dignidade da pessoa humana é um conceito prático complexo e de difícil definição, porém, é utilizado com muita frequência nos meios jurídicos e não jurídicos sem muitos critérios.

A literatura especializada também vacila quanto ao conceito, seja em relação a autores estrangeiros ou mesmo autores nacionais.

Para Peter Häberle, por exemplo, a dignidade da pessoa humana é um valor jurídico e o mais importante no ordenamento jurídico da Alemanha¹⁵.

Segundo o autor, a dignidade é um valor tão importante que na própria lei fundamental alemã ele ocupa o artigo inaugural daquele documento, artigo 1º, §1º, I,: “A dignidade humana é inviolável”.¹⁶

Axel Honneth, em sua obra *“Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais”*, de 1996, tese de livre docência apresentada ao Instituto de Filosofia da Universidade de Frankfurt, desenvolve sua teoria crítica a partir do conceito de reconhecimento de Hegel do tempo de Jena e procura mostrar que os sujeitos buscam suas identidades sociais a partir das formas de reconhecimento no amor, no direito e na solidariedade.

A busca se dá por meio de uma luta por reconhecimento intersubjetivo que sempre se inicia pela experiência do desrespeito de uma destas três formas de reconhecimento. O indivíduo somente pode encontrar sua autorealização quando houver, na experiência do amor, a possibilidade de autoconfiança; na experiência do direito, o autorespeito e, na experiência de solidariedade, a autoestima.

É nos conflitos sociais, na luta por reconhecimento, que Honneth vê uma força moral que impulsiona desenvolvimentos sociais. Ele se interessa pelos conflitos que se originam de uma experiência de desrespeito social, de um ataque à

¹⁵ “A dignidade humana apresenta-se, de tal sorte, como “valor jurídico mais elevado” dentro do ordenamento jurídico constitucional, figurando como “valor jurídico supremo”. O caráter pré-positivo da dignidade humana é, neste sentido, implicitamente evocado. Característica é também a formulação da dignidade humana como “fim supremo de todo o Direito” ou como “determinação de inviolabilidade da dignidade humana, que está na base de todos os direitos fundamentais”. (HÄRBELE, Peter. A dignidade humana como Fundamento da Comunidade Estatal. In: **Dimensão da Dignidade**; ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Org.: Ingo Wolfgang Sarlet. Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello e Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.99).

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. MLHEIROS: São Paulo, 2011, p. 111.

identidade pessoal ou coletiva capaz de deflagrar uma ação que tenha por escopo restaurar relações de reconhecimento mútuo ou desenvolvê-la num nível evolutivo superior¹⁷.

Honneth concebe três dimensões distintas, mas interligadas, na esfera emotiva do indivíduo que desenvolverá nele uma confiança em si mesmo, indispensável e necessária para seus projetos de autorrealização pessoal. Na esfera da estima social, seus projetos podem ser objeto de respeito solidário e, na esfera jurídico-moral, o reconhecimento do indivíduo dotado de autonomia e de direitos, que convolam numa relação de autorespeito¹⁸.

É na psicologia de George H. Mead que Honneth vai buscar os meios construtivos para dar à teoria hegeliana da “luta por reconhecimento” uma vertente materialista, já que em Mead essa concepção hegeliana aparece na forma alterada de uma hipótese empírica de pesquisa, bem como, nesse autor, foi possível encontrar equivalentes teóricos de uma concepção pós-metafísica e naturalista¹⁹.

Para Honneth, as ideias de Mead, em sua psicologia social, dentro dos pressupostos naturalistas, foi a que melhor desenvolveu a ideia de que os sujeitos humanos devem sua identidade à experiência de um reconhecimento subjetivo. Seus escritos, segundo Honneth, contem, até hoje, os mais apropriados para reconstruir as intuições da teoria da intersubjetividade do jovem Hegel considerando um quadro teórico pós-metafísico.²⁰

Seus estudos ligados à fundamentação da psicologia o levaram a chegar à uma concepção subjetiva da autoconsciência humana: *“um sujeito só pode adquirir uma consciência de si mesmo na medida em que ele aprende a perceber sua própria ação da perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa.”* É o primeiro passo para a fundamentação naturalista da teoria do reconhecimento de Hegel por indicar o mecanismo psíquico que torna o desenvolvimento da autoconsciência dependente da existência de um segundo sujeito.²¹

Os desdobramentos desta ideia permitiu-lhe chegar à conclusão de um conceito de reconhecimento segundo o qual um sujeito deve alcançar a identidade

¹⁷ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo, Editora 34: 2009,, p. 18.

¹⁸ *Ibidem*, p. 18.

¹⁹ *Ibidem*, p. 155.

²⁰ *Ibidem*, p. 125.

²¹ *Ibidem*, p. 131.

de um membro socialmente aceito de sua coletividade pelo fato de aprender a assumir as normas sociais do outro generalizado²². Isso, no campo do direito, lhe permite adquirir um saber sobre os direitos que lhe pertencem, de modo que ele pode contar legitimamente com o respeito de algumas de suas exigências, na medida em que os direitos enquanto pretensões serão satisfeitos pelo outro generalizado.

É a posição de dignidade com a qual um sujeito se vê dotado no momento em que ele, pela concessão de direitos, é reconhecido como membro da sociedade de modo que ele pode estar seguro do valor social de sua identidade. Essa tal consciência do próprio valor é o que Mead define como autorespeito. O autorespeito do sujeito que pertence a uma comunidade depende de como ele se vê como cidadão seguro de si²³.

Mead também entende que o processo de civilização seguiu uma tendência à liberação da individualidade, bem como concebe a evolução moral das sociedades como um processo de ampliação gradual dos conteúdos do reconhecimento jurídico. Tanto Mead quanto Hegel concordam quanto ao desencadeamento histórico do potencial de indivisibilidade pela via de um aumento do espaço de liberdade juridicamente concedida em que o motor dessas modificações é uma luta, pelos sujeitos, em busca de ampliação e extensão dos direitos que lhe são intersubjetivamente garantidos, o que enseja elevação do grau de autonomia pessoal.²⁴

É o papel socialmente aceito de membro de uma organização social definida pela divisão do trabalho que permitirá determinados direitos ao indivíduo que podem ser reclamados junto a um poder de sanção legitimado. Para Hegel, essa estrutura só assume a forma de reconhecimento do direito quando se torna dependente historicamente das premissas dos princípios morais universalistas, pois o sistema jurídico precisa ser entendido como expressão dos interesses universalizáveis de

²² Mead cria o conceito de "outros significativos" como sendo aqueles presentes na infância do indivíduo e as atitudes deles são o caminho para a formação social da criança que convive com eles. No conceito de "outro generalizado", após certo desenvolvimento social do indivíduo, ele é capaz de perceber que as atitudes dos "outros significativos" são, na verdade, atitudes gerais encontradas na sociedade.

²³ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo, Editora 34: 2009, p. 136-138.

²⁴ *Ibidem*, p.144-145.

todos os membros da sociedade de modo a não admitir mais exceções e privilégios²⁵.

Por isso que viver sem direitos individuais, para um membro da sociedade, é não possuir a chance de constituir um autorespeito. A conclusão é a de que quando um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros da coletividade as condições que o capacitam para o processo político de formação da vontade geral, essa possibilidade de se referir positivamente a si mesmo é o que se pode chamar de autorespeito²⁶.

Honneth define direitos, a grosso modo, como pretensões individuais que devem ser satisfeitas e que a elas está legitimado o indivíduo, como membro de igual valor de uma coletividade e que participa em condições de igualdade nesta ordem institucional²⁷. Na Ciência do Direito tornou-se natural a distinção dos direitos subjetivos entre direitos liberais de liberdade, direitos políticos de participação e direitos sociais de bem-estar. A primeira categoria refere-se aos direitos negativos que protegem a pessoa de intervenções desautorizadas do Estado, com vista à sua liberdade, sua vida e sua propriedade. A segunda categoria diz respeito aos direitos positivos que cabem ao indivíduo com vista à participação em processos de formação pública da vontade. A terceira categoria, finalmente, refere-se àqueles direitos igualmente positivos que o fazem ter parte, de modo equitativo, na distribuição de bens básicos.²⁸

A denegação desses direitos implica negar a imputabilidade moral que é atribuída na mesma medida aos demais membros da sociedade. Por isso, essa forma de desrespeito, como se dá na privação de direitos e na exclusão social, não representa somente limitação de autonomia pessoal, mas a própria perda do autorespeito, ou seja, a perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com os demais membros da coletividade.²⁹

Disto resulta que os seres humanos são ameaçados em sua identidade do mesmo modo como são em sua vida física, em razão do sofrimento com doenças quando submetidos à experiência do rebaixamento e da humilhação social, cujas

²⁵ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo, Editora 34: 2009, p. 181.

²⁶ *Ibidem*, p. 196-197.

²⁷ *Ibidem*, p. 216.

²⁸ *Ibidem*, p. 189.

²⁹ *Ibidem*, p. 216-217.

reações emocionais negativas expressam-se nos sentimentos de vergonha social.³⁰ Nestas reações emocionais de vergonha, a experiência de desrespeito pode impulsionar motivacionalmente uma luta por reconhecimento³¹.

O surgimento de movimentos sociais é dependente de uma semântica coletiva que permite interpretar as experiências de desapontamento pessoal como algo que afeta tanto o individual como também o círculo de muitos outros sujeitos, ou seja, uma identidade coletiva da experiência de desrespeito³².

Esse engajamento nas ações políticas possui a função direta de arrancar os envolvidos da situação paralisante do rebaixamento, passivamente tolerado, para propiciar uma autorrelação nova e positiva³³. Nesse sentido, o engajamento individual na luta política restitui ao indivíduo um pouco de seu autorespeito perdido a partir do momento em que, em público, ele demonstra a propriedade cujo desrespeito é experienciado como uma vexação.³⁴

Como se pode observar, a forma de desrespeito, na forma como se dá na privação de direitos fundamentais e na exclusão social, não representa somente limitação de autonomia pessoal, mas a própria perda do autorespeito. O sujeito perde a capacidade de referir-se a si mesmo como cidadão em pé de igualdade na interação com os demais membros da coletividade, ou seja, paira sobre si um sentimento de rebaixamento, de passividade e ele é incapaz de se perceber como sujeito dotado de dignidade humana.

Em nossa Constituição Federal de 1988 a dignidade humana aparece como fundamento da República, positivada no art. 1º, inciso III.

Autores nacionais, a exemplo de Rizzatto Nunes, fazem distinção sistêmica entre valores e princípios, os quais são inconfundíveis³⁵, afirmando que *“a dignidade é garantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo.”*

³⁰HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo, Editora 34: 2009, p. 219.

³¹ *Ibidem*, p. 224.

³² *Ibidem*, p. 258.

³³ *Ibidem*, p. 259.

³⁴ *Ibidem*, p. 260.

³⁵ Mas o fato é que enquanto o valor é sempre um relativo, na medida em que “vale”, isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização. O princípio é, assim, um axioma inexorável e que, do ponto de vista do Direito, faz parte do próprio linguajar desse setor de conhecimento. Não é possível afastá-lo, portanto. (NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.)

Contudo, não é concebível em nosso sistema jurídico que haja valores ou princípios que sejam absolutos, inclusive a dignidade humana, pelo simples fato de que, se assim fosse, que solução jurídica poderia ser dada a titulares de direitos igualmente absolutos em colisão?

As colisões entre normas de direitos fundamentais e os métodos para a solução destas colisões serão analisados em capítulo próprio.

Pensamos que a dignidade da pessoa humana, dada a forte carga axiológica que o conceito carrega, representa muito mais um valor do que um princípio. Como valor, por sua vez, é o mais importante do ordenamento jurídico e, como alicerce fundamental, integrará a base de todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição Federal.

Tais conclusões são válidas, também, para os direitos fundamentais sociais. Direitos fundamentais sociais são compreendidos como direitos a prestações em sentido estrito, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, entre outros, os quais se encontram expressamente previstos no artigo 6º do texto constitucional, bem como nesta classe estão inseridos, também, na classificação de Alexy, os direitos fundamentais sociais que não são garantidos expressamente, mas atribuídos por meio de interpretação, muitas vezes denominados de interpretações sociais dos direitos de liberdade e igualdade³⁶. Essa expressão faz sentido no direito alemão na medida em que, diferentemente do Brasil, a lei fundamental alemã não contém direitos fundamentais sociais positivados e seu texto.

Neste sentido, a concretização dos direitos fundamentais sociais em sua plenitude ensejará o respeito pleno à dignidade da pessoa humana, pois permitirá que o indivíduo possa desenvolver, na maior medida possível, todas as suas potencialidades enquanto ser humano, na sociedade, sem coações de ordem interna e externa.

Portanto, é possível concluir que a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, individuais e sociais, já reconhecidos juridicamente, é imprescindível para que o sujeito adquira o autorespeito perante a coletividade, saia do estado de apatia e passividade no âmbito político e passe a participar efetivamente do processo de formação de uma vontade coletiva.

³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. MLHEIROS: São Paulo, 2011, p. 499-500.

3. DA DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. Uma definição do conceito de direito

O presente trabalho tem a pretensão de cientificidade, o que, por consequência, exige uma tomada de posição em relação aos conceitos fundamentais da matéria a ser desenvolvida, não somente por questão de coerência, mas, também, para que o estudo tenha um direcionamento seguro e, acima de tudo, satisfatório.

Tratar de direitos fundamentais e de argumentação jurídica em direitos fundamentais é uma tarefa que não pode ser desenvolvida sem que antes seja fixada a base fundamental na qual todo o trabalho procura se apoiar, de modo que o conceito de direitos fundamentais deve pressupor, antes de tudo, um conceito de direito que lhe dê suporte.

Paulo de Barros Carvalho afirma que *“na pesquisa do conceito de Direito muito se há escrito e sobejam opiniões, de expressividade inconstante, cada qual colocando em relevo aspecto diferente para, enfatizando-o, caracterizar aquela realidade”*³⁷. Portanto, como a nossa intenção não é desenvolver um novo conceito de direito, procuramos adotar um conceito de direito já consolidado pela doutrina, no caso, o conceito de Direito elaborado por Robert Alexy em sua obra *“Conceito e validade do direito”*³⁸.

A principal polêmica, na visão de Robert Alexy, a respeito do conceito de direito certamente é aquela que diz respeito à relação entre o direito e a moral, o que dá ensejo a duas posições antagônicas: positivistas e não-positivistas.

Seguindo o autor, todas as correntes positivistas defendem categoricamente a separação entre o direito e a moral (tese de separação) no sentido de que o conceito de direito não deve incluir elementos morais; que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre o que o direito ordena e o que é exigido pela justiça³⁹, entre o direito como ele é e como ele deve ser. Vale aqui a velha afirmação de Hans Kelsen *“Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser*

³⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 5^o ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.32.

³⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

³⁹ Robert Alexy identifica a moral com a justiça em seu argumento da pretensão de correção, como se verá no decorrer do trabalho.

*direito*⁴⁰, de modo que as teorias positivistas consideram apenas dois elementos na definição do conceito: a legalidade (ordenamento/autoridade) e a eficácia social⁴¹.

Por outro lado, todas as teorias não-positivistas defendem a tese da vinculação, ou seja, que o conceito de direito deve incluir elementos morais, mas sem deixar de incluir os outros elementos, no caso, a legalidade e a eficácia.

Para ilustrar a relevância da importância prática do conceito de direito, Alexy cita duas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão. A primeira diz respeito à decisão sobre a cidadania, em que foi analisado o decreto que privava de cidadania os judeus emigrados, o qual foi considerado nulo *ab initio*, sob o argumento de que uma injustiça que afronta diretamente princípios constitucionais não se torna direito porque é observada, pois o direito à justiça não está à disposição do legislador. A segunda decisão diz respeito à admissibilidade da formação do direito por parte do juiz ao decidir "*contra legem*". No caso, o tribunal alemão, equivalente ao STJ no Brasil, concedeu indenização de 15.000 marcos alemães por danos imateriais à Princesa Soraya, ex mulher do último xá do Irã, em hipótese não admitida pela lei, porque foi publicado por uma revista semanal uma entrevista inventada, sobre assuntos particulares. A jurisprudência foi referendada pelo Tribunal Constitucional alemão sob o argumento de que "*o direito não é idêntico à totalidade das leis escritas*". Para Alexy, a relevância desta frase vai além do âmbito das decisões contra *legem*, alcançando, por via de consequência, todos os casos duvidosos, como, por exemplo, na imprecisão da lei cujas regras da metodologia jurídica não levarem a um resultado com certo grau de exatidão⁴².

Nos casos duvidosos, como no das leis imprecisas, o positivista afirmará que a decisão tomará por base elementos extrajurídicos, ao passo em que, para o não-positivista a decisão pode ser determinada pelo direito, já que não identifica o direito com a totalidade das leis⁴³.

Para Alexy, os principais elementos do conceito de direito são: a) a legalidade; b) eficácia social e c) correção material. Os conceitos variam conforme o peso atribuído a cada um desses elementos. O conceito jusnaturalista, por exemplo,

⁴⁰ "Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo (...) mas porque é criada por uma forma determinada (...) por uma norma fundamental pressuposta. Por isso (...) pertence ela à ordem jurídica. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 221.)

⁴¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 3.

⁴² *Ibidem*, p. 11.

⁴³ *Ibidem*, p. 12.

despreza a legalidade e a eficácia considerando, exclusivamente, a correção material.

Os conceitos positivistas se baseiam na combinação e interpretação de diferentes modos de legalidade e de eficácia social. Os orientados primariamente para a eficácia são referidos nas teorias sociológicas e realistas que distinguem o aspecto externo e interno de uma norma. No aspecto externo, aferem a regularidade de sua observância ou da sanção para a não observância (Weber, Theodor Geiger). No aspecto interno, consideram o elemento psíquico, a motivação de sua observância ou aplicação; Rudolf Bierling acentua o aspecto do reconhecimento e Luhmann as expectativas normativas de comportamento⁴⁴. Nestes conceitos predomina a perspectiva do observador.

Os conceitos orientados primariamente para a normatização, que são encontrados na teoria analítica do direito que se preocupa com a análise lógica ou conceitual da prática jurídica, predomina a perspectiva do participante, especialmente a do juiz. Um exemplo pode ser o conceito que afirma que o direito pode ser identificado com a totalidade dos comandos reforçados por sanções (John Austin)⁴⁵.

Os representantes mais importantes desta corrente são Hans Kelsen e Herbert Hart. Para Kelsen o direito é um ordenamento normativo coativo cuja validade se baseia numa norma fundamental pressuposta, norma fundamental esta de conteúdo psicológico, é uma norma pensada. Para Hart, o direito é um sistema de regras identificadas por uma regra de reconhecimento, o que corresponde à norma fundamental de Kelsen, porém, ao contrário daquele, o status de sua regra de reconhecimento é um fato social⁴⁶.

Alexy parte da tese de que existem tanto conexões conceitualmente necessárias quanto conexões normativamente necessárias entre o direito e a moral, cuja fundamentação repousa em cinco distinções. Para isso, supõe a inclusão do conceito de validade no conceito de direito, o que significa a inclusão do contexto institucional da formulação, da aplicação e da imposição do direito nesse conceito. Além disso, considera o sistema jurídico como um sistema normativo e como um sistema de procedimentos. Como sistema de procedimento, é um sistema de ações

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 18-20.

⁴⁵ *Ibidem*, 20-21.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 22-23.

com base em regras que regulam como as normas são promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impostas. Como sistema normativo é um sistema de resultados ou de produto dos procedimentos que criam as normas⁴⁷.

Alexy também analisa o direito sob a perspectiva do observador e a perspectiva do participante. A perspectiva do participante diz respeito a quem participa da argumentação jurídica num sistema jurídico, no âmbito do que nele é ordenado, proibido ou permitido e autorizado. No centro repousa a figura do juiz. Outros participantes que formulam argumentos em favor ou contra determinados conteúdos se referem a como o juiz deveria decidir corretamente a questão. Já na perspectiva do observador, como o próprio nome sugere, este não participa da argumentação, sua preocupação não é saber qual é a decisão correta num caso determinado, mas sim de que forma se decide. Alexy cita o exemplo do americano branco, casado com uma mulher negra, que queria viajar à África do Sul, ainda sob o regime do *apartheid*, e que tinha interesse em saber os aspectos legais do país em relação ao regime⁴⁸. É a perspectiva de quem não participa do processo argumentativo, mas tem interesse na questão descritiva do direito, de como o direito é não de como o direito deve ser quanto à correção das decisões.

Alexy distingue, também, a existência de conexões classificadoras e qualificadoras entre o direito e a moral. De acordo com uma conexão classificadora, normas ou sistemas que não satisfazem determinado critério moral não são normas nem sistemas jurídicos. Para uma conexão qualificadora, a não satisfação de um determinado critério moral, embora a norma ou sistema continue sendo jurídico, serão tidos por defeituosos, haverá um defeito jurídico⁴⁹.

A quinta distinção aponta para a existência de um contexto conceitualmente necessário e outro normativamente necessário.

A partir destas distinções são possíveis inúmeras combinações, de modo que é preciso saber qual é a tese correta, se a da separação ou da vinculação, considerando a perspectiva do participante e a do observador.

Na perspectiva do observador não é possível apoiar a tese de vinculação numa conexão conceitualmente necessária entre direito e a moral a partir do

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 28-30.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 30-31.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 31-32.

argumento da injustiça com relevância classificadora⁵⁰, isto porque nesta perspectiva o que está em jogo não é qual decisão deve ser a correta no caso concreto, mas como se decide. Neste caso, a tese positivista da separação é correta⁵¹.

Em relação ao sistema jurídico, entra em jogo a tese do argumento da correção que tem importância classificadora mesmo na perspectiva do participante. Todo sistema que se diz jurídico deve formular uma pretensão de correção por menos justificada que ela seja. Mesmo que esta pretensão não seja satisfeita, a relevância seria apenas qualificadora⁵², ou seja, haveria apenas um defeito jurídico. Percebe-se, assim, que a pretensão de correção é uma limitação à tese de separação no âmbito dos sistemas jurídicos, sob a perspectiva do observador.

Por outro lado, quando se trata da perspectiva do participante, a tese de vinculação se mostra correta, o que pode ser fundamentado a partir de três argumentos: a) o da correção; b) o da injustiça e c) o dos princípios. O argumento da correção é a base dos outros dois argumentos. Tanto normas e decisões judiciais quanto sistemas jurídicos formulam, necessariamente, uma pretensão de correção. O sistema jurídico que não a formule, ao menos implicitamente, não é um sistema jurídico. Se a formular, mas não a satisfizer, serão defeituosos. Normas jurídicas e decisões jurídicas individuais têm natureza exclusivamente qualificadora quando não formulam ou quando não satisfazem a pretensão de correção, e neste caso são juridicamente defeituosos⁵³.

Alexy, para ilustrar, fornece um exemplo do primeiro artigo de uma constituição “X” com a seguinte redação:

(1) X é uma república soberana, federal e injusta.

Esta cláusula resulta do interesse de uma minoria em querer gozar amplamente das vantagens em oprimir a maioria, mas, também, quer ser honesta. Supondo que a maioria reverenciasse o antigo monarca, a supressão da monarquia, com a introdução da república, se mostraria tão injusta quanto a caracterização do Estado como injusto. Mas a cláusula da injustiça tem algo de absurdo que a república não tem. A cláusula da república poderia ser suprimida e substituída por

⁵⁰ Na formulação de Radbruch, o direito extremamente injusto não é Direito.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 37.

⁵² *Ibidem*, p. 37-42.

⁵³ *Ibidem*, 2009, p. 42.

outra que negasse direito a membros de uma determinada raça, e isso, sob aspectos morais, não significaria uma diferença da cláusula de injustiça, mas continuaria a existir uma imperfeição.

Também seria redundante na constituição uma cláusula com seguinte redação:

(2) X é um estado justo.

Deste modo, resta apenas um defeito conceitual, em sentido amplo, que se refere a infrações de regras constitucionais dos atos de fala (expressões linguísticas como ações). Ato de legislação constitucional está vinculado a uma pretensão de correção no sentido de uma pretensão à justiça. O legislador, quando o conteúdo de seu ato constitucional viola a pretensão de correção, incide numa contradição performativa, embora a formule na execução⁵⁴.

A estratégia de Alexy é mostrar que podem ser explicitadas as pretensões implícitas contidas nos atos de fala performativo, evidenciando que sua negação se mostra absurda, como é o caso da cláusula da injustiça. A cláusula explícita da injustiça se mostra desde logo absurda porque nega a pretensão implícita de justiça⁵⁵.

Com isso, Alexy entende que fica demonstrada a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral⁵⁶.

Por sua vez, isto ainda não comprova a tese de vinculação, na medida em que um positivista pode objetar que, no máximo, pode significar uma conexão qualificadora, ou seja, a inexistência de uma pretensão de correção não desqualificaria o sistema como um sistema jurídico.

O argumento da injustiça, na perspectiva do participante, pode ser relacionado tanto a normas individuais como a sistemas jurídicos.

As normas individuais de um sistema jurídico perdem o caráter jurídico quando é transposto um determinado patamar (limiar) da justiça ou da iniquidade (aquilo que é contrário à moral, à justiça). É a fórmula de Radbruch, negada do

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 45-46.

⁵⁵ Para a melhor compreensão da teoria dos atos de fala – constatativos e performativos - consultar a obra AUSTIN, J. **Quando dizer é fazer**. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre, Artes médicas, 1990.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 47.

ponto de vista de um observador. A questão é se esta formula é aceitável do ponto de vista de um participante⁵⁷.

Segundo Alexy, Radbruch afirma que só há a perda do caráter jurídico se a norma contiver um grau de injustiça insustentável. Há entendimento unânime de que a formula de Radbruch não pode ser decidida com base unicamente em argumentos analíticos ou conceituais. É preciso acrescentar, contra ou a favor, argumentos normativos⁵⁸.

No que se refere a sistemas jurídicos, primeiro já foi afirmado que sistemas que não formulam uma pretensão de correção, na perspectiva do observador, não são sistemas jurídicos, cujo problema prático significativo é quando a pretensão formulada não é cumprida. A questão passa a ser, entrando em cena o argumento da injustiça, a de que um sistema normativo perderia o seu caráter jurídico na hipótese em que fosse extremamente injusto em termos globais. Alexy analisa esta tese a partir de duas interpretações: a) a tese da irradiação e b) a tese do colapso. A tese da irradiação, em linhas gerais, afirma que a falta de caráter jurídico das normas fundamentais de conteúdo de um sistema jurídico acarreta a falta de caráter jurídico de todas as normas típicas do sistema, pois, irradia-se sobre elas. Já a tese do colapso afirma que um sistema jurídico perde seu caráter jurídico quando, em termos globais, é extremamente injusto. O sistema entra em colapso quando muitas normas individuais devem ter seu caráter jurídico contestado, sobretudo em relação às mais importantes. Conclui Alexy, por sua vez, que quando se trata do caráter jurídico, é preciso observar o critério da injustiça extrema o qual deve basear-se em normas individuais e somente nelas, bem como que mantem-se como sistema jurídico quando um efetivo mínimo de normas, necessárias à existência do sistema jurídico, conserve o seu caráter jurídico, pois a aplicação do argumento da injustiça a um sistema jurídico como um todo tem suas consequências limitadas àquelas decorrentes de sua aplicação a normas individuais⁵⁹.

Quanto ao argumento dos princípios, segundo Alexy, Herbert Hart afirma que todo direito positivo tem uma estrutura aberta (*open texture*)⁶⁰, sendo algumas razões importantes o caráter vago da linguagem do direito, a possibilidade de

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 48.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 76-83.

⁶⁰ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 161-176.

contradições entre as normas, a falta de uma norma na qual a decisão possa se apoiar e a possibilidade de decidir contra o enunciado de uma norma em casos especiais, de modo que um caso que se enquadre no âmbito de abertura deve ser caracterizado como caso duvidoso⁶¹.

Do ponto de vista positivista, no âmbito de abertura do direito não se pode decidir com base no direito positivo, pois de outro modo não se estaria no campo de abertura. Somente o direito positivo é direito e o juiz que decide no campo de abertura, nos casos duvidosos, o faz com base em critérios não jurídicos ou extrajurídicos. Estaria autorizado pelo direito positivo a criar um direito novo, nos moldes do legislador, com base em critérios extrajurídicos.

O argumento dos princípios diz que o juiz está vinculado mesmo no texto de textura aberta do direito positivo, o que cria uma vinculação entre direito e moral, o que está de acordo com a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão de que o direito não é idêntico à totalidade das leis escritas⁶².

A base do argumento dos princípios é a distinção entre princípios e regras, sendo estas, em resumo, mandamentos definitivos e os princípios mandamentos de otimização, cuja forma característica de sua aplicação é a ponderação, assuntos que serão tratados mais detalhadamente em capítulo próprio deste trabalho.

Alexy desenvolve três teses que conduzem à distinção teórico-normativa a respeito da conexão necessária entre direito e moral: (1) a tese da incorporação; (2) a tese da moral; (3) a tese da correção.

A tese da incorporação afirma que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém, necessariamente, princípios. No âmbito da perspectiva do participante, especialmente do juiz, isso se comprova quando, diante de um caso duvidoso, o mesmo procede a uma ponderação porque o sistema não oferece o material normativo. Esta ponderação deve ser apoiada, necessariamente, em princípios⁶³.

Na tese da moral, por sua vez, Alexy inicia por afirmar que todos os sistemas jurídicos, em um grau mínimo de desenvolvimento, contem normas com estrutura de princípios, mas não se pode concluir, ainda, que existe uma conexão necessária entre o direito e a moral. A tese apresenta duas versões, uma fraca e uma forte.

⁶¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 84.

⁶² *Ibidem*, p. 84-85.

⁶³ *Ibidem*, p. 87.

Para a tese fraca, existe uma conexão entre o direito e uma moral qualquer. Para a tese forte, existe uma conexão entre o direito e a moral correta. A presença necessária de princípios no sistema jurídico leva a uma conexão necessária entre o direito e uma moral qualquer, perspectiva da tese da moral⁶⁴.

Dentre os princípios considerados nos casos duvidosos (contexto de abertura), para satisfazer a pretensão de correção, encontram-se sempre aqueles que integram uma moral qualquer, seja ela correta ou incorreta. Princípios morais, por seu conteúdo, estão incorporados ao direito e o juiz que neles se apoia decide a questão com base em critérios jurídicos e não mais extrajurídicos. Quanto ao conteúdo, decide com base em razões morais; quanto à forma, decide com base em razões jurídicas⁶⁵.

A tese da correção, por sua vez, é o resultado da aplicação do argumento da correção nos limites do argumento dos princípios, o que representa uma transição de uma moral qualquer para uma moral correta⁶⁶. Não mostra dificuldades nos casos em que os princípios do direito positivo se apresentam conteúdos que são exigidos e/ou admitidos, a exemplo dos princípios da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, entre outros, que, como mandamentos de otimização, devem ser realizados o mais amplamente possível. Por sua vez, sendo tais princípios ou subprincípios pertinentes num caso duvidoso, ou seja, num contexto de textura aberta, o juiz estará obrigado juridicamente a adotar um procedimento de otimização que, em última análise, é dar uma resposta jurídica a uma questão que é de moral política, cuja parte dos argumentos que desenvolverá para fundamentar a conclusão de sua ponderação terá um caráter de argumentos morais. Assim, é possível concluir que a pretensão à correção jurídica que se vincula à decisão é, também, uma pretensão à correção moral, o que demonstra que existe uma conexão necessária entre o direito e a moral correta⁶⁷.

É importante assinalar, neste ponto, a afirmação de Alexy no sentido de que a pretensão de correção implica uma pretensão à fundamentalidade. Promover esta pretensão pode significar o atuar por meio de atos institucionais de criação, interpretação e aplicação do direito, como é o caso do parlamentar e do juiz, em que está contido no ato jurídico uma afirmação de que o mesmo é correto quanto ao

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 90.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 92.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 93-94.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 94.

conteúdo e procedimentalmente. Porém, não se esgota naqueles que atuam por meio de atos institucionais, mas também abarca cada um que, como participante de um sistema jurídico, a exemplo do advogado diante do tribunal ou o cidadão na discussão política, que deduz argumentos a favor ou contra determinados conteúdos do sistema, em que está contida a afirmação da correção.

A pretensão de correção, ainda, aglutina uma garantia de fundamentalidade, acrescentando, por fim, a esperança do reconhecimento da correção pelos participantes em relação ao ato jurídico afirmado como correto. A pretensão de correção é acima de tudo, uma pretensão de justiça, o que, em última análise, significa afirmar implicitamente, por exemplo, que a república constituída é justa ou que uma sentença é correta⁶⁸. A ideia de fundamentalidade diz respeito à possibilidade de fundamentação das normas gerais ou individuais, o que remete à teoria do discurso prático geral como teoria procedimental da correção prática, que será tratada em capítulo próprio.

Neste sentido, a conexão qualificadora (flexível) não leva a uma conexão necessária entre o direito e uma determinada moral conteudística a ser caracterizada como correta, mas a uma conexão necessária entre o direito e a moral correta no sentido de uma moral fundamentada. A moral correta é aquela resultante de um procedimento argumentativo racional, é uma ideia reguladora, um objetivo a ser alcançado, uma dimensão ideal necessariamente vinculada ao direito.

A partir das ideias expostas, Alexy formula seu conceito de direito no seguinte sentido:

O direito é um sistema normativo que: (1) formula uma pretensão de correção; (2) consiste na totalidade das normas que integram uma Constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa Constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são

⁶⁸ Cláudia Toledo, autora do texto de apresentação da obra de Alexy à edição brasileira, adverte quanto à utilização dos termos nesta obra, pelo autor, aos quais não se deve atribuir significado conforme a Filosofia clássica, mas no sentido dado pela Filosofia da linguagem após a reviravolta linguístico-pragmática. Deste modo, termos como justiça, razão e razão prática o autor não quer se referir ao conteúdo material do valor justiça, nem à razão cartesiana ou mesmo à razão prática em Kant. A ideia de justiça a que se refere Alexy diz respeito ao princípio de justiça formal para o qual é justo o que é racional, o que é discursivamente correto, cuja correção é obtida discursivamente pelo cumprimento das regras da lógica do discurso. O conteúdo do conceito de justiça é aquele aceito consensualmente a partir das premissas deduzidas. (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 13-14).

extremamente injustas; (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos dos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão de correção⁶⁹.

Essa definição foi estabelecida a partir da perspectiva do participante; compreende a validade; as três partes correspondem aos argumentos de correção, da injustiça e dos princípios. A primeira parte contém a pretensão de correção como elemento de definição com relevância classificadora. A segunda parte determina a relação entre as três partes: a legalidade, conforme o ordenamento; a eficácia social e a correção material, que ocorre em dois níveis: a Constituição e que se aplica a sistemas jurídicos com estrutura escalonada. A validade de uma Constituição que seja socialmente eficaz em termos globais supõe um sistema jurídico como um todo, estabelecido de acordo com ela. A eficácia consiste na observância das normas ou na punição para os casos de inobservância, incluída a coação física, organizada pelo Estado. A característica da injustiça extrema não se aplica à Constituição como um todo, mas apenas às normas individuais da Constituição. No âmbito das normas individuais estabelecidas de acordo com a Constituição a eficácia social em termos globais não é condição de sua validade jurídica, que é substituído pelo critério de legalidade conforme o ordenamento, obedecendo a uma Constituição eficaz em termos globais. Duas restrições são aplicadas a esse critério pelos quais normas individuais perdem a validade jurídica quando não apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e/ou quando são extremamente injustas.

A terceira parte amplia o alcance daquilo que integra o direito por meio da incorporação do procedimento de aplicação ao conceito de direito. No âmbito de abertura do direito, tudo aquilo em que se apoia e/ou deve apoiar-se quem aplica o direito para satisfazer a pretensão à correção integra o direito, dentre os quais princípios jurídicos e outros argumentos normativos, inclusive aqueles argumentos com os quais o aplicador sustenta faticamente suas decisões ainda que estas não satisfaçam a pretensão à correção. Dessa forma, torna-se possível uma crítica da prática jurídica decisória a partir do ponto de vista do direito⁷⁰.

O conceito de direito de Alexy tem plena aplicação ao direito brasileiro. Em primeiro lugar, porque o direito brasileiro é composto, também, por um sistema de

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 151.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 151-155.

normas. No que se refere à pretensão de correção como dimensão ideal do direito a representar uma ideia de justiça, como ideal político-jurídico, a mesma está expressa no próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988⁷¹.

Ainda que subsista a discussão sobre se teria ou não força normativa o texto preambular, o fato que é que, ainda como um ideal, um objetivo de natureza política, o fato é que o texto afirma uma pretensão de correção.

No texto constitucional também há referência expressa à justiça nos enunciados normativos dos artigos 170⁷² e 193⁷³, de tal forma que, houvesse uma cláusula constitucional com o enunciado: “O Brasil é uma república federativa e injusta” não estaríamos no âmbito de uma contradição performativa, como no exemplo de Alexy, mas no âmbito de uma contradição lógico-formal com as próprias regras expressas no sistema. Portanto, em nosso sistema jurídico é clara a pretensão de correção afirmada.

Em relação aos demais elementos contidos na definição do conceito de direito todos se aplicam ao nosso ordenamento jurídico, seja em relação à totalidade das normas que integram a nossa Constituição Federal, bem como as demais normas que com ela são compatíveis no âmbito de um ordenamento jurídico de estrutura escalonada, nos moldes da pirâmide Kelseniana, bem como os princípios e outros argumentos normativos que instrumentalizam o procedimento de aplicação do direito.

⁷¹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a **justiça como valores supremos** de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (*grifamos*).

⁷² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios: (*grifamos*)

⁷³ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a **justiça sociais**. (*grifamos*)

3.2. Uma definição do conceito de Direitos Fundamentais

O conceito de direito estabelecido anteriormente diz respeito, em resumo, à totalidade das normas que integram o sistema jurídico, tanto as normas que integram a Constituição quanto a totalidade das normas infraconstitucionais que com ela são compatíveis, minimamente eficazes e que não são extremamente injustas. Acrescenta, ainda, os princípios e/ou os argumentos normativos utilizados no procedimento de aplicação do direito com vistas à satisfação da pretensão de correção.

Direitos fundamentais, por sua vez, devem ser definidos de acordo com a nossa Constituição de 1988 e são, sobretudo, direitos que decorrem das disposições de direitos fundamentais positivadas na Constituição.

Existe um rol de direitos fundamentais positivados na Constituição a começar pelas disposições relacionadas no artigo 5º, classificados como direitos individuais e coletivos e que enunciam os direitos de liberdade, igualdade, segurança, propriedade, entre outros, e refere-se, acima de tudo, aos direitos negativos que protegem a pessoa de intervenções desautorizadas do Estado, com vista à sua liberdade, sua vida e sua propriedade além da proteção contra a ação de outros cidadãos que afrontem esses direitos, assim como asseguram o desenvolvimento pleno de sua personalidade.

Os direitos sociais também integram o rol de direitos fundamentais do cidadão, enunciados no artigo 6º, assim como o direito ao trabalho, nos termos do artigo 7º da Constituição, e se referem àqueles direitos igualmente positivados com os quais o cidadão passa a ter parte, de modo equitativo, na distribuição de bens básicos, de garantia da liberdade de fato (material) necessária ao exercício das demais liberdades públicas.

Os direitos políticos também são direitos fundamentais, dentre os quais aqueles arrolados no artigo 14 da Constituição, cuja categoria diz respeito aos direitos positivos que cabem ao indivíduo com vista à participação em processos de formação pública da vontade, necessários ao desenvolvimento e manutenção do processo político no âmbito de uma democracia.

Por fim, é preciso esclarecer que os direitos fundamentais não se esgotam no rol dos artigos mencionados anteriormente, mas, ao contrário, há outras disposições de direitos fundamentais de forma esparsa na Constituição, inclusive como

desdobramentos dos princípios de liberdade, de igualdade, de proteção à vida, como, por exemplo, o direito de liberdade de associação (art. 8º); garantias asseguradas aos contribuintes correspondentes às limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150); o direito à Seguridade Social, compreendendo ações para assegurar direitos relativos à saúde, previdência social e assistência social (art. 194, 201 e 203); o direito à saúde (art. 196); à educação (art. 205); à cultura (art. 215); ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), entre outros.

Além disso, no artigo 5º, parágrafo 2º, há uma cláusula de abertura para outros direitos fundamentais decorrentes dos próprios princípios constitucionais ou de tratados internacionais em que o Brasil venha a ser parte⁷⁴, o que, em última análise, leva à conclusão de que direitos fundamentais não são somente os positivados no texto constitucional, outros podem emergir a partir da interpretação dos próprios princípios constitucionais.

Os direitos fundamentais integram um sistema normativo que: (1) formula uma pretensão de correção; (2) consiste nas disposições de direitos fundamentais que integram a Constituição Federal de 1988, socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas infraconstitucionais estabelecidas em conformidade com a Constituição e com as disposições de direitos fundamentais, para garantir sua efetivação/concreção⁷⁵; que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas; (3) os princípios de direitos fundamentais e os argumentos normativos dos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação destes direitos para satisfazer a pretensão de correção.

⁷⁴ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁷⁵ O legislador não pode pretender revogar a norma que tipifica o crime de homicídio ou regula as ações possessórias, pois estaria fulminando a própria proteção do direito fundamental à vida e/ou à propriedade.

4. TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA JUSFUNDAMENTAL

4.1. Teoria da argumentação jurídica

O argumentar jurídico está presente no cotidiano do jurista, na prática jurídica, na formulação de pretensões deduzidas em juízo, nas defesas, nas sentenças judiciais e acórdãos, entre outros, atividade que vai sendo desenvolvida pragmaticamente sem uma consciência de que esta prática é objeto de estudo de uma teoria da argumentação jurídica.

Manuel Atienza afirma categoricamente que a prática do Direito consiste, fundamentalmente, em argumentar, sendo certo que a principal qualidade do bom jurista é a sua capacidade de construir e manejar argumentos, chamando a atenção para o fato de que muitos juristas sequer leram alguma obra sobre o assunto ou têm conhecimento sobre a existência de algo como uma “teoria da argumentação jurídica”⁷⁶.

Primeiramente, se faz necessário delimitar o tema tratado no presente trabalho, pois quando se fala em teoria da argumentação jurídica abre-se um campo muito extenso, já que ela abrange a argumentação na fase pré-legislativa, ou seja, argumentação jurídica que precede a formulação da própria lei, embora permeada por um caráter mais político do que jurídico, bem como na fase propriamente legislativa que assume um caráter mais técnico-jurídico. Contudo, a teoria da argumentação jurídica que será abordada neste trabalho se limita ao âmbito do processo judicial, com ênfase, sobretudo, na argumentação jurídica em direitos fundamentais contida em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, embora seja feitas referências, em alguns momentos, a decisões judiciais de um modo geral.

Robert Alexy, em sua obra “Teoria da argumentação jurídica”, no capítulo introdutório, inicia por dizer que não há mais credibilidade na afirmação de que a aplicação das normas jurídicas resume-se à submissão lógica às premissas maiores abstratamente formuladas. Também afirma que, em um grande número de casos, a decisão que encerra o litígio, enquanto norma individual, não é deduzida

⁷⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3º ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 17.

logicamente das normas jurídicas vigentes juntamente com as afirmações de fatos tidos por verdadeiros ou provados. Enumera, para tanto, quatro motivos para o problema apontado, quais sejam: linguagem imprecisa do Direito; a possibilidade de conflitos de normas; o problema da lacuna (falta de normas a regular o caso concreto); e a possibilidade de decisões contrária ao texto da lei⁷⁷.

A discussão sobre a fundamentação das decisões judiciais, que perpassa inevitavelmente pelo tema da argumentação jurídica, se mostra extremamente oportuna e atual no âmbito da dogmática jurídica na medida em que é se cumprindo cada vez mais regras de argumentação jurídica que se aumenta a possibilidade de formação de consensos fundados necessários à consolidação de um Estado Democrático.

As teorias da argumentação jurídica existentes não são poucas, e também não é nosso objetivo, e nem comportaria este trabalho, tratar de todas elas. É possível mencionar, por exemplo, a tópica de Theodor Viehweg, a nova retórica de Chäin Perelman, a lógica informal de Toumin, Joseph Esser, Luis Recaséns Siches, Neil MacCormick, entre outras.

Das teorias da argumentação mais discutidas e difundidas, atualmente, segundo Atienza⁷⁸, estão as teorias de MacCormick e de Robert Alexy, cuja ênfase, neste trabalho, será dada ao segundo autor, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais.

A teoria da argumentação jurídica em direitos fundamentais, nos termos propostos por Alexy, é uma complementação de seu trabalho anterior em que desenvolveu, com profundidade, a teoria da argumentação jurídica, ressaltando a teoria do discurso prático racional como teoria da fundamentação jurídica⁷⁹.

Alexy parte de uma teoria da argumentação prática geral projetando sua aplicação no campo do Direito, concluindo que o discurso jurídico, a argumentação jurídica, constitui um caso especial do discurso prático geral, isto é, do discurso moral.

⁷⁷ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19.

⁷⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3º ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 118.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy tem uma estrutura tridimensional na medida em que considera não somente uma dimensão normativa, que permite a distinção entre os bons e os maus argumentos, mas também uma dimensão analítica que penetra na estrutura dos argumentos; é também descritiva, pois leva em consideração elementos empíricos, embora o próprio autor assinale expressamente que sua pretensão é desenvolver uma teoria analítico-normativa do discurso jurídico.⁸⁰

Alexy toma como base teórica para o desenvolvimento de seu trabalho as teorias da ética analítica (Hare, Toulmin e Bier), a teoria do discurso de Habermas, a teoria da deliberação prática da escola de Earlangen e a teoria da argumentação de Perelman, além de transitar por outros autores importantes a exemplo de Austin e Wittgenstein, entre vários outros.

A maior contribuição para o desenvolvimento de seu trabalho foi, sem dúvida, a teoria do discurso de Habermas pela sua teoria consensual da verdade, que permite um conceito amplo de razão a sustentar que questões práticas podem ser decididas racionalmente, ou seja, por meio da razão, por força do melhor argumento, de uma vontade racional e um consenso justificado e fundado⁸¹.

A teoria da verdade de Habermas, conforme expõe Alexy, se contrapõe à teoria da verdade como correspondência, isto é, a correspondência entre enunciados e fatos. Para Habermas só se pode atribuir um predicado a um objeto se, também, qualquer um que pudesse entrar em discussão com ele atribuísse o mesmo predicado ao mesmo objeto. É necessário referir-se ao juízo dos outros para distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos⁸². A condição para a verdade das proposições é, portanto, o acordo potencial dos participantes da discussão.

Segundo Alexy, Habermas afirma, em sua teoria da verdade consensual, que as expressões normativas, como ordens e valorações, podem ser fundamentadas da mesma maneira que as proposições empíricas, porém, não serão verdadeiras ou falsas, mas corretas ou incorretas⁸³.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 31.

⁸¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Tradução: Maria Cristina Gumarães Cupertino. 3º ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 160.

⁸² *Ibidem*, p. 161.

⁸³ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 107.

Se para a teoria da verdade como correspondência um enunciado (juízo, proposição ou asserção) só pode ser chamado de verdadeiro se existe um estado de coisas expresso pelo enunciado (estado de coisas como representativo de um fato), a verdade é definida, portanto, como a correspondência entre o enunciado e o fato⁸⁴. Contudo, Habermas questiona “o que é um fato?”.

Habermas, conforme menciona Alexy, afirma que fatos não são os “eventos do mundo da vida” que podem ser presenciados, ouvidos ou vistos, mas sim o enunciado desses eventos, quando verdadeiros, ou seja, enunciados dependem essencialmente da linguagem; não são, como os objetos, algo do mundo⁸⁵.

Se a teoria da verdade como correspondência estivesse correta, o fato deveria corresponder ao evento, ao passo em que, não sendo assim, ela passa a depender ou se limita ao âmbito da linguagem. Em última análise, revela-se uma incoerência, na medida em que as proposições deveriam ser regidas pelos fatos e não o contrário⁸⁶. Para ser adequada, portanto, uma teoria da verdade deve, sim, adequar-se a uma duplicidade interior do conceito de fato, significando que os fatos, se por um lado dependem da linguagem, por outro, deles dependem os enunciados quanto à sua verdade, o que somente pode ser atendido por uma teoria consensual da verdade⁸⁷.

Para Alexy, Habermas entende como verdade a pretensão de validade ligada aos atos de fala constatativos, ou seja, uma proposição é verdadeira se forem justificadas a pretensão de validade dos atos de fala com os quais se afirmam qualquer proposição por meio do uso de enunciados.

Em resumo, a verdade de uma proposição depende da fundamentação dessa proposição (pretensão de validade) e não o contrário, de modo que o conceito de verdade foi transferido do nível da semântica para o nível da pragmática⁸⁸, ou seja, a verdade não está mais na relação semântica entre o enunciado e o objeto do mundo da vida ou o evento dado à percepção sensível, mas, no discurso de justificação com que se sustenta a veracidade da pretensão de validade.

⁸⁴ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.108.

⁸⁵ *Ibidem*, p.109.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 109.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 110.

Com isso, Alexy quer mostrar que dois objetivos seriam alcançados: mostraria que a verdade não resultaria de uma relação problemática entre o enunciado e o mundo e, num segundo momento, haveria um avanço importante na equiparação de proposições normativas e não normativas no que se refere à sua capacidade de verdade⁸⁹.

Alexy, portanto, procura ir além de Habermas para tentar justificar a possibilidade de haver enunciados fundamentados de proposições normativas, designados como “fatos normativos”, ilustrando com o seguinte exemplo: “Assim como o enunciado “a neve é branca” pode corresponder ao fato de que a neve é branca, da mesma forma o enunciado “x é devido” pode corresponder ao fato de que “x é devido”⁹⁰.

4.1.1 Distinção entre ação e discurso

É importante compreender a distinção feita por Habermas entre ação e discurso, já que ele enquadra a teoria dos atos de fala em uma teoria geral da comunicação.

Ações são jogos de linguagem cujas pretensões de validade presentes nos atos de fala são reconhecidas tacitamente. No discurso, por outro lado, as pretensões de validade que se tornam problemáticas passam a ser objeto de investigação em que se analisa sua fundamentação⁹¹. Como tema desta comunicação, a experiência com os objetos do mundo, consistentes na troca de informações sobre estas experiências, pode ser objetiva ou subjetiva. É objetiva quando as ações apoiadas nela são bem sucedidas. Por sua vez, se é questionada a veracidade da proposição utilizada na transmissão da proposição, abandona-se o âmbito da ação e ingressa-se no âmbito do discurso⁹².

Dentre os problemas que podem ser levantados na relação entre ação e discurso é o da simples proposição observacional. Numa proposição “a bola é vermelha” é possível invocar imediatamente a experiência correspondente para, ao menos em caso como estes, a verdade estaria na relação entre proposição e mundo

⁸⁹ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 110.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 110.

⁹¹ *Ibidem*, p. 111.

⁹² *Ibidem*, p. 111.

independentemente de argumentação, cuja distinção entre ação e discurso restaria supérflua.

Alexy refuta esta objeção com apoio em Popper para o qual mesmo o enunciado básico, como o referido, não é firme, fundamentável com segurança mediante a experiência, pois, enquanto enunciado, tem base em signos gerais (predicados) que, como tais, são dependentes das teorias e, portanto, mostram-se hipotéticos. Sendo assim, mesmo os enunciados básicos carecem de acordo e de comprovação discursiva. Dessa forma, mesmo a palavra “vermelho” depende de uma teoria de cores, onde se chega a conclusão de que “um fato” é o que expressa uma proposição que pode ser fundamentada discursivamente.⁹³

4.1.2. Justificação das proposições normativas

Segundo Alexy, a conclusão de que a verdade de uma proposição não consiste na simples relação dela com o mundo é um argumento a favor da tese de que as proposições normativas são suscetíveis de verdade, mas é preciso ir além.

Ele procura mostrar que é possível distinguir, no contexto de uma teoria consensual, as asserções justificadas das não justificadas, os argumentos válidos dos inválidos ou a transição justificada ou não justificada de proposições de fato (G) a proposições normativas (N), sendo uma condição para isso a possibilidade de se elaborar regras que permitem formular essas distinções⁹⁴.

Essa questão remete a Habermas, segundo o qual quatro pretensões de validade reconhecidas mutuamente são pressupostos para um jogo de linguagem bem sucedido, sendo a inteligibilidade da expressão, a verdade do seu conteúdo, a correção ou adequação de seu conteúdo performativo e a veracidade do falante. Qualquer ato de fala supõe a inteligibilidade. Nos atos constatativos, a pretensão é de verdade. Nos regulativos, como ordens, propostas e promessas, a pretensão é de correção. Já quanto aos atos de fala que expressam intenções e atitudes do falante, a pretensão é de veracidade⁹⁵.

⁹³ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 111-112.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 113.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 113.

Para Habermas, a pretensão de veracidade não pode ser resolvida discursivamente, já que a sinceridade de um falante só pode ser aferida por meio de seus atos. Por outro lado, só pode ser resolvida discursivamente a pretensão de correção ou adequação implícita dos atos de fala regulativos bem como a verdade implícita nos atos de fala constatativos⁹⁶.

Alexy conclui, dessa forma, que juízos de valor e de dever se equiparam aos juízos empíricos no que tange à capacidade de verdade, ou seja, à possibilidade de verdade dos fatos normativos (X é devido).

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy se apoia, fundamentalmente, como visto, na teoria do discurso de Habermas e pode ser caracterizada como uma teoria do procedimento, que diz respeito ao discurso prático, o que significa que um enunciado normativo é correto apenas se pode ser resultado de um procedimento “P”⁹⁷. Sua vantagem está na facilidade de fundamentação de suas regras, que são procedimentais, o que não ocorre com as regras morais materiais; a desvantagem está na possibilidade deste procedimento ser compatível com uma variedade de resultados, no âmbito de um amplo espaço do discursivamente possível⁹⁸.

Para sanar essa deficiência Alexy propõe a associação entre as teorias morais e a teoria do discurso, o que é possível no âmbito de um modelo procedimental em quatro níveis: (1) discurso prático geral; (2) o processo legislativo; (3) discurso jurídico; (4) processo judicial⁹⁹.

Como o procedimento do discurso prático geral, isoladamente, é compatível com resultados diversos, se torna necessário o procedimento do segundo nível, o processo legislativo, como procedimento institucional de criação do direito, onde não somente se argumenta, mas também se decide, composto pelo sistema de regras que garante um grau significativo de racionalidade prática e é passível de fundamentação no âmbito do primeiro nível, embora ainda não seja suficiente. O terceiro nível, o do discurso jurídico, se torna necessário. Não é um procedimento institucionalizado, assim como o primeiro, mas contém elementos importantes de vinculação (lei, precedentes e dogmática), o que reduz consideravelmente as

⁹⁶ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 113.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 78.

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 549.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 550.

incertezas do resultado do discurso prático geral. Por fim, é preciso combinar o procedimento do quarto nível, o do processo judicial, que do mesmo modo que o processo legislativo, é institucionalizado e nele não somente se argumenta, mas também se decide. A racionalidade dos resultados deste procedimento pressupõe que suas regras e sua execução satisfaçam os requisitos dos três primeiros procedimentos¹⁰⁰.

A teoria do discurso racional procura dar uma resposta ao “Trilema de Münchhausen” segundo o qual quando se pretende fundamentar uma proposição por meio de outra proposição, ou haverá um retorno ao infinito, ou será necessário renunciar à fundamentação substituindo-a por uma decisão da qual não se tem que fundamentar. A arbitrariedade desta decisão seria transferida a toda fundamentação que dependesse dela. A não interrupção da argumentação levaria, por sua vez, ao argumento circular¹⁰¹.

A saída, encontrada por Alexy, para o problema proposto foi a substituição da exigência de fundamentação para cada proposição por uma série de exigências na atividade de fundamentação, as quais podem ser formuladas como regras do discurso racional, cujo cumprimento garante que o resultado seja racional, embora não assegure a certeza definitiva de todo o resultado. Referidas regras não se referem apenas às proposições, mas também ao comportamento do falante, o que implica dizer que não se trata apenas de regras semânticas, mas também pragmáticas¹⁰².

Para a fundamentação das regras do discurso abrem-se quatro vias possíveis. A primeira consiste em considera-las como regras técnicas, ou seja, regras que prescrevem meios para conseguir determinados fins, sendo este o caminho seguido pela escola de Erlangen, à qual pertencem autores como Lorenzen e Schwemmer, que sustentam a ideia de que o fim almejado é a eliminação não violenta do conflito. A segunda via é a fundamentação empírica que consiste em mostrar que determinadas regras vigoram de fato ou que os resultados produzidos por determinadas regras correspondem às convicções normativas realmente existentes. A terceira via, que cruza com as anteriores, é a da

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 550-551.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 178-179.

¹⁰² *Ibidem*, p. 179.

fundamentação definitiva, e consiste em analisar as regras que definem um jogo de linguagem, uma certa práxis, e aceitá-las como critério. O relevante é que a apresentação do sistema de regras deve ser vista como a fundamentação, o motivo da aceitação. Por derradeiro, com a quarta via, tem-se a fundamentação pragmático-transcendental, ou pragmático-universal que consiste em mostrar que a validade de determinadas regras é condição de possibilidade da comunicação linguística. Para Alexy, é aceitável uma variante fraca desse modo de fundamentação que consiste em mostrar que a validade de determinadas regras é constitutiva da possibilidade de determinados atos de fala; se renunciarmos a estes atos de fala, abandonamos formas de comportamento especificamente humanas. Desse modo, conclui que a classificação adotada não se esgota nas quatro formas de fundamentação apresentada, havendo outros métodos, porém, nenhum modo de fundamentação é isento de pontos frágeis¹⁰³.

Na fundamentação técnica é de se pressupor fins não justificados; o método empírico toma a práxis existente como medida do racional; o definitivo é, sobretudo, arbitrário e o pragmático-universal serve para fundamentar um número reduzido de regras. Porém, cada um dos métodos é dotado de um aspecto importante de modo que é preciso combiná-los. Por fim, as regras de como devem ser aplicados em particular cada método hão de ser deixadas nas mãos dos próprios participantes¹⁰⁴.

4.1.3. As regras e formas do discurso prático geral

O primeiro grupo de regras do discurso prático racional é denominado por Alexy de “regras fundamentais”, cuja validade é condição de possibilidade de qualquer comunicação linguística em que se trate de verdade ou de correção. Estas regras são assim descritas por Alexy¹⁰⁵:

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se;
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita;

¹⁰³ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 180-185.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 180-185.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 287-293.

- (1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes;
- (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados;

A regra da razão (1.1) remete às regras da lógica, a qual deve ser aplicada, também, às proposições normativas, neste caso, a lógica deôntica. A regra (1.2) assegura a sinceridade da discussão e é constitutiva de toda comunicação linguística¹⁰⁶. A regra (1.3) refere-se ao uso de expressões por um falante, à sua coerência. Aplicada a expressões valorativas significa que todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria em todas as situações que considere iguais em todos os aspectos relevantes. A regra (1.4) assemelha-se à regra (1.3), porém, refere-se a diversos falantes o que exige uma comunidade de uso da linguagem¹⁰⁷.

4.1.4. As regras de razão

Esse segundo grupo de regras que Alexy denomina regras de razão definem as condições mais importantes para a racionalidade do discurso.

É possível considerar a primeira destas regras como “regra geral de fundamentação”, ao passo que nas outras três estão contidos os requisitos da situação ideal de fala ou de diálogo, tal como formulado por Habermas, ou seja, igualdade de direitos, universalidade e não coerção. No âmbito das discussões práticas elas podem ser cumpridas sempre de forma aproximada; tais regras definem um ideal de que se deve aproximar por meio da prática e de medidas organizacionais¹⁰⁸.

Tais regras Alexy as formula no seguinte sentido:

¹⁰⁶ Assegura a sinceridade da discussão. Sem esta regra não seria possível sequer mentir, pois se não se pressupõe nenhuma regra que exija sinceridade, não é concebível o engano. (ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 188).

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 189.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 192-193.

(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que se afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação;

(2.1) Quem pode falar pode tomar parte no discurso;

(2.2) a) Todos podem problematizar qualquer asserção; b) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; c) todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.

(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso¹⁰⁹.

4.1.5. Regras sobre a carga da argumentação

A regra (2.2) utilizada imoderadamente, que permite a qualquer um problematizar qualquer afirmação, pode bloquear a argumentação, especialmente porque as regras anteriores não regulam a carga da fundamentação para o perguntador ou para aquele que suscita dúvidas. Três regras de distribuição da carga da argumentação resultam das regras de universalidade (1.3) e de fundamentação (2). Referidas regras são assim formuladas¹¹⁰:

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo;

(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso;

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 191.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 193.

(3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos;

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades, que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior, tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação¹¹¹.

4.1.6. As formas de argumentos

A compreensão das formas de argumentos e, principalmente, da estrutura dos argumentos que será vista no contexto de justificação interna requer conhecimentos, ainda que básicos, de lógica formal.

Este trabalho não comporta o desenvolvimento detalhado deste tema, porém, para que as formulas utilizadas não fiquem totalmente incompreensíveis ao leitor desacostumado ao tema da lógica, tentaremos esclarecer alguns pontos básicos.

Com apoio nas lições de Lourival Vilanova podemos dizer que a experiência das estruturas lógicas tem como ponto de partida a experiência da linguagem. Esta funciona em várias direções, expressando estados interiores do sujeito ou situações e objetos que compõem a textura do mundo externo, na forma de proposições, ou seja, asserções de que algo é algo e/ou de que tal objeto tem a propriedade tal, expressões estas que são suscetíveis de valores (verdade/falsidade) e verificáveis empiricamente pelo sujeito cognoscente¹¹².

As estruturas lógicas valem como condição formal *a priori* da possibilidade de qualquer conhecimento de objetos, ou seja, valem antes mesmo do próprio conhecimento, pois se trata de leis não empíricas, mas, leis puramente formais. A validade independe da correção gramatical e da verdade empírica, de modo que a experiência dos objetos concretos (árvore, verde, etc) é substituído por símbolos lógicos substituíveis por qualquer conceito específico. Deste modo, obtém-se

¹¹¹ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 194-195.

¹¹² VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4º ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 3.

esquemas do tipo “x é uma árvore”, ou “x é P” (P é um predicado qualquer), que uma vez articulados podem gerar formas do tipo: “Se todo M é P e S é M, então S é P”. Portanto, nada dizem de específico na medida em que são compostos de variáveis e de constantes, cujos símbolos são substituíveis por qualquer objetos de um domínio qualquer, e de símbolos que exercem funções operatórias definidas, fixas, invariáveis¹¹³.

A lógica, sempre formal, não se interessa pelo conteúdo significativo do enunciado; os conteúdos concretos entram na estrutura do argumento inferencial como meros exemplos, como, por exemplo, “todo homem é mortal”/“Sócrates é homem”/“Sócrates é mortal”¹¹⁴.

As formulas e símbolos lógicos utilizados neste trabalho estão de acordo com as fórmulas e símbolos utilizados por Robert Alexy nas obras citadas indicadas neste trabalho. Mas isto não deve, por si só, aumentar a dificuldade de compreensão, na medida em que, como já foi dito, os símbolos lógicos são meramente formais, assim, por exemplo, uma expressão “ $Sx \rightarrow P$ ” pode ser escrita, como na obra de Alexy, “ $Tx \rightarrow ORx$ ”¹¹⁵.

Retornando ao tema do trabalho, o quarto grupo de regras é composto pelas formas de argumentos características do discurso prático, considerando que o objeto imediato deste discurso são as proposições normativas singulares (N). Alexy entende que há duas maneiras principais de fundamentar tais enunciados em que, primeiro, deve-se tomar como referência uma regra (R) tida como válida e, na segunda, assinalando-se as consequências (F, de folge = consequência)¹¹⁶.

Há uma importante semelhança na estrutura destas duas maneiras de fundamentar. Quem invoca uma regra como razão pressupõe um enunciado (T, de tatsache = caso concreto) como verdadeiro, o qual descreve características de pessoas, ação ou estado de coisas ou acontecimentos. Por sua vez, uma asserção sobre consequência deduzida como razão para (N) também depende de uma regra

¹¹³ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4^o ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 6-9.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 15.

¹¹⁵ O significado dos símbolos lógicos está contido no anexo a este trabalho.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 195.

que determine que a consequência é obrigatória ou boa. Portanto, pressupõem-se sempre uma regra que estabeleça que algo é uma razão para alguma outra coisa¹¹⁷.

Com isso, tem-se duas formas de argumentos:

$$\begin{array}{ccc} (4.1) & T & (4.2) & F \\ & R & & R \\ & \overline{N} & & \overline{N} \end{array}$$

Manuel Atienza menciona dois exemplos de aplicação destas formas de argumento¹¹⁸:

<p>A mentiu Mentir é mau</p> <hr style="width: 100%;"/> <p>A agiu mau</p>	<p>Ao mentir, A causou sofrimento desnecessário Causar sofrimento desnecessário é mau</p> <hr style="width: 100%;"/> <p>A agiu mau</p>
---	--

Estas formas de argumentos são subformas da forma geral assim expressa¹¹⁹:

$$\begin{array}{c} (4) \ G \\ \quad R. \\ \quad \overline{N}. \end{array}$$

Em relação às formas (4.1) e (4.2), havendo disputa sobre se (T) é verdadeiro ou se F é, de fato, a consequência da ação questionada, é possível desenvolver um discurso teórico. Todavia, se recair a disputa sobre (R), esta pode ser justificada indicando-se o estado de coisas que decorre de sua exigência (Zr), ou indicando o estado de coisas futuro que se produzirá se (R) for seguida (Zf). Segue-se que, tanto no caso de (Zr) como no caso de (Zf), deve-se falar de consequências da regra (Fr).

¹¹⁷ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 196.

¹¹⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Tradução: Maria Cristina Gumarães Cupertino. 3º ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 168.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 196.

Desse modo, para justificar (R) por meio de (Fr) pressupõe uma regra (R') que afirme ser (Fr) uma razão da (R). Também é possível uma regra adicional (R') que exija (R) sob uma condição (T')¹²⁰.

Duas são as formas de argumento de segundo nível, sendo subformas de (4):

$$(4.3) \frac{Fr}{R'} \quad (4.4) \frac{T'}{R'}$$

Como a aplicação de regras diferentes, em cada caso, pode levar a resultados incompatíveis entre si, faz-se necessário decidir qual fundamentação deve ter prioridade a partir de regras que Alexy denomina de “regras de prioridade”.

As regras de prioridade dividem-se em dois grupos; regras que têm preferência sobre qualquer outra e regras cuja preferência depende de determinadas condições (C), sendo (P) uma relação de preferência entre duas regras. Estas regras na formulação de Alexy adotam as seguintes formas¹²¹:

$$(4.5) R; PR \square \quad R \square' PR' \square$$

$$(4.6) (R \square PR \square) C \text{ ou } (R' \square PR' \square) C$$

Registra o autor, ainda, que havendo conflito entre regras de prioridade, será necessário recorrer às regras de prioridade de segundo nível, tal como nas formas (4.3) e (4.4)¹²².

4.1.7. As regras de fundamentação

Como as formas de argumento (4.1) a (4.6) ainda deixam um campo vasto para a indeterminação é preciso seguir na tarefa de buscar novas regras para a fundamentação das referidas formas. Desse modo, se faz necessário um novo grupo de regras que Alexy denomina de “regras de fundamentação”, as quais determinam diretamente o conteúdo das proposições e regras a fundamentar.

¹²⁰ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 196.

¹²¹ *Ibidem*, p. 198.

¹²² *Ibidem*, p. 198.

No primeiro grupo destas novas regras, são três as variantes do princípio de generalidade, com base nas versões de Hare, Habermas e Baier¹²³.

Com base no princípio da universalidade de Hare (1.3'¹²⁴), tem-se a seguinte formulação:

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas;

Com o princípio de generalidade habermasiano, que não parte das concepções normativas do falante, mas das opiniões comuns obtidas no discurso, chega-se à seguinte formulação (consenso):

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.

A terceira regra resulta do princípio da publicidade de Baier, e é assim formulada:

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.

Com as regras formuladas (5.1.1) a (5.1.3) ainda não se tem segurança na obtenção de um acordo racional em cada caso. É necessário, para se ganhar racionalidade, um novo grupo de regras as quais inspiradas nas ideias de Habermas, detalhadas por Lorenzen e Schwemmer, que consiste no programa da gênese crítica. Visa garantir a racionalidade das regras por meio de sua gênese

¹²³ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 200.

¹²⁴ (1.3) refere-se à coerência do falante. Quando aplicado à expressões valorativas adquire a seguinte formulação: (1.3') Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos. (Ibidem, p. 189).

social e individual que Alexy denomina de “argumento genético”, formulando-as no seguinte sentido¹²⁵:

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-críticas.

Uma regra não faria esta prova se:

- (a) Se originalmente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou;
- (b) Se originalmente não se pode justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes;

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual;

Isto ocorre se a regra estabeleceu-se apenas com base em condições de socialização não justificáveis¹²⁶.

Como o discurso prático tem por objetivo resolver questões práticas a última regra deste grupo, cuja aplicação requer um conhecimento empírico considerável, é assim formulada:

(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.

Como nos discursos práticos podem surgir problemas que não podem ser resolvidos com os meios da argumentação prática, como por exemplo, questões de fato, problemas linguísticos, se faz necessária a possibilidade de passar às outras

¹²⁵ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 201.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 202.

formas de discurso. Estas possibilidades são garantidas pelas “regras de transição”, as quais são assim formuladas¹²⁷:

(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico);

(6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem;

(6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso;

Em relação a (6.1), as regras de presunção racional são necessárias quando o conhecimento empírico for insuficiente para alcançar a certeza desejável¹²⁸.

4.1.8. Os limites do discurso prático geral e o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral

As regras e formas de argumentos já indicados, ainda que sejam seguidas, não garantem que se alcance um acordo racional nas questões práticas, ou seja, com elas não é possível solucionar todos os problemas de conhecimento. Isso se deve ao fato de que as regras de razão (2.1) e (2.3) se cumprem parcialmente; nem todos os passos da argumentação estão determinados; que todo discurso tem que partir de concepções normativas historicamente dadas, porém, mutáveis¹²⁹.

No âmbito do discursivamente impossível ou no âmbito do discursivamente necessário, tais regras podem fundamentar-se por meio das regras do discurso. O problema surge quando se está no âmbito do “discursivamente possível” em que se pode fundamentar duas proposições normativas ou regras incompatíveis que ensejam duas soluções contraditórias. Outro problema surge pela falta de vinculação

¹²⁷ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 203.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 203.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 203-204.

das regras do discurso, ou seja, ainda que o acordo fosse alcançado, não significa que todos estariam dispostos a cumprir ou seguir.

Por isso, esta limitação do discurso prático geral justifica a necessidade de regras jurídicas, com sua dimensão normativa e que se impõem por si mesmas em relação a todos que não estejam dispostos a cumpri-las voluntariamente¹³⁰. Com isso, passa-se a transição para o “discurso jurídico”.

Alexy defende a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Entende que a distinção fundamental entre argumentação prática geral e argumentação jurídica é que esta última vincula-se ao direito vigente, o que enseja certas limitações. A forma mais livre é a discussão realizada na ciência do direito e a mais limitada é aquela que ocorre no processo judicial, regulada por regras processuais que impõem limitações temporais, distribuição desigual de papéis e as partes podem orientar-se de acordo com seus interesses, de modo que não buscam uma sentença correta ou justa¹³¹.

O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral por três razões: (1) as discussões jurídicas se referem a questões práticas, ou seja, a questões sobre o que pode ser feito ou omitido; (2) nestas discussões há uma pretensão de correção (justiça); (3) tais discussões, também, se fazem condicionado a limitações.

A questão central, para Alexy, é que no discurso jurídico não se objetiva que um enunciado afirmado seja só racional, mas sim que ele possa ser fundamentado racionalmente à luz do ordenamento jurídico vigente¹³².

Portanto, o procedimento do discurso jurídico, por um lado, é regido pelas regras do discurso prático geral e, por outro, pelas regras e formas específicas do discurso jurídico que, resumidamente, é caracterizada pela sujeição à lei, aos precedentes e a dogmática.

4.1.9. Traços fundamentais da argumentação jurídica

¹³⁰ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 204-205.

¹³¹ *Ibidem*, p. 210.

¹³² *Ibidem*, p. 212.

Nos discursos jurídicos busca-se a justificação de decisões jurídicas, que são formas especiais de proposições normativas. Nesta justificação podem-se distinguir dois aspectos: a justificação interna e a justificação externa.

O contexto de justificação interna está associado ao que se tem denominado de “silogismo jurídico”, o que remete à aplicação dos métodos da lógica formal. A forma mais simples é estruturada da seguinte forma:

$$\begin{array}{l} \text{(J.1.1)} \quad .(1) (x) (Tx \rightarrow ORx) \\ \quad \quad \quad .(2)Ta \\ \quad \quad \quad (3)Ora \quad (1) . (2) \end{array}$$

“T” é um predicado representativo de um caso concreto de normas como propriedade de pessoas. Assim, por exemplo, “todo aquele que matar alguém” exprime um estado de coisas que pode ser representado por “Tx”.

“O” é um operador deôntico geral utilizado pela lógica deôntica para expressar os modais deônticos no âmbito daquilo que é obrigatório, proibido ou permitido. “R” é um predicado que exprime o que o destinatário da norma tem de fazer ou da relação jurídica que se estabelece. As letras “x” e “a” simbolizam, respectivamente, uma forma variável e uma constante de indivíduo. Assim, podemos dizer que “x” é uma variável que pode ser substituída, no caso concreto, por “a”. Desse modo, a expressão Tx (todo aquele que matar alguém) representa um enunciado abstrato, ao passo que Ta (Caim matou Abel) representará o caso concreto.

Os pontos antes das linhas, à esquerda, expressam que essas premissas não são derivadas de nenhuma outra premissa da dedução. Os números à direita da última linha expressam que essa linha resulta logicamente das premissas mencionadas. (1) reproduz a formulação de uma norma; (2) a descrição de um fato e (3) uma sentença concreta que expressa um dever ser jurídico¹³³.

Além desta regra, Alexy formula outras duas como concreção do princípio de universalidade¹³⁴:

¹³³ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: Estudo para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2010, p. 22.

¹³⁴ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 193, p. 220-221.

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal;

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal junto a outras proposições.

Por sua vez, (J.1.1) não é suficiente para resolver os casos complicados que não permitem a inferência direta dos fatos hipotéticos; quando é exigido complementação por outras normas jurídicas; quando são possíveis várias consequências jurídicas ou quando são admitidas várias interpretações na formulação da norma¹³⁵.

Deste modo, é preciso a formulação de novos passos de desenvolvimento, ou seja, o estabelecimento de novas regras para o uso do predicado “T”, as quais foram formuladas da seguinte forma por Alexy:

- (J.1.2) . (1) (x) (Tx → ORx)
 . (2) (x) (M¹x → Tx)
 . (3) (x) (M²x → M¹x)
 .
 .
 .
 . (4) (x) (Sx → M□x)
 . (5) Sa
 . (6) ORa (1) (5)

Para ilustrar a aplicação destas regras, procuramos um exemplo real, uma situação concreta verificada no direito brasileiro.

O sujeito “A”, sócio administrador de uma empresa no Brasil, foi incluído no polo passivo de uma execução fiscal como responsável tributário, a pedido da Procuradora da Fazenda Nacional, por débitos da pessoa jurídica, posto que, mediante diligência do oficial de justiça, este certificou nos autos que não localizou bens de propriedade da empresa, bem como que esta não está localizada no endereço para o qual obteve inscrição e constante de seus cadastros, por isso, sob tal argumento, presumir-se-ia ter havido a dissolução irregular da empresa, o que

¹³⁵ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 221.

autoriza a responsabilidade pessoal nos termos do que dispõe o art. 135 do Código Tributário Nacional¹³⁶.

Neste caso, o juiz deveria decidir se seria o caso de deferir o pedido formulado pela exequente para a inclusão do sócio no polo passivo da execução fiscal.

A norma poderia ser formulada da seguinte forma:

(1) (x) (Tx → ORx).

“T” pode ser definido a partir do enunciado do artigo 135 do Código Tributário Nacional que estabelece os pressupostos necessários à responsabilidade pessoal de sócios, gerentes, diretores etc, por débitos da pessoa jurídica, os quais são: atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto, o que resulta em quatro características ou regras para o uso de “T”: (2) (x) (M¹x ...Mⁿx) (N = 4)¹³⁷.

Tem-se, assim, (3) (x) M¹x...Mⁿx → ORx).

A regra (3) define que, ocorrida umas das características, opera-se a consequência jurídica ORx, no caso, a responsabilidade pessoal pelo crédito tributário. Para o caso ilustrado, tem-se o seguinte:

(4) (x) (M²x → ORx)¹³⁸

De acordo com o entendimento firmado por nossos tribunais¹³⁹, a dissolução irregular da empresa e a ausência de bens para a satisfação da obrigação tributária, que caracteriza infração à lei civil, autoriza o redirecionamento da execução fiscal para a pessoa física dos sócios, alcançando seu patrimônio pessoal.

Segue-se, portanto, a regra M²:

¹³⁶ Lei 5.172/1966: Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com **excesso de poderes ou infração de lei**, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

¹³⁷ Esta fórmula “N=4” foi utilizada tão somente porque não foi encontrado no Word o símbolo M com expoente de número 4, representativo das quatro características referidas no exemplo. Então, utilizamos o expoente “n” e atribuímos a ele o número 4.

¹³⁸ M² pelo fato de que o segundo pressuposto é a infração de lei, conforme *caput* do art. 135 do CTN.

¹³⁹ Súmula 435 do STJ: Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

(5) (x) ($M^{2'}x \leftrightarrow M^2x$), ou seja, a dissolução irregular da empresa configura infração de lei.

É possível, ainda, estabelecer uma regra para o uso de M^2 , pois não se infere da lei em que momento ocorre a dissolução irregular da empresa, o que dá ensejo à regra $M^{2'}$:

(6) (x) ($M^{2''}x \leftrightarrow M^2x$)

Ou seja, é possível extrair dos precedentes judiciais que a certidão do oficial de justiça atestando que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da Junta Comercial é presunção da dissolução irregular, o que autoriza o redirecionamento da execução fiscal para a pessoa dos gestores da pessoa jurídica.

Dessa forma, fica evidente que alguém que seja sócio de uma sociedade de responsabilidade limitada pode responder pessoalmente pelas obrigações tributárias contraídas pela pessoa jurídica se ficar caracterizado ao menos o indício de dissolução irregular da empresa, que se presume com a certidão do oficial de justiça certificando que a devedora não mais funciona no endereço constante de seus assentamentos cadastrais.

Neste caso, há de se aceitar que “A” dissolveu irregularmente a sociedade:

(7) (x) ($Sx \rightarrow M^{2''}x$)

Tem-se, portanto, o pressuposto de fato:

(8) Sa

De (1) (8)

(9) ORa

É importante deixar claro que, na justificação interna, a questão não é a correção das premissas utilizadas para a fundamentação de (9), pois este é o papel da justificação externa. O importante é compreender a estrutura utilizada no exemplo que serviu de ilustração.

Alexy, em complementação à regra (J.1.1), acrescenta a seguinte regra de justificação interna, utilizada no exemplo¹⁴⁰:

(J.2.3) Sempre que houver uma dúvida se A é um T ou M¹, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

(J.1.2)¹⁴¹, por sua vez, como é simplificada e geral é preciso ser complementada com as seguintes regras¹⁴²:

(J.2.4) são necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.

As regras de justificação interna, que revelam a estrutura formal da fundamentação jurídica, tem papel fundamental na argumentação jurídica, na medida em que é capaz de explicitar as premissas que não são extraídas do direito positivo, ou seja, revelam a parte criativa na aplicação do direito.

Justificar tais premissas é tarefa da justificação externa¹⁴³.

O contexto de justificação externa, para Alexy, apresenta-se de três tipos: (1) regras de direito positivo; (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem regras de direito positivo e nem enunciados empíricos.

¹⁴⁰ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 224.

¹⁴¹(J.1.2) . (1) (x) (Tx → ORx); . (2) (x) (M¹x → Tx); . (3) (x) (M²x → M¹x).

¹⁴²ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 224-225.

¹⁴³*Ibidem*, p. 226-228.

Em relação às regras de direito positivo, a fundamentação está na demonstração de sua validade conforme os critérios de validade do ordenamento jurídico. Enunciados empíricos, por sua vez, justificam-se de acordo com os métodos das ciências empíricas, as máximas da presunção racional e as regras do ônus da prova no processo. Por sua vez, quando não se trata da validade de uma norma ou de uma afirmação de fato, ingressa-se concretamente no campo da argumentação jurídica, o que requer as formas e regras da justificação externa¹⁴⁴, como, por exemplo, nos casos em que se está diante de juízos de valor ou de finalidade, bem como quando é necessária a ponderação de bens e princípios.

Para o contexto de justificação externa, Alexy apresenta seis grupos de regras e formas: (i) interpretação; (ii) argumentação dogmática; (iii) uso dos precedentes; (iv) argumentação prática geral; (v) argumentação empírica e (vi) formas especiais de argumentos jurídicos¹⁴⁵.

No que se refere à **argumentação empírica (v)**, deve-se ressaltar sua importância tanto para a argumentação jurídica como para a argumentação prática geral, porém, Alexy não elabora forma específica para ela, valendo, neste caso, a regra (6.1): Para qualquer falante é possível, em qualquer momento, passar a um discurso teórico (empírico)¹⁴⁶.

Enunciados empíricos são de tipos variados, sobre fatos singulares, sobre ações concretas, motivos dos agentes, acontecimentos ou estados de coisas, regularidade das ciências naturais ou das ciências sociais, enunciados sobre ações, acontecimentos ou estado de coisas passado, presentes e futuros, enunciados que podem corresponder a diversas áreas da ciência (economia, sociologia, psicologia, medicina, etc). O problema da falta de certeza desejável, que ocorre com frequência em relação ao acontecimento empírico no discurso jurídico ou no discurso prático geral, é necessário recorrer às regras da presunção legal¹⁴⁷. Tomemos como exemplo o caso prático já citado no trabalho, da dissolução irregular da empresa para efeitos de responsabilização dos sócios. De acordo com a súmula 435 do STJ, basta que a empresa deixe de funcionar no endereço de seu domicílio fiscal sem informar ao órgão competente para que considerada dissolvida irregularmente,

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 228.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 229-230.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 230.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 230-231.

independentemente de ter encerrado, efetivamente, suas atividades. Com esta presunção o fisco fica livre do encargo de investigar, buscar e apurar o verdadeiro estado da empresa, a condição real, empírica, o que seria custoso e poderia tornar-se inviável a responsabilização dos sócios.

No âmbito dos **cânones da interpretação (i)** as formas de argumento segue a seguinte estrutura:

- (J.1.2') . (1) $(Tx \rightarrow ORx)$ (R)
 . (2) $(Mx \rightarrow TX)$ (W)
 . (3) Ma
 . (4) ORa (1) (2)

A partir da regra (1), a regra R, e de (2), a regra de uso das palavras W, segue-se R': (2') $(Mx \rightarrow ORx)$. Ou seja, R' é a interpretação de R através de W $(I \square w)$ ¹⁴⁸.

A fundamentação destas interpretações, ou seja, da passagem de R à R' é uma das tarefas mais importantes dos cânones, embora suas funções não se esgote aí. Alexy divide os cânones em seis grupos (1) interpretação semântica; (2) genética; (3) histórica; (4) comparativa; (5) sistemática e (6) teleológica.

O argumento semântico possui três formas¹⁴⁹:

- (J.3.1) R' deve ser aceita como interpretação de R com base em $W \square$;
 (J.3.2) R' não pode ser aceita como interpretação de R, pois não rege nem $W \square$ nem $W \square$;
 (J.3.3) É possível aceitar R' como interpretação de R, pois não regem nem $W \square$ nem $W \square$.

O argumento genético, por sua vez, justifica uma interpretação R' de R por corresponder à vontade do legislador. Há duas formas de interpretação genética:

- (J.4.1) . (1) R' (= $I \square w$) é querido pelo legislador.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 232.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 233.

(2) R'

(J.4.2) . (1) Com R o legislador pretende alcançar Z

. (2) $\neg R' (= I \square w) \rightarrow \neg Z$

(3) R'

Em ambos os argumentos R' não se segue logicamente das premissas mencionadas. Em (J.4.1) é uma razão para R' que o legislador deseje que R seja interpretado pela regra W (= $I \square w + R'$). Em (J.4.2) é uma razão para aplicar R que o legislador, com esta regra, persiga o fim Z, sendo este obrigatório¹⁵⁰.

Um exemplo de nosso ordenamento jurídico pode ser ilustrado com o enunciado dos art. 5º da Lei de introdução ao Código Civil¹⁵¹, interpretado, pelo Superior Tribunal de Justiça, no seguinte sentido:

“5. O ponto de partida, certamente, deve ser a letra da lei, não devendo, contudo, ater-se exclusivamente a ela. De há muito, o brocardo *in claris cessat interpretatio* vem perdendo espaço na hermenêutica jurídica e cede à necessidade de se **interpretar todo e qualquer direito a partir da proteção efetiva do bem jurídico, ainda que eventual situação fática não tenha sido prevista, especificamente, pelo legislador. Obrigação do juiz, na aplicação da lei, em atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum** (art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro). (...). (REsp 1315342 / RJ - RECURSO ESPECIAL - 2012/0057779-5 - DJe 04/12/2012)”

Interpretar todo e qualquer direito a partir da proteção efetiva do bem jurídico sem ater-se, exclusivamente, à letra da lei é um critério hermenêutico (regra) que se pode dizer querido pelo legislador e/ou pelo espírito da lei. Por sua vez, na aplicação da lei o juiz deve perseguir os fins traçados pelo legislador, no caso, os fins sociais e as exigências do bem comum.

A argumentação semântica e a genética são casos especiais da argumentação empírica, isto porque o que se busca é o estabelecimento de fatos

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 235.

¹⁵¹ DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942: Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

quanto à determinação da vontade do legislador, vontade de difícil perquirição, mas não deixa de ser importante,¹⁵² ou na especificação de um uso da linguagem. Como não se trata, na maioria das vezes, de enunciados explícitos, exigem enunciados complementares que Alexy chama de “requisito de saturação”, que será visto com mais detalhe oportunamente¹⁵³.

O argumento histórico é verificado quando as razões a favor ou contra uma interpretação dizem respeito a fatos que se referem à história do problema jurídico discutido, como, por exemplo, quando já foi dada, para o problema jurídico em questão, uma solução em determinado momento que ensejou determinada consequência considerada indesejável, de modo que, considerando não ser diferente a situação atual, a solução não é aceitável.

O argumento comparativo leva em consideração um estado de coisas jurídicas de outra sociedade, ou seja, remete ao direito comparado. Já o argumento sistemático toma como referência tanto a norma em relação ao texto legal, como sua relação lógica ou teleológica com outras normas do sistema, fins ou princípios. Entrando argumentos teleológicos estar-se-á diante de argumentos sistemático-teleológicos¹⁵⁴.

O argumento teleológico é denominado de teleológico-objetivo, que não diz respeito à interpretação genética em que se busca fins perseguidos pelo legislador

¹⁵² A interpretação constitucional apropriada toma por seu objeto tanto o texto quanto a prática do passado: juristas e juízes que se defrontam com um problema constitucional contemporâneo devem tentar formular uma interpretação baseada em princípios, coerente e convincente do texto de cláusulas específicas, da estrutura da Constituição como um todo e de nossa história sob a égide da Constituição – uma interpretação que, ao mesmo tempo, unifique essas fontes distintas, na medida do possível, e ofereça diretrizes à decisão judicial futura. Em outras palavras, eles devem buscar a integridade constitucional. A fidelidade ao texto da Constituição não esgota a interpretação constitucional e, em certas ocasiões a integridade constitucional em plenitude pode exigir um resultado que não se poderia justificar por meio da melhor interpretação do texto constitucional, compreendido este como algo apartado da história de sua vigência, e que talvez chegasse, inclusive, a contradizer tal interpretação. Não obstante, a interpretação textual é parte essencial de qualquer programa mais amplo de interpretação constitucional, pois o que foi realmente afirmado pelos constituintes é sempre, no mínimo, um componente importante de qualquer argumentação constitucional que se pretenda verdadeiramente interpretativa. (...). É verdade que a maioria dos cidadãos espera que a Suprema Corte cite a Constituição para justificar suas decisões constitucionais. Porém, diferentes órgãos de nosso governo tomam decisões muito importantes para a quais não se exige nenhum argumento de fidelidade a qualquer texto ou tradição. Mandamos homens e mulheres para a guerra, adotamos políticas externa ou estratégias monetárias e enviamos foguetes a Marte, e justificamos essas decisões com base na afirmação de que elas resultarão em vantagens e benefícios futuros – que ficaremos mais seguros ou mais ricos ou que nos sentiremos mais em casa no nosso próprio universo. (DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 168-170).

¹⁵³ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 236.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 237.

histórico. Os fins referidos no argumento teleológico são fins racionais ou determinados objetivamente no âmbito do ordenamento jurídico vigente¹⁵⁵.

A forma mais simples deste argumento pode ser expressa da seguinte forma:

- (J.5) . (1) OZ
 . (2) $\neg R' (=I \square w) \rightarrow \neg Z$
 . (3) R'

Esta forma tem relação com o argumento genético, com a diferença de que nesta forma de argumento Z é querido pelo legislador e no teleológico é afirmado como algo objetivo.

(J.5) pressupõe dois enunciados, um normativo (OZ) e um empírico ($\neg M \rightarrow \neg Z$), cuja verdade deste último requer, para sua fundamentação, argumentação empírica¹⁵⁶.

Com certa frequência, Z não se fundamenta com base em uma única norma, mas a um grupo de normas, de modo que Z não se segue logicamente das normas referidas na fundamentação, exceto quando alguma norma o prescrever diretamente. Além disso, é usual que uma norma atribua diversos fins, os quais podem excluir ou limitar um ao outro reciprocamente, o que requer a aplicação de regras de preferência¹⁵⁷.

As dificuldades da argumentação teleológica surgem, justamente, quando não é possível descrever Z unicamente por meio de expressões empíricas, o que requer, quase sempre, que a descrição de determinado estado de coisas seja feita por meio de normas de tipo geral ou princípios. O problema é que princípios são proposições normativas com alto grau de generalidade e que não podem fundamentar diretamente uma decisão; exigem premissas normativas adicionais para a sua concreção¹⁵⁸.

No direito brasileiro essa experiência é marcante, podendo-se aferir em vários precedentes judiciais que inúmeras decisões são deduzidas diretamente dos princípios existentes em nosso sistema jurídico, como, por exemplo, o princípio da

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 238.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 239.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 240.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 240.

dignidade da pessoa humana, o da função social da propriedade, da segurança jurídica, do interesse público, entre outros, que, do mesmo modo, compartilham do alto grau de generalidade referido por Alexy.

Para explicar o papel dos cânones no discurso jurídico Alexy parte de seis pontos: (a) o campo de aplicação; (b) seu status lógico; (c) o requisito de saturação; (d) as diversas funções das diversas formas; (e) o problema de sua hierarquia; (f) a resolução do problema da hierarquia na teoria do discurso jurídico¹⁵⁹.

(a) As formas de argumentos dizem respeito aos argumentos a favor ou contra uma determinada interpretação I de uma norma R pressuposta, por meio de uma regra de uso das palavras W ($I \square w = R$). Todas as formas de argumentos, exceto a interpretação semântica, podem ser utilizadas em contextos como o conflito de normas, a restrição do campo de aplicação das normas e a fundamentação de normas que não são deduzidas da lei.

(b) As formas de argumentos não são regras, pois não indicam o que se deve fazer ou o que deve ser alcançado condicional ou incondicionalmente. A melhor designação, invocando Perelman, é considerá-las esquemas de argumentos, tratando-se de enunciados de uma maneira determinada que convergem logicamente, para enunciados de forma determinada, os quais caracterizam a estrutura do ordenamento jurídico¹⁶⁰. Alexy, por sua vez, não esclarece bem este ponto¹⁶¹.

(c) O requisito de saturação é exigido sempre que a forma de interpretação se apresenta de modo incompleto, exigindo novos enunciados para a sua complementação. Para Dworkin, na sua ideia de integridade, indivíduos compartilham, em sua comunidade, uma determinada compreensão acerca da moral e dos fundamentos da convivência em sociedade. Existem princípios comuns além das regras emanadas dos compromissos políticos. É preciso que haja uma relação correta entre eles, como um esquema coerente de justiça e equidade, de modo que sempre haverá uma resposta correta a ser buscada e que é tarefa da teoria do direito encontrá-la¹⁶². Em Alexy, por outro lado, a ideia de uma única resposta correta é uma ideia apenas regulativa, um ideal, e corresponde ao requisito de

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 241.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 242.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 242.

¹⁶² DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. 11º ed. Cambridge/MA, Belknap, p. 211.

saturação, ou seja, o jurista prático deve se comportar como se buscasse uma única resposta em cada caso concreto para o problema jurídico posto, de modo que, por exigência fundamental da racionalidade prática, devem ser especificadas, no curso da argumentação jurídica, todas as premissas necessárias de justificação.

Alexy atribui especial relevância à fundamentação empírica, a qual é exigida na especificação de um uso da linguagem, afirmações sobre a vontade do legislador ou das pessoas que participam do processo legislativo, hipóteses em que se baseiam afirmações sobre consequências, entre outras.

Além disso, as formas de argumentos, não somente os empíricos, possuem premissas normativas que não são deduzidas da lei, como, por exemplo, as formas de interpretação histórica, comparatória, teleológica, as quais supõem a caracterização de estados de coisas¹⁶³.

A exigência de saturação assegura a racionalidade do uso dos cânones, cuja regra formulada por Alexy é a seguinte:

(J.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação, o que impede, por isso, falas vazias.

(d) Quanto às funções dos cânones, a forma de argumentação semântica e genética fará referência à vinculação dos órgãos decisórios, ou seja, ao teor da lei e a vontade do legislador. As formas históricas e comparativas fazem incorporar a experiência do passado e de outras sociedades; a sistemática objetiva eliminar contradições no ordenamento jurídico; as formas teleológicas abrem espaço à argumentação prática racional do tipo geral.

(e) As funções específicas das diferentes formas de argumentos, na solução de um determinado problema, pode conduzir a resultados completamente diferentes, o que enseja insegurança no uso dos cânones. A tentativa de estabelecer uma hierarquia dos cânones não foi reconhecida até o momento¹⁶⁴.

(f) A teoria do discurso não oferece uma solução com base na formulação de uma hierarquia, mas contribui com o problema ao mostrar a maneira como devem ser utilizadas as formas de argumentos.

¹⁶³ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 243.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 244.

Duas características são fundamentais: (1) A teoria do discurso considera a dimensão pragmática da fundamentação; (2) Oferece regras e formas cuja utilização aumenta a probabilidade de uma conclusão correta ou racional¹⁶⁵. A regra sugerida por Alexy faz prevalecer as formas de argumentos semânticos e genéticos, conforme segue:

(J.7) 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 se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos¹⁶⁶.

Aqui fica a questão aberta, não esclarecida por Alexy, sobre o que se deve compreender ou a extensão que se deve dar ao conceito de motivos racionais, o que deve recair, por coerência, no âmbito da fundamentabilidade.

(iv) Para complementação, Alexy propõe a seguinte regra do discurso prático geral de uso dos cânones:

(J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.

Alexy conclui que os cânones não garantem, com margem grande de segurança, a obtenção de um único resultado correto, mas são formas a serviço da argumentação jurídica e necessárias para se cumprir a pretensão de correção, especialmente no que se refere à vinculação à lei¹⁶⁷.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.245.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.245.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 246-247.

(ii) **Na argumentação dogmática**, é de fundamental importância a maneira como Alexy define o conceito de “dogmática jurídica”, para o qual significa a própria “Ciência do Direito”.

O autor esclarece que há um aumento significativo do número de trabalhos sobre o tema, mas ainda não se adotou consensualmente uma teoria da dogmática jurídica de maneira geral¹⁶⁸. Na doutrina brasileira, por exemplo, Tércio Sampaio Ferraz Junior entende que a aglutinação de doutrinas corporificada de forma mais ou menos homogênea é que transforma a Ciência do Direito em Dogmática Jurídica, cuja função básica está em um ensinar (*docere*), ou seja, a ciência jurídica coloca problemas para ser ensinada, o que a diferencia, por exemplo, da Sociologia, da Psicologia, da História e da Antropologia, que constituem modelos com objetivos mais explicativos¹⁶⁹. João Maurício Adeodato, por sua vez, partindo de sua filosofia retórica, define dogmática jurídica, num primeiro plano epistemológico, como sendo determinada forma de organização e comunicação do direito que: (1) toma por base, obrigatoriamente, textos pré-fixados segundo critérios variados determinados pelo sistema jurídico; (2) impõe o sentido e alcance de seus termos em determinadas circunstâncias para evitar ambiguidade e vagueza; (3) a partir das determinações de sentido e alcance, elabora uma argumentação jurídica que se dirige a determinados interesses; (4) sugere uma decisão para a solução dos conflitos concretos; e (5) busca fundamentar e legitimar-se perante o resultado alcançado. Num segundo plano de metalinguagem, define a dogmática como um conjunto de conhecimentos, de ordens diversificadas, que permite a compreensão dos procedimentos referidos. Num terceiro plano, ocupa-se em descrever as relações entre os dois níveis anteriores, concluindo que o primeiro está no âmbito da retórica real; o segundo no âmbito da retórica estratégica e o terceiro na retórica teórica¹⁷⁰.

Alexy, por sua vez, define o conceito de dogmática jurídica de uma forma um pouco diferente, o que está, evidentemente, em consonância com sua teoria do direito, ou seja, como define o conceito de direito, a teoria dos direitos fundamentais e sua teoria da argumentação jurídica.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 248.

¹⁶⁹ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 108.

¹⁷⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: Para uma teoria da dogmática jurídica. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360-361.

Seu ponto de partida consiste em considerar a dogmática jurídica no âmbito de três dimensões, a empírico-descritiva, que se ocupa da descrição da práxis dos tribunais e da identificação da vontade do legislador; a analítico-lógica, que se ocupa com a análise dos conceitos jurídicos e com a investigação das relações entre as diferentes normas e princípios; e a prático-normativa, que se verifica quando alguém propõe e fundamenta a interpretação de uma norma ou oferece críticas a uma decisão judicial quanto aos seus defeitos práticos e elabora uma contraproposta¹⁷¹.

Ele não identifica a dogmática jurídica como um conjunto de atividades, mas sim (1) como um conjunto de enunciados relacionados com a legislação e com a jurisprudência, mas que (2) não corresponde com a descrição da legislação ou com a descrição das razões de decidir da jurisprudência; (3) que formam um todo coerente (sem contradição, baseados nos mesmos conceitos jurídicos, o que possibilita relações de inferência entre eles); (4) se formam e fundamentam nos moldes de uma ciência que funciona institucionalmente; (5) tem conteúdo normativo¹⁷².

Com essa definição, abrem-se várias questões, e em especial: que tipo de enunciados podem ser considerados como pertencentes à dogmática jurídica?

Grosso modo e sem muito rigor, Alexy oferece uma classificação provisória no seguinte sentido: (1) No centro da dogmática jurídica estão as definições dos conceitos jurídicos genuínos tais como o de contrato, ato administrativo, legítima defesa, entre outros, cujos conteúdos dependem das normas jurídicas que regulam referidos institutos e que se referem a fatos institucionais; (2) No que se refere à definição dos demais conceitos, presentes nas normas jurídicas, será um enunciado da dogmática se for estabelecido, aceito ou, ao menos, discutido em uma ciência do direito que funcione institucionalmente; (3) Enunciados que expressam uma norma não extraída da lei também devem ser discutidos como enunciados da dogmática, porém, dependem das convicções existentes entre os cientistas do direito; (4) Formam outra categoria de enunciados dogmáticos as descrições e características de estados de coisas que servem às normas individuais; (5) São enunciados da

¹⁷¹ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 247-248.

¹⁷² *Ibidem*, p.251-252.

dogmática também as formulações de princípios. Enquanto enunciados normativos, podem ser introduzidos como descrição de estados de coisas¹⁷³.

Quanto à fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos, duas regras são formuladas por Alexy:

(J.10) Todo enunciado dogmático, quando posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático geral;

(J11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

Por derradeiro, Alexy atribui seis funções à dogmática jurídica: (1) de estabilização: consolidam determinadas soluções para estas questões práticas evitando, assim, a rediscussão e a possibilidade de soluções divergentes; (2) progresso: amplia a discussão jurídica em sua dimensão temporal; (3) descarga: ao evitar a rediscussão de questões consolidadas alivia o trabalho dos tribunais; (4) técnica: a apresentação sistemática e unificada da matéria desenvolve a função de informação, promove o ensino e aprendizagem da matéria jurídica e a capacidade de transmissão; (5) controle: permite decidir casos com base em casos já decididos e ainda por decidir; aumenta a eficácia do princípio de universalidade e de justiça; (6) Heurística: a dogmática é um ponto de partida para novos conhecimentos, já que contém uma série de modelos de solução a partir dos quais é possível sugerir uma série de perguntas e respostas¹⁷⁴.

A dogmática jurídica é capaz de produzir resultados que não seriam possíveis somente por meio do discurso prático geral. Alexy acentua, ainda, o uso indevido da dogmática que se dá quando é utilizada para encobrir os verdadeiros motivos da decisão, porém, afirma que são possíveis argumentações dogmáticas racionais.

Propõe, por fim, a seguinte regra:

¹⁷³ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.254-255.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 261-265.

(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados¹⁷⁵.

(III) O uso dos precedentes: o fundamento para o uso dos precedentes está no princípio da universalidade que exige tratar igualmente o igual. Como não é possível que haja dois casos concretos absolutamente iguais, o problema se transfere para a relevância das diferenças. Disto resulta que, apesar do respeito aos precedentes, é admissível afastar-se deles, porém, aquele que pretenda este afastamento terá a carga da argumentação, ou seja, apresentar razões suficientes para isso¹⁷⁶.

Muitos precedentes contêm enunciados da dogmática e muitas decisões judiciais são aceitas pela dogmática. A argumentação dogmática e a argumentação a partir de precedentes possuem muitos pontos em comum. O que é característico das decisões judiciais que criam precedentes é que seus enunciados não são usados apenas para a comunicação de propostas, mas também para a execução de atos. No mais, os precedentes também têm a função de estabilização, de progresso e de descarga, bem como contribui para a segurança e a proteção da confiança na aplicação do direito¹⁷⁷.

Como regras gerais do uso dos precedentes tem-se o seguinte:

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

(J.14) Quem quiser afastar-se de um precedente assume a carga da argumentação.

Aplicar um precedente ao caso concreto significa, em última análise, aplicar uma norma, pois o direito de precedente é um direito de norma. Por sua vez, a questão a ser considerada é justamente o que se deve considerar como norma no precedente, casos em que algumas teorias apontam para a distinção entre *ratio*

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica:** A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 266.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 268.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 269.

decidendi e *obiter dictum*, sendo, no primeiro caso, as razões de decidir, os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão proferida, ao passo que no segundo diz respeito apenas às opiniões do julgador, de menor relevância, que não fazem parte do conteúdo normativo da decisão.

Alexy, por sua vez, prefere afastar-se destas teorias e adota a técnica do confronto e da superação de precedentes (*distinguishing* e *overruling*, respectivamente), consistindo, no primeiro caso, na interpretação da norma que se deve considerar sob a perspectiva do precedente, permitindo, por exemplo, a indicação de uma característica do fato hipotético não existente no caso concreto a ser decidido, sendo o caso de não aplicação do precedente, o qual continua válido no sistema. No segundo caso, há uma superação do precedente, o qual é rejeitado, ou seja, a partir de novos argumentos torna-se possível a revisão do precedente em questão. Tanto num caso quanto noutro é imprescindível a fundamentação¹⁷⁸.

(VI) Formas de argumentos jurídicos especiais: Alexy inclui, além da analogia, três formas de argumentos jurídicos especiais: *argumentum a contrario* - há uma oposição nas consequências com base numa oposição nas hipóteses -; *argumentum a fortiori* - com razão mais forte -; e o *argumentum ad absurdum* - trata-se de demonstrar a falsidade de uma afirmação ou a invalidade de uma ideia mostrando que seus efeitos, desdobramentos ou aplicações práticas contradizem essa mesma ideia, ou conduzem ao impossível, ao inadmissível, ao antinômico, ao absurdo -, cuja análise se apoia na Ética Moderna, cuja estrutura está assim formulada:

- (J.15) . (1) (x) (OGx \rightarrow Fx)
 . (2) (x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx)
- (J.16) . (1) (x) (Fx v Fsim x \rightarrow OGx)
 . (2) (x) (Hx \rightarrow F sim x)
 . (3) (x) (Hx \rightarrow OGx) 1), 2)
- (J.17) . (1) O \neg Z
 . (2) R' \rightarrow Z
 . (3) \neg R'

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica:** A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 271.

Por fim, tem-se a última regra:

(J.18) As formas de argumentos jurídicos devem ser saturadas¹⁷⁹.

Em síntese ao que foi exposto, Alexy afirma que pode ser necessária a argumentação prática geral (1) na fundamentação de premissas normativas exigidas na saturação das diferentes formas de argumentos; (2) para fundamentar a eleição das formas de argumentos que levem a resultados diferentes; (3) na fundamentação de enunciados dogmáticos; (4) na fundamentação das técnicas de distinção (confronto) e de superação de precedentes e (5) diretamente na fundamentação dos enunciados a serem utilizados na justificação interna. É possível, também, que em lugar de argumentos práticos gerais, sejam utilizados enunciados dogmáticos ou de precedentes¹⁸⁰.

A teoria da argumentação jurídica, enquanto procedimento, não tem por escopo garantir a segurança do resultado e isto não lhe subtrai o caráter científico, enquanto Ciência do Direito, pois nem mesmo nas ciências naturais pode-se falar em segurança definitiva. O caráter racional da Ciência do Direito não está na produção de segurança, mas no cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras que, para Alexy, o seu trabalho procura evidenciar, esclarecendo, ao final, que a teoria do discurso oferece um critério, em situações específicas, para a racionalidade de processos de decisão e para a racionalidade das decisões nele produzidas¹⁸¹.

4.2. A teoria da argumentação jurídica em direitos fundamentais

A argumentação jurídica em direitos fundamentais requer a complementação do modelo de teoria da argumentação jurídica apresentado, isto porque o elemento de vinculação mais importante naquele modelo, que é a lei, será substituído pelas

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 272-276.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 276.

¹⁸¹ *Ibidem*, 284-286.

disposições de direitos fundamentais, que são, com frequência, abstratas, abertas e permeadas por ideologias¹⁸².

No entanto, a base permanece a mesma, ou seja, a “lei”, só que agora como normas de direitos fundamentais, o precedente e a dogmática.

Por vinculação da argumentação à lei compreende-se vinculação ao texto normativo, ao passo em que vinculação à vontade diz respeito à vontade do legislador, o que remete às regras e formas da interpretação semântica e genética, incluindo nesta a interpretação subjetiva teleológica, no que concerne aos objetivos que o legislador constituinte teria vinculado às disposições dos direitos fundamentais¹⁸³.

Por sua vez, as interpretações semântica e genética consideradas isoladamente são insuficientes para vincular a argumentação e forçar determinado resultado, seja pela natureza “aberta” das disposições de direitos fundamentais, seja pela impossibilidade de inferência a partir da história da gênese da constituição¹⁸⁴.

É importante realçar que, embora nem sempre prevaleça o argumento semântico, ele é um argumento forte e para superá-lo não basta que a solução em sentido contrário seja melhor, mas, as razões para abandonar-se o texto hão de ser extremamente fortes do ponto de vista da Constituição¹⁸⁵.

Do ponto de vista do argumento genético, a ideia é parecida, embora pouco se possa inferir da história da constituição como argumento que vincule um resultado e o fato é que se for possível encontrar algo a favor ou contra determinada interpretação, isso deve ser usado como argumento, bem como será necessária boas razões que justifiquem o seu não acatamento¹⁸⁶.

Portanto, Alexy conclui que quando se trata de disposição de direitos fundamentais a vinculação à lei é limitada, mas ela existe, o que não contraria a teoria dos princípios, ressaltando-se o duplo caráter das normas de direitos fundamentais, como regras e princípios, de modo que se estabelecidas como regras elas são vinculantes, o que exige razões constitucionais suficientes para afastar-se da vinculação¹⁸⁷.

¹⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 551.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 552.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 552.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 553.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 554.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 554.

A argumentação no âmbito dos direitos fundamentais com base nos precedentes tem um aspecto extremamente relevante, qual seja, a Constituição é ou vale aquilo que o Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha, e aqui no Brasil o Supremo Tribunal Federal, diz que é ou que vale, pois tais órgãos funcionam como intérprete principal e guardião da Carta Magna. Ninguém pode negar que uma sentença do Supremo Tribunal Federal que diz “a lei Y é inconstitucional” tem prevalência sobre a decisão do parlamento que diz “a lei Y é constitucional”.

No Brasil parece importante mencionar a força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, definitivas de mérito, no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade (artigo 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988¹⁸⁸) e, também, quando da edição das súmulas vinculantes (artigo 103-A, da Constituição Federal de 1988¹⁸⁹), mecanismos instituídos pela Emenda Constitucional n 45/2004. A vinculação alcança os órgãos do Poder Judiciário e também a administração pública direta e indireta e em todas as esferas. Dessa forma, no âmbito das decisões com efeito vinculante há pouco espaço para argumentação, embora o sistema admita sua revisão¹⁹⁰.

Por outro lado, no que tange à força geral das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão e, entre nós, o Supremo Tribunal Federal, enquanto precedentes utilizados na argumentação em direitos fundamentais (sem efeito vinculante), valem as seguintes regras, já expostas em capítulo precedente:

- (1) Se é possível utilizar um precedente favorável ou contra uma decisão, ele deve ser utilizado.

¹⁸⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹⁸⁹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

¹⁹⁰ CF - Art. 103-A: § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

(2) Aquele que pretende afastar o precedente tem o ônus argumentativo para tanto (carga da argumentação).

Valem aqui os princípios já mencionados: da igualdade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da redução da carga de trabalho e da estabilidade¹⁹¹.

Tais significam, sobretudo, que, por meio das decisões da Corte Constitucional, forma-se uma rede de normas densa e abrangente, já que a força da regra de decisão, enquanto precedente, além dos casos em que ela é criada, também é aplicada por extensão a inúmeros casos com novas características, salvo se estas novas características indiquem que a extensão não deve ser feita.

Alexy oferece, como exemplo de extensão, decisão que resolveu questão relacionada à prorrogação do prazo da prisão preventiva em razão do excesso de trabalho do Tribunal Estadual. Com base em vários precedentes anteriores que consignaram a impossibilidade de prorrogação do prazo nos casos em que as autoridades e o tribunal deram causa à demora na conclusão do inquérito para o julgamento, esta norma também foi estendida para o caso em que houve demora injustificada para a realização da audiência, por falha da organização judiciária¹⁹².

No direito brasileiro, essa questão é tratada de forma semelhante, pois o excesso de prazo da prisão preventiva, sem justificativa, é considerado constrangimento ilegal¹⁹³.

Para citar um exemplo onde a extensão da norma do precedente não foi admitida, ainda no direito brasileiro, tal fato ocorreu na discussão sobre a quebra do sigilo bancário. A Lei Complementar nº 105/2001, em seu artigo 6º, deu poderes às autoridades e agentes fiscais tributários da União, Estados e Municípios, para examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive contas e aplicações financeiras, dos correntistas sem pedido prévio ao Poder Judiciário, desde que haja um procedimento fiscal instaurado que esteja em curso e cujos documentos sejam considerados, pela mesma autoridade, como imprescindíveis.

Não há dúvida de que esta norma excepciona a proteção fundamental do sigilo de dados prevista no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a

¹⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 556.

¹⁹² *Ibidem*, p. 557.

¹⁹³ STF: HC 113611/RJ

qual exige prévia intervenção judicial, bem como a violação do sigilo deve servir a uma investigação criminal ou instrução do processo penal. De qualquer forma, em se tratando da Receita Federal do Brasil, o Supremo Tribunal Federal admitiu a prerrogativa com base no artigo 6º da Lei complementar nº 105/2001¹⁹⁴. Por outro lado, vedou esta prerrogativa ao Tribunal de Contas da União, que também é autoridade administrativa, mas a quem a lei complementar mencionada não conferiu respectivos poderes¹⁹⁵. Portanto, embora a Receita Federal do Brasil e o Tribunal de Contas da União sejam autoridades administrativas, a regra de extensão não foi aplicada.

Por fim, Alexy ressalta que por mais densa que seja a rede de regras de decisão, os novos casos sempre apresentam novas características que podem ser fundamentos para diferenciação. A forma vinculante das decisões é sempre *prima facie* e pode ceder diante de razões suficientes, o que limita o grau de segurança produzido pelos precedentes, motivo pelo qual a argumentação baseada em precedentes, por si só, é insuficiente para o controle racional da fundamentação¹⁹⁶.

A terceira parte da base da argumentação jurídica no âmbito dos direitos fundamentais é a dogmática jurídica.

Alexy, como já foi mencionado em passagem anterior neste trabalho, concebe a dogmática, enquanto Ciência do Direito, em três dimensões: analítica, empírica e normativa.

A base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais está inserida na dimensão normativa, ou seja, nas teorias normativas dogmáticas dos direitos fundamentais¹⁹⁷, do mesmo modo que concebe sua teoria do discurso jurídico como uma teoria analítico-normativa¹⁹⁸.

Teorias normativas gerais são denominadas, por Alexy, de teorias materiais dos direitos fundamentais. Embora encontrem fundamento no texto constitucional, na vontade do legislador constituinte e nos precedentes do Tribunal Constitucional Federal, elas não se baseiam diretamente na autoridade da Constituição e nem diretamente nos referidos precedentes. Como a lei, o precedente e a dogmática estão numa linha claramente decrescente de força, as teorias materiais dos direitos

¹⁹⁴ Inq. 2593 AgR/DF.

¹⁹⁵ MS 22801/DF.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 558-559.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 559-560.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 31.

fundamentais, por serem teorias dogmáticas, têm sua autoridade baseada apenas na força do argumento, cuja aceitação as eleva à categoria de doutrina majoritária que pode ser abalada por meio de argumentação.¹⁹⁹

É possível, também, passar a uma terceira categoria de conceitos práticos (conceitos antropológicos) que se voltam para o aspecto teleológico, ou seja, ao invés de se falar em liberdade como princípio ou como valor, pode-se falar em liberdade como finalidade. Por isso é que teorias materiais dos direitos fundamentais podem expressar-se como teorias de princípios, de valores ou como teorias teleológicas dos direitos fundamentais²⁰⁰.

Alexy analisa as cinco teorias dos direitos fundamentais de Böckenförde: a teoria liberal, a institucional, a axiológica, a democrático-funcional e a social-estatal. A teoria liberal, a democrática e a social-estatal são identificadas como teorias teleológicas gerais dos princípios. A teoria liberal foca a liberdade negativa, ou seja, aquela liberdade exercida contra a ação estatal, contra o estado. A teoria democrática (Krüger) afirma que direitos fundamentais representam a livre participação na comunidade; o princípio democrático deve ser incluído como princípio de direito fundamental com precedência *prima facie*. A teoria social-estatal sustenta que a liberdade se expressa por chances de escolha reais de vida, ou sustenta que a função dos direitos fundamentais é criar estruturas sociais que garantam maior desenvolvimento da personalidade; o princípio de liberdade fática é de igual força ao da liberdade jurídica.

Por sua vez, as teorias axiológicas, segundo Alexy, também podem ser formuladas por meio de uma teoria dos princípios, incluindo-se, também, as teorias teleológicas baseadas em um amplo conceito de finalidade, de modo que se torna imprescindível uma teoria dos princípios²⁰¹.

No âmbito de uma teoria institucional, Alexy parte da teoria desenvolvida por Hariou e Romano, e ampliada por Häberle, cuja tese base é a de que direitos fundamentais são instituições, o que requer: (1) sejam invocados de forma eletiva e contínua pelo maior número de pessoas possível e (2) ter o maior grau possível de efeito estabilizador para a ordem constitucional e a ordem social²⁰², sendo que,

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^o ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 560.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 561.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 563.

²⁰² *Ibidem*, 2011, p. 564.

ambos podem ser considerados como finalidades a serem objetivadas na interpretação dos direitos fundamentais²⁰³.

Alexy, por sua vez, considera que tais finalidades têm caráter extremamente formal e o fato de atribuir um peso significativo às finalidades supra-individual, enquanto objetivo da interpretação das disposições de direitos fundamentais, revela uma tese axiológica fundamental no trato das relações entre bens individuais e coletivos. Além disso, corrobora para essa conclusão o fato de o mecanismo do sopesamento, característica marcante na teoria dos valores e dos princípios, desempenha papel central, de forma assumida ou disfarçada, na teoria institucional de Häberle. Por isso, Alexy conclui que o conteúdo normativo da teoria institucional dos direitos fundamentais consistirá em uma teoria dos princípios ou dos valores²⁰⁴.

A partir da análise dessas teorias dos direitos fundamentais, Alexy afirma a correção da tese de que as teorias materiais são teorias de princípios, ficando em aberto, por outro lado, qual teoria de princípios seria a correta, considerando que três delas estariam em jogo: as que se baseiam em um único princípio de direito fundamental; as que partem de um conjunto de princípios de mesma hierarquia e as que, além de partirem de um conjunto de princípios de direitos fundamentais, procuram criar certa ordem entre os princípios²⁰⁵.

Alexy entende que o conceito de teoria dos direitos fundamentais não se restringe àquelas que expressam apenas um princípio, como é o caso da teoria liberal de Böckenförde, mas existe a possibilidade de que uma teoria dos direitos fundamentais esteja baseada em um conjunto de princípios. É o caso, por exemplo, da teoria combinada resultante da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão que aglutina princípios além do princípio liberal, como, por exemplo, o princípio da igualdade jurídica. Alexy, ao objetar a crítica de Böckenförde de que a teoria combinada seria inútil por não serem mais que um catálogo de topoi, oferece três argumentos: (1) os princípios não se resumem a meros topoi, como demonstra a lei de sopesamento; (2) é possível estabelecer uma ordem de princípios a partir de relações de precedência *prima facie* (ordem flexível); não se pode esperar muito de uma teoria material dos direitos fundamentais.

²⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^o ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 564.

²⁰⁴ *Ibidem*, 564-565.

²⁰⁵ *Ibidem*, 564-566.

Em relação a este último ponto, esclarece Alexy que uma teoria material dos direitos fundamentais não pode oferecer uma única resposta para todo e qualquer caso concreto, já que não é possível estabelecer uma ordenação ordinal ou cardinal entre os princípios, os quais estão numa relação de precedência apenas *prima facie*, o que conduz apenas a uma estruturação da argumentação baseada em princípios e não a uma ordem rígida²⁰⁶.

4.2.1. O processo de argumentação no âmbito dos direitos fundamentais

A análise sobre a base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, cujo objetivo estava direcionado para a questão da controlabilidade racional da argumentação, permitiu a Alexy concluir que o resultado é a constatação do ganho de racionalidade na determinação e estruturação da argumentação. Por outro lado, a extensão e a força do controle são limitados, passando a identificar uma lacuna de racionalidade. Essa lacuna de racionalidade deve ser preenchida pelo discurso de direitos fundamentais, ou seja, um procedimento argumentativo visando resultados constitucionalmente corretos. Torna-se, necessário, neste âmbito recorrer às regras da argumentação prática geral, o que implica, sobretudo, que o discurso no âmbito dos direitos fundamentais, como discurso jurídico, compartilha da mesma insegurança, quanto ao resultado, que caracteriza o discurso prático geral, e que isso representa uma abertura do sistema jurídico, embora Alexy recuse a ideia de que esta abertura seja no sentido de arbitrariedade ou de decisionismo²⁰⁷.

Por outro lado, ele reconhece que a insegurança quanto ao resultado do discurso no âmbito dos direitos fundamentais conduz à necessidade de decisões dotada de autoridade, o que para ele esse papel deve ser cumprido por algum órgão de jurisdição constitucional que não apenas argumenta, mas que, também, deve decidir, e nisso não há nenhuma irracionalidade, pois a maioria parlamentar não pode ser juiz de si própria controlando a si mesma. Por fim, conclui Alexy que a razão prática somente pode ser realizada no âmbito de um sistema jurídico que vincule argumentação e decisão de forma racional, o que torna inteiramente

²⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^o ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 568-572.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 573-574.

racional, no âmbito dos direitos fundamentais, a instituição de uma jurisdição constitucional²⁰⁸.

4.3. Argumentação jurídica e as colisões de direitos fundamentais

Na Constituição Federal brasileira de 1988 há um catálogo de direitos fundamentais concentrado topograficamente no título II deste documento, bem como outras disposições contidas de forma esparsa no texto constitucional, inclusive em tratados internacionais regularmente firmados e incorporados ao nosso ordenamento jurídico pelo Brasil²⁰⁹.

A definição de colisão de direitos fundamentais há de ser compreendida em dois sentidos: um estrito e outro amplo. Em sentido estrito, essas colisões decorrem do próprio exercício ou realização de um direito fundamental, por um titular, que enseja consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais, sejam eles direitos idênticos ou não.

Em se tratando de direitos idênticos, fala-se em quatro tipos de colisões. No primeiro tipo, ambos os direitos fundamentais estão afetados; é possível um conflito quando dois grupos pretendem se reunir em um mesmo local, na mesma data e horário - no Brasil, um exemplo possível diz respeito às torcidas organizadas de futebol rivais quando querem se reunir e elegem o mesmo local e horário, de modo que, se isso acontecer, por certo haveria hostilidades e o choque seria inevitável.

No segundo tipo, a colisão se refere ao mesmo direito fundamental, porém, de um lado está o direito de defesa e do outro o direito à proteção. Robert Alexy²¹⁰ cita como caso prático a situação em que se deflagra disparo de arma de fogo contra o detentor para salvar a vida do refém detido. A vida do refém poderia ser salva com o atendimento das exigências do detentor, porém, há uma obrigação do Estado de conferir proteção à totalidade dos cidadãos por força de um bem coletivo que é a segurança pública. Desse modo, não poderia adotar conduta que estimulasse a

²⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 574.

²⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico constitucional brasileiro. In LEITE, Jorge Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coordenação). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: **Revista dos Tribunais/Coimbra Editora**, 2009, 223.

²¹⁰ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 67-79, p. 69.

tomada de novos reféns. Neste caso, portanto, justifica-se o sacrifício da vida do detentor para salvar a vida do refém e para garantir a segurança pública.

No terceiro tipo, há colisão entre direitos fundamentais idênticos que possuem um lado negativo e outro positivo, a exemplo do direito de crença. Existe o direito do indivíduo de ter uma crença, bem como, de outro lado, há o direito do indivíduo de não possuir nenhuma, bem como o direito de, não possuindo nenhuma crença, ser poupado de sua prática. Alexy cita como exemplo o caso da “resolução crucifixo” decido pelo Tribunal Constitucional Federal. Neste caso, havia uma determinação do Estado alemão no sentido de que em todas as salas de aulas de escolas públicas deveria ser colocada uma cruz, atendendo ao direito positivo de crença dos cristãos, obrigando a todos, inclusive aos que não fossem cristãos, titulares de um direito negativo de crença, de aprender diante deste símbolo. O tribunal, para dissolver a controvérsia, decidiu por proibir a colocação de cruzes ou crucifixos em espaços escolares públicos.

O quarto tipo de colisão, em relação a direitos idênticos, ocorre quando se acrescenta ao lado jurídico do direito fundamental um elemento fático, a exemplo do que ocorre quando se estabelece em favor de uma parte a possibilidade do auxílio, pelo Estado, ao financiamento das custas judiciais e honorários advocatícios (gratuidade da justiça). Juridicamente, há manifesta desigualdade de tratamento entre pobres e ricos, mas no plano da igualdade material essa medida é necessária para se evitar que fique prejudicada a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais em razão da capacidade financeira de seus titulares²¹¹.

Pode ocorrer, ainda, a colisão entre direitos fundamentais diferentes de titularidades diferentes. Alexy cita o exemplo da denominada “resolução soldados-são-assassinos”, em que foi considerada inconstitucional a sentença condenatória de pacifistas que qualificaram soldados de assassinos, havendo colisão do direito à liberdade de manifestação e opinião com o direito de personalidade geral que inclui a proteção à honra dos soldados²¹².

As colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, por sua vez, resultam da colisão entre direitos fundamentais e bens coletivos, tais como meio ambiente e saúde que são bens objeto de direitos fundamentais difusos. Tais colisões são de

²¹¹ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 67-79, p. 70.

²¹² *Ibidem*, p. 70-71.

várias ordens, a exemplo do direito de propriedade ao conflitar com o direito a um meio ambiente ecologicamente sustentável, ou mesmo com relação à exigência da necessária destinação social da propriedade. Alexy cita o exemplo da indústria de tabaco que, por dever legal, deve colocar advertências sobre prejuízos à saúde em seus produtos, resultando numa intervenção na liberdade de exercício profissional dos produtores de tabaco, que é um direito fundamental²¹³. Este exemplo é perfeitamente aplicável ao direito brasileiro, pois aqui também vigora referida obrigatoriedade. Outro exemplo de colisão desta natureza que ocorre no Brasil diz respeito à proibição de fumar em locais fechados em que se verifica a colisão entre um direito individual consistente na liberdade geral individual, neste caso a de fumar, e um bem coletivo das pessoas em geral, especialmente não fumantes, de não se submeterem, indiretamente, aos efeitos do tabaco, por uma questão eminentemente de risco à saúde pública.

Outra colisão do tipo ora discutido, sendo uma das mais importantes, diz respeito à atividade estatal de instituição e arrecadação de impostos. Não se discute, evidentemente, que o Estado tem uma missão no sentido da arrecadação de tributos.

Por outro lado, como se revela uma praxe corriqueira no Brasil, o exercício deste poder-dever pelos entes tributantes não raro extrapola os limites constitucionalmente estabelecidos obrigando os contribuintes a suportarem uma carga tributária em desconformidade com os postulados constitucionais.

Por vezes verifica-se a declaração de inconstitucionalidade da norma tributária. Cite-se, como exemplo, o julgamento em que foram declarados inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 que previam prazo decenal para a constituição do crédito relativo à contribuição previdenciária, quando este prazo deveria ser quinquenal, por força do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. Não obstante declarados inconstitucionais os dispositivos legais mencionados, admitiu-se a modulação de efeitos da decisão prolatada para considerar legítimos os recolhimentos do tributo, sob a égide da lei inconstitucional, feitos por quem não questionou administrativa ou judicialmente a tributação até a

²¹³ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999, p. 71.

data da prolação da decisão. Neste caso, verifica-se uma complexa colisão entre o direito fundamental do contribuinte de não ser submetido ao recolhimento de tributo criado por lei inconstitucional (art. 150, I da CF); seu direito fundamental de propriedade e de liberdade; seu direito de não receber tratamento desigual em relação a outros contribuintes que estejam em situação equivalente (art. 150, II, da CF), de um lado, e do outro, direitos sociais, uma vez que parte da arrecadação tem por escopo a prestação de serviços públicos em geral e a determinação da obrigação de devolver o tributo recolhido, em sua integralidade, poderia comprometer os recursos financeiros do Estado e o cumprimento de sua finalidade social.

A decisão apoiou-se no postulado da segurança jurídica de preservar a saúde financeira do Estado.

Enfim, a existência de um rol de direitos fundamentais na Constituição leva ao problema das colisões entre esses direitos, pois os mesmos não estão hierarquizados e não há regras para estabelecer um escalonamento, de modo que os cânones hermenêuticos tradicionais da interpretação são insuficientes para lidar, nos casos concretos e complexos, com os problemas que derivam da aplicação das normas de direitos fundamentais.

A questão que se coloca, portanto, é saber quais seriam os critérios e condições válidas para solucionar os casos de colisão entre direitos fundamentais que permitam um controle racional das decisões sobre os conflitos, no caso concreto, eliminando o casuísmo e a pura discricionariedade e arbitrariedade do aplicador das normas de direitos fundamentais.

Um modelo que propõe uma solução para as colisões entre direitos fundamentais é o da “lei de colisão” desenvolvido por Robert Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, o qual será analisado adiante.

Robert Alexy classifica as normas de direitos fundamentais em princípios e regras, cuja diferenciação, além de ser a base da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, é também um caminho para a solução de problemas centrais referentes à dogmática dos direitos fundamentais²¹⁴.

As normas de direitos fundamentais, segundo Alexy, são caracterizadas como princípios e, com menos frequência, são utilizadas como valores, objetivos, fórmulas

²¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^o ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85.

abreviadas, regras sobre ônus argumentativo, de modo que falta distinção precisa e sistemática entre regras e princípios. No Brasil, a *praxi* tem sido a de considerar, também sem critério, que direitos fundamentais aparem indiscriminadamente em tudo que é conflito. Mesmo numa simples negatização indevida em cadastros de devedores alega-se ofensa a direitos fundamentais.

Para Alexy, “(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. (...) são, por conseguinte, mandamentos de otimização (...).”²¹⁵

Isso significa que os princípios dão ensejo à satisfação em grau variado, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas. No caso das regras “(...) são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas (...). (...) contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática ou juridicamente possível.”²¹⁶. Nesse aspecto, as normas se revelam como princípios e comportam satisfação em grau variado, de modo que a distinção entre princípios e regras não é uma distinção de grau, mas uma distinção qualitativa. Como exemplo destas regras, o autor cita as prescrições que se referem às condutas imprudentes. Tais prescrições não exigem que se cumpra no grau máximo de cuidado, mas num determinado grau, cujas dúvidas nos casos individuais serão decididas analisando-se, na verdade, se o grau de cuidado exigido pela norma foi satisfeito²¹⁷. Essa distinção, para Alexy, assemelha-se àquela proposta por Ronald Dworkin.

A diferença entre princípios e regras se torna mais clara nos casos de colisões entre princípios e nos conflitos entre regras, pois é a forma de solução destes conflitos que as distinguem. A solução para o conflito de regras depende da introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção a eliminar o conflito ou declarar inválida uma das regras em conflito. Um exemplo, que também pode servir ao direito brasileiro, é o conflito entre a regra1: *que proíbe o aluno deixar a sala de aula antes de soar o sinal no final da aula* e regra2: *consistente no dever de deixar a sala de aula quando soar o alarme de incêndio*. Uma vez que soe o alarme de incêndio antes de soar o sinal do final da aula haverá um conflito entre as regras, pois as duas não podem ser satisfeitas ao mesmo tempo, já que encerram dois juízos de dever-ser contraditórios. A regra2 funciona, portanto, como uma cláusula de exceção à regra1. Se esse critério não fosse possível, uma das regras haveria de

²¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 91.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 91.

ser declarada inválida aplicando-se os critérios de solução de antinomias (temporal, especialidade, hierárquico).

Por sua vez, a colisão entre princípios deve ser solucionada de forma diversa. Se algo é proibido de acordo com determinado princípio e de acordo com outro é permitido, um deles há de ceder sem que isso implique a invalidade do princípio preterido ou a inclusão de uma cláusula de exceção. Isso, no caso concreto, significa dizer que um dos princípios tem peso maior que o outro, ou seja, enquanto que os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, as colisões entre princípios ocorrem no plano da dimensão do peso²¹⁸.

A solução para os conflitos entre princípios, de acordo com a lei de colisão de Alexy, se dá por meio do sopesamento entre os interesses em conflito, de modo a definir qual dos interesses, abstratamente no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto e, em razão disso, deva prevalecer sobre o outro de acordo com o princípio da proporcionalidade.

A fórmula da lei de colisão é expressa, segundo o autor, da seguinte forma: $(P1 \mathbf{P} P2) C$, sendo $P1$ o princípio que tem precedência sobre $P2$; \mathbf{P} é a relação de precedência; C é a condição de uma relação de precedência. É importante destacar que C tem um duplo papel significando a relação de precedência e, também, o pressuposto do suporte fático de uma regra R , regra esta que representa a consequência jurídica do princípio precedente, representada pela fórmula $C \rightarrow R$ ²¹⁹.

É necessário, ademais, estabelecer a distinção entre o caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Diz-se *prima facie aquilo* que exige que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ressaltando-se que os princípios não induzem a mandamentos definitivos. Já no caso das regras, estas exigem que algo seja feito exatamente tal como por elas ordenado. Porém, a regra perderá seu caráter definitivo quando houver uma inclusão de uma cláusula de exceção. Neste ponto Alexy, vai dizer que o modelo de Ronald Dworkin é muito simples, para quem as regras somente se aplicam de forma “tudo ou nada” e os princípios contém apenas razões que indicam uma direção, mas não tem como consequência necessária uma decisão²²⁰.

²¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 94.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 98-99.

²²⁰ *Ibidem*, p. 104.

Outro aspecto que merece destaque diz respeito ao princípio ou valor da dignidade da pessoa humana como direito absoluto. Na verdade, para Alexy, a dignidade da pessoa humana tem apenas a impressão de um caráter absoluto, cuja razão para isso decorre do fato da norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio.

Quando ela é tratada como regra é perceptível que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas sim se houve violação ou não da regra da dignidade. Em outras palavras, a dignidade humana, enquanto princípio sujeitar-se-á ao sopesamento com outros princípios cuja precedência será determinada de acordo com as condições de cada caso. Já como regra, cujo conteúdo é determinado pela relação de preferência do princípio da dignidade, terá a norma da dignidade humana caráter absoluto²²¹.

A ideia de sopesamento impende considerar dois modelos: o modelo decisionista e o modelo fundamentado. No modelo decisionista aquele que sopesa teria a possibilidade de seguir única e exclusivamente suas convicções subjetivas, de modo que o estabelecimento da preferência condicionada de um princípio em face de outro se daria de forma intuitiva.

Parece-nos que esse modelo implica em certo comprometimento da segurança jurídica, uma vez que a solução do caso concreto se desvincula de uma justificação racional necessária.

Já o modelo fundamentado, por sua vez, vai distinguir o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e de sua fundamentação, permitindo que se ligue o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência²²².

Para a solução dos casos concretos, quando é exigida a ponderação de princípios e de valores, é imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo este considerado, no direito constitucional alemão, segundo Alexy, um princípio mais amplo²²³.

²²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 111-114.

²²² “(...) um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros: 2011, p. 165).

²²³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 110.

Este princípio é composto por três princípios parciais, ou seja, os princípios de idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, os quais expressam a ideia de otimização, sendo que, em relação aos dois primeiros, a otimização diz respeito às possibilidades fáticas ao passo em que o terceiro refere-se às possibilidades jurídicas.

Em relação às possibilidades fáticas, o que os subprincípios da idoneidade e da necessidade têm por escopo é excluir o emprego de meios que prejudiquem a realização de um dos princípios sem fomentar a realização do outro no sopesamento²²⁴. Se sacrifícios não podem ser evitados, a ponderação se faz necessária, o que se faz recorrendo ao princípio da proporcionalidade em sentido restrito, cuja lei, segundo Alexy, pode ser expressa da seguinte forma: “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”²²⁵

A lei de ponderação exige, dessa forma, que num primeiro passo seja comprovado o grau de cumprimento ou prejuízo em relação a um princípio, bem como, num segundo passo, que se comprove a importância do cumprimento do princípio colidente. No terceiro passo desse procedimento se faz necessária a comprovação de que a importância do cumprimento de um princípio justifica o abandono ao cumprimento do princípio em sentido contrário ou os prejuízos que disso venham a resultar.

A técnica da ponderação de interesses como parte daquilo que é exigido pelo princípio mais amplo, o da proporcionalidade, é utilizada em nosso direito pátrio pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, como se depreende do trecho do Voto do Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento da ADPF 54 – DF/2004²²⁶, em que foi julgada a possibilidade da antecipação de parto nos

²²⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 110.

²²⁵ *Ibidem*, p. 111.

²²⁶ (...). Não se põe em debate, no presente referido contexto, a questão concernente à proteção insuficiente (uma das dimensões em 39 que se projeta o postulado da proporcionalidade), pois a existência de tensão dialética resultante do antagonismo entre valores constitucionais impregnados de igual eficácia e autoridade torna viável a utilização da técnica da ponderação concreta de direitos revestidos da mesma estatura. Como se sabe, a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais – como aqueles concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à plenitude da liberdade, à saúde e ao respeito à dignidade da pessoa humana – há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (DANIEL SARMENTO, “A

casos de anencefalia sem que incidissem as normas de Direito Penal que criminalizam o aborto.

Contudo, é preciso ressaltar, o maior problema no que diz respeito à utilização da técnica de ponderação e sopesamento na solução de colisões entre normas de direitos fundamentais, em nosso direito pátrio, é justamente a falta de controle intersubjetivo deste procedimento que permita conferir coerência e racionalidade prática ao resultado.

Por isso, no presente trabalho, será sustentado que é possível que esse controle intersubjetivo, em certos casos, possa ser realizado, ou pelo menos será possível obter maior racionalidade ao resultado, a partir da análise dos argumentos jurídicos fundados numa teoria da argumentação jurídica, embora a teoria do discurso prático geral e do discurso jurídico não comporte meios de garantir que se alcance um único resultado correto para cada caso concreto.

Ponderação de Interesses na Constituição Federal” p. 193/203, “Conclusão”, itens ns. 1 e 2, 2000, Lúmen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, “Temas de Direito Constitucional”, tomo I/363-366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, “Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias”, “in” “Constituição Federal de 1988 - Dez Anos (1988--1998)”, p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 661, item n. 3, 5ª ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, “Colisão de Direitos”, p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, “Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade”, p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, p. 216, “Conclusão”, 2ª ed., 2000, Brasília Jurídica). Tenho para mim, desse modo, Senhor Presidente, e estabelecidas tais premissas, que a questão pertinente ao direito à vida admite a possibilidade de, ele próprio, constituir objeto de ponderação por parte do Estado, considerada a relevantíssima circunstância (ocorrente na espécie) de que se põem em relação de conflito, com esse mesmo direito, interesses existenciais titularizados por mulheres grávidas de fetos portadores de anencefalia, cuja superação pode ser conseguida com a liberação – que se impõe como uma exigência de ordem ética e de caráter jurídico – da interrupção da gestação. (...). (grifamos).

5. SISTEMA POLÍTICO E O PODER JUDICIÁRIO: DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E ARGUMENTAÇÃO JUSFUNDAMENTAL

5.1. Considerações introdutórias

5.2. A democracia e a magistratura – sistema político e Poder Judiciário

5.2.1. Divisão de Poderes

A jurisdição constitucional, no Brasil, é exercida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário. Isto lhe confere um poder muito amplo, especialmente em questões relacionadas à aplicação das normas de direitos fundamentais que, positivadas no texto constitucional, possuem força imperativa e vinculam, também, os demais poderes da República. O que os direitos fundamentais exigem não está à disposição do parlamento ou do governo, e isto confere ao Supremo Tribunal Federal o poder de, por vezes, estar acima dos demais poderes do Estado.

Como se trata de uma posição tão importante no nosso sistema político-e com uma tarefa ainda mais relevante que é a de garantir a eficácia da Constituição Federal, torna-se oportuna uma breve abordagem da trajetória histórica que levou o Poder Judiciário, no ocidente e na maioria dos países, a ocupar tão importante posição.

O mundo passa por um processo acelerado de transformação social, tecnológica e institucional, assim como o debate em torno do Poder Judiciário passa por mudanças profundas, que também é afetado por estas transformações. A crítica, repetitivamente, continua atribuindo à escassez de recursos e ao excesso de formalismo, como sendo os maiores problemas do Poder Judiciário na atualidade.²²⁷

No sistema jurídico liberal, o legislador sempre ocupou o papel central, acima da jurisdição, de modo que o Poder Judiciário era identificado como um poder neutro, imune às influências políticas, econômicas ou qualquer outra capaz de abalar o sistema normativo (nos países de tradição germano-romanas) ou os

²²⁷CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2º ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 27.

precedentes (nos países do common law), por isso cunhou-se a imagem associada a uma organização burocrática, fechada e de difícil acesso²²⁸.

A missão do Estado é a de garantir coesão e o controle social, no modelo de Estado Liberal; conduzir a sociedade e definir os pontos e objetivos valorativos a serem perseguidos pela coletividade, no modelo social.

Em cada um desses momentos atribuiu-se ao Judiciário, de forma sequencial e cumulativa, duas funções políticas absolutamente fundamentais: **a)** conferir eficácia aos direitos individuais no âmbito da resolução dos conflitos; proteger o cidadão contra o próprio Estado; **b)** sem negar ou excluir a anterior, fiscalizar o respeito aos direitos sociais e impelir o Estado a uma atuação compensatória e distributiva, ou seja, garantir eficácia dos direitos coletivos junto ao Estado²²⁹.

Por outro lado, nos estados nacionais a soberania e o direito positivo perderam função central no sistema político, eis que, do prisma econômico, a globalização representa um brutal esvaziamento da territorialidade; do ponto de vista político, os grandes blocos e os organismos supranacionais relativizam a soberania; do prisma jurídico, o direito do mercado globalizado flexibiliza o direito positivo estatal em todos os planos, nos direitos individuais, políticos e sociais²³⁰.

Se o Estado Nacional tinha o papel central no sistema político, além de ser fundamental para o processo de positivação do direito, bem como modelava o Judiciário ao seu padrão de atuação, essas transformações na função do Estado impõem uma pressão ao Poder Judiciário que coloca em discussão não apenas a utilidade, mas a necessidade e a razão de ser do Judiciário modelado nos termos concebidos pelo liberalismo, e depois ajustado ao Estado Social.

O fato é que, agora, diante de um contexto em que o Estado perde parte de sua importância, a função jurisdicional passa a ocupar o papel central no sistema jurídico, e não mais a legislação²³¹.

Veja-se, por exemplo, as questões levantadas sobre o ativismo judicial que, em linhas gerais, é o argumento segundo qual o Poder Judiciário estaria atuando como legislador positivo em substituição e em razão da omissão do legislador.

²²⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2^o ed. Saraiva: São Paulo, p. 27.

²²⁹ *Ibidem*, 2011, p. 28.

²³⁰ *Ibidem*, p. 29.

²³¹ *Ibidem*, p. 29-30.

Portanto, nesse momento, rediscutir a o papel do Poder Judiciário passa, inicialmente, por uma análise da divisão de poderes.

A divisão de poderes é um dos conceitos mais complexos da teoria constitucional. No modelo concebido por Montesquieu originou-se duas visões distintas da função do Judiciário: **a)** na tradição do direito continental (Europa): o juiz é a boca da lei e está limitado pelo Legislativo; **b)** na tradição do *common law*: o magistrado é o garante da Constituição e impõe limites ao Legislativo²³². Na França, por exemplo, o Poder Judiciário não declara a inconstitucionalidade de lei que está em vigor em respeito à soberania do parlamento, sendo o controle de constitucionalidade realizado preventivamente. A recepção de Montesquieu na França pós-revolucionária se deveu ao contexto em que se via no poder dos juízes o inimigo a ser combatido.

Por outro lado, para o constitucionalismo americano, ao contrário, a maior ameaça provém das maiorias democráticas, ou seja, o temor diante da tirania da maioria. Não é por outro motivo que o controle de constitucionalidade surgiu no direito norte-americano, no caso *Marbury vs Madison*, com a decisão do Juiz Marshal de 1803 – em que aplicou a Constituição afastando a lei que com ela se mostrava incompatível.

É possível identificar uma metamorfose da divisão de poderes considerando os três momentos já referidos (Estado liberal sec. XIX; Estado social sec. XX, e na atual “crise” do Estado social. No primeiro, o Estado Liberal, ao Legislativo era atribuída a verdadeira função de governo (Executivo e Judiciário eram poderes coadjuvantes desse protagonismo político); visava-se a superação do absolutismo – o objetivo era deslocar o centro das decisões políticas para onde a burguesia tinha acesso (Parlamento) justamente para controlar o Executivo (monarca); dotar o Judiciário de uma posição institucional protegida das interferências do sistema político e orientada por critérios transparentes e previamente conhecidos (certeza jurídica, previsibilidade e garantia das expectativas) – O Judiciário como boca da lei. A estrutura codificada do ordenamento jurídico (racionalismo): vê a ordem jurídica como completa, não contraditória, sem lacunas ou antinomias. O juiz está submisso à lei, ou seja, a decisão judicial é vista como um exercício de subsunção do fato à norma. O Poder Judiciário passa a ser o único poder constringido a decidir por

²³² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2º ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 30.

imposição e coação do sistema jurídico, pois não há fatos ou ausência de fatos sobre os quais o juiz não possa decidir, o que enseja a proibição da denegação de justiça²³³.

Com isso, verifica-se um paradoxo: O sistema jurídico constrange o Juiz a decidir com base em seu fechamento operacional, na completude do ordenamento jurídico baseado no legislador racional em que o juiz é a boca da lei; de outro lado, dada a evidente hipersimplificação no dogma da completude do ordenamento jurídico, a proibição da denegação de justiça garante a abertura do sistema jurídico a uma infundável série de demandas do ambiente (homem/fatos sociais como atos comunicativos). A consequência é que o Judiciário passa a ser um inevitável intérprete, criador e construtor do direito.

No segundo, da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, houve mudança dos pressupostos do modelo do equilíbrio entre Poderes. O Executivo passa a ocupar o vértice das funções de governo nos Estados intervencionistas. Com isso, o aumento da discricionariedade do Executivo com a gradual afirmação, no século XX, de uma nova forma de controle: a garantia jurisdicional da constitucionalidade. Essa forma de controle existia apenas no EUA, mas o Brasil importou esse modelo desde a Constituição republicana de 1891 baseada no controle difuso.

O Estado interfere em amplos domínios da sociedade; começam a surgir opiniões favoráveis à responsabilização política do juiz; aumentam os debates a respeito das fontes extraparlamentares do direito e sobre o direito judicial; a reivindicação assume proporções importantes de um maior “ativismo judicial” capaz de conferir mais eficácia ao direito na vida social. O ordenamento jurídico vai sendo substituído de uma legislação codificada para uma legislação descodificada; rompe-se com as noções de unidade formal do ordenamento e aponta na direção de múltiplos sistemas normativos. O legislador atual, diante da complexidade da matéria objeto de regulação e pela velocidade das demandas, representa muito mais interesses corporativos e contraditórios do que os interesses gerais da burguesia que tinha acesso ao parlamento no estado liberal²³⁴.

²³³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2º ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 33-35.

²³⁴ *Ibidem*, p. 38-39.

Outro aspecto em relação às transformações do Estado e do Poder Judiciário diz respeito à explosão da litigiosidade, que agora também é de ordem coletiva – direitos difusos e coletivos. O Estado litiga contra ele mesmo (conflitos constitucionais).

Ao Poder Judiciário, sobretudo, cabe decidir sobre a constitucionalidade das leis, além do fato de que é constrangido a decidir sob pena de denegação de justiça, e, acima de tudo, suas decisões, especialmente em matéria constitucional, não está sob controle de nenhuma outra instância ou Poder. Deste contexto é que vem a paradoxal relevância política atual do Poder Judiciário, aparentemente sem função política, acaba por exercer uma função política fundamental, dar a última palavra sobre a legalidade e sobre a constitucionalidade das leis²³⁵.

Esse aspecto tem profunda relevância, tanto que recentemente vem sendo discutida no Congresso Nacional a proposta de Emenda Constitucional nº 03/2011, que pretende modificar a redação do inciso V do artigo 49 da Constituição Federal para ampliar os poderes de controle do Poder Legislativo, sobre o Poder Judiciário.

Com a nova norma, o Poder Legislativo poderá sustar os atos do poder Judiciário que venham a ser considerados como sendo atos de natureza normativa, o que já é feito em relação ao Poder Executivo no que se refere aos poderes que exorbitem do poder regulamentar, ou dos limites de delegação legislativa.

5.2.2. Estado de Direito

O Estado de Direito não significa exclusivamente a observância, por todos, inclusive o Estado, dos princípios da legalidade e da publicidade dos atos administrativos. Significa, também, e fundamentalmente, controle jurisdicional da atuação do Legislativo, e do Executivo, e é neste controle que reside o caráter eventualmente político da decisão judicial.

A justificativa normativa do Estado de Direito vincula-se à imagem da magistratura e de sua tarefa de interpretação e aplicação do direito. A legalidade do século XIX era representada por um conjunto de regras claras e unívocas, cabendo ao magistrado apenas proclamá-las. A interpretação era vista como mera atividade de conhecimento e não de decisão, ou seja, de caráter não político; e de descrição

²³⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2º ed. Saraiva: São Paulo, 201, p. 41-42.

de normas e não de criação, consoante o dogma da completude e da unidade do ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, dentro deste caráter formalista, não exerce poder normativo ou político, mas apenas funciona como boca da lei e de poder nulo, por isso não necessita de controle²³⁶.

A teoria jurídica costuma distinguir o Estado de Direito do Estado Constitucional de Direito pelo qual, no primeiro sentido, o poder é conferido e exercitado na forma da lei; no segundo sentido, o poder, além de conferido e exercitado na forma da lei, deve ser limitado pela lei que o condiciona em forma e conteúdo; o sentido “forte” da expressão Estado de Direito é o segundo. Além disso, modernamente, o Estado incorporou uma gama de direitos a prestações positivas (garantias sociais positivas), além daquelas garantias negativas liberais²³⁷.

O problema é que, apesar disso, o Estado Social de Direito não foi realizado, caracterizado por obrigações taxativamente estabelecidas e sancionadas, por direitos claramente definidos, precisos e pela certeza, pela legalidade e pela igualdade na satisfação das expectativas. O que temos, por outro lado, é um contexto em que o ordenamento jurídico é cada vez menos coerente, completo e livre de ambiguidades²³⁸.

Com isso, abrem-se espaços, sobretudo, para a discricionariedade do Judiciário e o desenvolvimento de distorções que uma politização da magistratura comporta – decisões *contra legem*, violações de direitos individuais e indefinição dos limites do sistema político, o que pode desaguar no arbítrio.

Este problema decorre da necessidade de se realizar as pretensões normativas de uma constituição que possui um extenso rol de direitos fundamentais e de princípios, que dependeriam, no mínimo, da atuação positiva do Legislativo e do Executivo e somente subsidiariamente do Judiciário. Para minimizar esse problema de omissão, foram criados mecanismos para realizar a vontade constitucional, atribuindo ao Judiciário a função de controlar as omissões inconstitucionais dos demais poderes.

Para Oscar Vilhena, os tribunais passaram de uma posição meramente negativa ou de bloqueio, a uma posição marcada por competências positivas, de modo que se a realização da vontade constitucional depende, sobretudo, da ação

²³⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011, p. 43.

²³⁷ *Ibidem*, p. 44.

²³⁸ *Ibidem*, p. 45.

política dos poderes públicos e essa acontece, o Judiciário é chamado a intervir para realizar os direitos constitucionais. Essa atribuição de poderes positivos ao Judiciário a fim de suprir omissões leva a dificuldades tanto técnicas como de justificação de seu poder no âmbito de uma sociedade democrática, pois os juízes não estariam treinados para a função de *decision makers* (tomadores de decisão), nem legitimados democraticamente para isso²³⁹.

5.2.3. Politização do Direito e Judicialização da Política

A função política do magistrado resulta daquele paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, do mesmo modo, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político, especialmente no âmbito das garantias dos direitos fundamentais.

Neste aspecto, a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. O grande problema, por sua vez, são as possibilidades de decisões, por parte do Judiciário, com base em critérios exclusivamente políticos, entre outros fatores indesejáveis.

Esse aspecto político do judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal, tem relevância histórica.

O Supremo Tribunal Federal foi criado pela República, a partir do Decreto nº 848 de 1890, que deu sua forma inicial de organização, observada, em seguida, pela Constituição de 1991. Instalou-se quatro dias depois de promulgada a referida constituição, formado, inicialmente, por quinze membros indicados pelo presidente Deodoro da Fonseca, referendados, posteriormente, pelo Senado Federal²⁴⁰, mecanismo de escolha inspirado no direito americano e que prevalece até os dias de hoje.

Uma das curiosidades sobre o Supremo daquela época diz respeito à resposta dada, por um dos ministros, a uma indagação de Leda Boechat sobre uma decisão daquela corte que ela havia considerado injusta: *“Estamos aqui para aplicar*

²³⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política**. São Paulo: RT, 1994, p. 34-35.

²⁴⁰ VILLA, Marco Antonio. **A histórica das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011, p. 132.

a lei e não para fazer justiça”²⁴¹. Isto evidencia, por certo, a postura positivista de atuação do tribunal à época.

Com relação à origem de nossa suprema corte, do ponto de vista político não temos muito do que nos orgulhar. Dois dos primeiros ministros indicados, Barão de Lucena, que era ministro de Justiça e elaborou a lista, e Alencar Araripe, eram, ao mesmo tempo, membros do STF e ministros do governo. Como a constituição não permitia tal acúmulo, eles foram agraciados com aposentaria sem que tivessem participado de um único julgamento sequer. No governo de Floriano Peixoto, em três anos, foram designados 32 ministros para o Supremo Tribunal Federal em virtude da avançada idade dos candidatos indicados e dos pedidos de aposentadoria. Além disso, por razões políticas, os inúmeros pedidos de *habeas corpus* formulados por perseguidos do novo regime durante as rebeliões ocorridas na época, fundados na demora propositada em sua apreciação, não chegaram a beneficiar os impetrantes que já haviam morrido quando do julgamento, como foi o caso do coronel Luiz Gomes Caldeira de Andrade²⁴².

Para o historiador Marco Antonio Villa, apesar das novas e mais complexas atribuições dadas ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988, esse tribunal ainda mantém a mesma postura histórica de omissão e de obediência aos ditames do Poder Executivo, e que cita como exemplo o papel deste tribunal no trato da questão sobre os planos econômicos (Plano Collor)²⁴³.

Sobre esse assunto, Oscar Vilhena²⁴⁴ discorreu de forma aprofundada. Mencionou que, tão logo eleito o primeiro Presidente da República de forma direta pelo povo, em 1989, o mesmo baixou, por meio de medida provisória, uma série de medidas de caráter econômico, tributário e administrativo, no que ficou conhecido como Plano Collor, posteriormente Plano Collor I. Dentre as medidas de caráter controvertido, a mais polêmica foi aquela decorrente da MP 168/90, que criou uma nova moeda, bloqueou os ativos financeiros acima de NCz\$ 50.000,00 (cruzados novos) e deu outras providências. Para garantir a efetividade da medida em relação à futura atuação do Judiciário com as numerosas demandas judiciais que se instaurariam, como de fato ocorreu, a Presidência da República baixou a MP

²⁴¹ VILLA, Marco Antonio. **A histórica das constituições brasileiras**: 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011, p. 131.

²⁴² *Ibidem*, p. 132-133.

²⁴³ *Ibidem*, p. 144.

²⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: Jurisprudência política. São Paulo: RT, 1994, p. 97-105.

173/1990, que trouxe disposição expressa em seu artigo primeiro no sentido de que “*não será concedida medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias ou cautelares decorrentes das Medidas Provisórias 151, 154, 158, 160, 161, 164, 165, 167, 168...*”. A inconstitucionalidade do bloqueio dos cruzados foi logo afastada pelo Supremo quando negou pedido liminar do PDT, em março de 1989, para a suspensão da eficácia da MP 168.

Um ano depois do bloqueio, a mesma questão voltou a ser apreciada pelo Supremo, em 1991, ainda de forma sumária, no que se referia à suspensão de medidas liminares contra o plano econômico. A decisão do Supremo, na ADIN nº 223-6/DF, segundo o autor, foi bastante ambígua, sendo que dois votos foram favoráveis à suspensão da MP 173 (Paulo Brossar e Celso de Mello). Por sua vez, o ministro Sepúlveda Pertence não reconheceu a inconstitucionalidade da MP 173, porém, ressaltou que em se tratando da concessão de liminar para desbloqueio dos cruzados as mesmas poderiam ser apreciadas por qualquer magistrado ao qual caberia analisar, no caso concreto, a possibilidade de conceder a liminar. O fato gerou duas crises na Justiça Federal, uma técnica consubstanciada na avalanche de ações propostas visto que não havia aparelhamento para o volume de demandas. Outra de relacionamento entre juízes, tribunais e o próprio Supremo, pois a concessão reiterada de liminares determinando o desbloqueio pelos juízes de primeiro grau provocou uma pressão nas instâncias superiores, mas, ainda assim, o Supremo furtou-se de apreciar o plano em sua materialidade. Em junho de 1991, o Supremo decidiu não suspender a eficácia da MP 168/90 já convertida na Lei 8.024/90, pelo placar de 8 a 3, cujo voto condutor foi de Ilmar Galvão, indicado pelo presidente Collor, vencidos os ministros Celso de Mello, Neri da Silveira e Paulo Brossard que entendiam que o bloqueio era inconstitucional por violar o direito de propriedade. Aliás, sustentou-se que não caberia a concessão de liminar após quinze meses da edição da MP 168. Para o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Sydney Sanches, a concessão de medida liminar “*resultaria em enorme transtorno para a economia, com a injeção de trilhões, o que pode trazer o retorno de uma ameaçadora hiperinflação*”²⁴⁵.

²⁴⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política**. São Paulo: RT, 1994, p. 105.

Convém lembrar que a constitucionalidade destes planos econômicos ainda não foi julgada em definitivo pelo Supremo, no que se refere à devolução de valores decorrentes dos expurgos inflacionários do período, mesmo tendo transcorrido mais de vinte anos da edição da legislação em questão, uma omissão que, em tese, não tem justificativa que a sustente.

O Supremo determinou a paralisação de todas as ações em que se discute a questão até a sua apreciação definitiva, cujo interesse na demora do julgamento parece não ser dos poupadores, os quais enfrentam uma espera que tem levado muitos deles ao falecimento enquanto aguardam a tutela jurisdicional.

Portanto, do ponto de vista político, a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal não pode ser feita sem que se leve em consideração a sua história política e suas relações de vinculação com os demais poderes da República, principalmente no que se refere aos interesses e valores que estão por traz de suas decisões e não são explicitados nos votos proferidos por seus ministros.

No que se refere à interpretação e ponderação no âmbito dos direitos fundamentais, é o Poder Judiciário que decide em última instância, e que, em nossa experiência jurídica, esse papel é realizado pelo Supremo Tribunal Federal e não pelo legislador. Disso resulta uma grande tensão, de um lado, entre direitos fundamentais e jurisdição constitucional, e, de outro, a democracia e o Poder Legislativo, daí Alexy afirmar o paradoxo de que direitos fundamentais são tanto democráticos como não democráticos.

Direitos fundamentais são democráticos na medida em que sua garantia e concretização mantém vivo o próprio processo democrático e político, mas, de outro lado, o que os direitos fundamentais exigem não está condicionado às decisões do Legislativo. As exigências dos direitos fundamentais não podem ser deixadas nas mãos do Legislativo. Com isso, na experiência alemã, o Tribunal Constitucional alemão, como guardião dos direitos fundamentais, está acima do próprio processo democrático, de tal forma que esse tribunal deve ser colocado, também, como representante do povo, ainda que no âmbito de uma representação argumentativa, ou seja, representando o povo por melhores argumentos que os do Legislador²⁴⁶.

²⁴⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 3º ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2011, p. 11.

Essa questão ficou muito clara quando na exposição sobre a teoria da argumentação jurídica em direitos fundamentais, por força da necessidade de uma jurisdição constitucional que, além de argumentar, tem o poder de decidir.

É importante registrar, também, que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal exerce funções e detém poderes típicos de um tribunal do sistema constitucional europeu, como, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal alemão, porém, entre nós, o Supremo continua com atribuições de órgão do Poder Judiciário, e tudo isso decorre de nossa indefinição histórica na estruturação dos próprios órgãos de poder, por exemplo, entre o parlamentarismo e o presidencialismo²⁴⁷.

No direito brasileiro, Oscar Vilhena, ao analisar a relação entre democracia e constitucionalismo, afirma que as atribuições de um tribunal de caráter constitucional tem uma relação inversa com a regra da maioria como forma de expressão política, de modo que, prevalecendo tal regra, menores serão as atribuições do tribunal, ao passo que quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela Constituição a salvo das decisões da maioria, as atribuições do tribunal ganham em amplitude em detrimento da regra da maioria²⁴⁸.

²⁴⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política**. São Paulo: RT, 1994, p. 36.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 25.

5.3. Argumentação Jusfundamental nas decisões do Supremo Tribunal Federal

5.3.1. Argumentação e decisão

Todos os problemas colocados em linhas anteriores no sentido da função de um tribunal constitucional com atribuições positivas para controlar as omissões inconstitucionais e garantir a realização dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal, representado pelo rol de direitos fundamentais que não estão à disposição do legislador e nem da decisão política da maioria, leva, sem dúvida alguma, ao problema da possibilidade de controle dos atos deste tribunal.

Para o sistema democrático e para um estado de direito não se pode conceber a possibilidade de um poder cuja função não seja passível de controle recíproco entre si e que, na experiência brasileira, por determinação constitucional, tais poderes devem ser, de um lado, independentes, mas que atuem em harmonia uns com os outros²⁴⁹.

A jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua atribuição de interpretar e dizer, em última instância, o que a Constituição diz, associada ao núcleo fundamental e intangível dos direitos fundamentais que não estão à disposição do legislador e que, além disso, tal núcleo impõe limitação objetiva à atuação dos poderes Executivo e Legislativo, seja determinando a realização de conteúdos necessários, seja determinando a exclusão de conteúdos impossíveis ou contrários aos direitos fundamentais, o que coloca esse tribunal numa posição de superioridade dentro do sistema político.

Se a forma de representação política deste tribunal dentro do sistema político é por melhores argumentos, ou seja, é uma representação argumentativa, já que seus membros não são eleitos pelo povo, um possível controle sobre seus atos somente poderia ser realizado a partir da análise argumentativa de suas decisões.

Disso resultam, entre outros, dois problemas: um de conhecimento, ou seja, qual é o método científico que permitiria uma análise destas decisões e que método, se existente, teria caráter científico para ter credibilidade e ser aceito como um

²⁴⁹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

instrumento racional, evitando, com isso, posições que não vão além de meras opiniões de inconformismo destituídas de uma fundamentação. O outro problema seria identificar o grau de eficácia do método, ou seja, em que medida a conclusão racional de que uma decisão do Supremo Tribunal não atendeu aos critérios de racionalidade exigidos pelo método poderia produzir efeitos perante este órgão no sentido de corrigir o déficit de racionalidade, ou seja, de permitir algum controle sobre o ato do tribunal.

O método que identificamos como sendo o apropriado para solucionar o problema de conhecimento, cuja cientificidade já foi demonstrada em capítulos anteriores, é a teoria da argumentação jurídica, na sua forma que entendemos mais elaborada que é aquela desenvolvida por Robert Alexy, a partir dos quatro níveis propostos: discurso prático geral, processo legislativo, discurso jurídico e processo judicial, que se integram entre si.

Além disso, é preciso realçar que as decisões do Supremo Tribunal Federal são proferidas num processo judicial, ou seja, dentro de um procedimento institucionalizado permeado por regras que impõem uma série de limitações aos participantes do discurso, entre outras, o preenchimento dos pressupostos recursais para que um recurso extraordinário seja admitido; os prazos para manifestação das partes no processo; a fundamentação vinculada e, também, em relação aos próprios participantes que podem ser admitidos no discurso como as pessoas legitimadas para ajuizarem ações declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, tais como previsto no art. 103 da Constituição Federal de 1988²⁵⁰.

Acrescente-se a isso o aspecto do próprio ato decisório. O termo decisão está ligado aos processos deliberativos e do ângulo do indivíduo, constitui estados psicológicos de suspensão do juízo diante de opções possíveis. A decisão é formalmente o ato final; escolhe-se uma alternativa abandonando-se as demais.

²⁵⁰ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004): I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Conflito é conjunto de alternativas que surge da diversidade de interesses, da diversidade no enfoque dos interesses, da diversidade de avaliação das condições de enfoque, sem que se prevejam parâmetros qualificados de solução. Portanto, conflito exige decisão. Decisão não é, propriamente, o estabelecimento de uma reparação equitativa entre alternativas; isso pressupõe que o sujeito que delibera somente o faz depois de ter todos os dados relevantes, podendo avaliar e enumerar de antemão as alternativas²⁵¹.

Quando se ajuíza uma ação judicial não se tem, em um grande número de casos, certeza absoluta de todas as circunstâncias da causa e de que se tem efetivamente o direito objeto da pretensão, embora, na maioria das vezes, é possível imaginar que o sujeito acredite realmente que sua pretensão seja legítima, pois se houvesse certeza em todos os casos e se sua pretensão viesse acompanhada dessa demonstração, não haveria decisão de improcedência do pedido.

O conflito jurídico é caracterizado pela qualidade institucionalizada. A incompatibilidade ocorre numa situação comunicativa estruturada conforme normas jurídicas que qualificam os conflitos conforme esquemas do tipo lítico/ilícito, permitido/proibido. A qualidade característica dos conflitos institucionalizados é que eles terminam. A decisão judicial é capaz de lhe colocar um fim, não no sentido de eliminá-los, mas de impedir a sua continuação. Elas não o dissolvem, mas os solucionam colocando-lhes um termo final, a exemplo da noção de coisa julgada²⁵².

Disto resulta que a grande missão do processo e, nesse aspecto, do discurso no âmbito do processo judicial não é a busca efetiva de justiça, ou seja, a justiça não é a finalidade do processo, mas o que se almeja é por termo à controvérsia instaurada.

Aqui é necessário esclarecer que a pretensão de correção formulada pelo direito, como uma pretensão de justiça, não contraria a ideia de que o objetivo do processo é solucionar o conflito. A pretensão de justiça, no âmbito da teoria do discurso, é uma pretensão de justiça formal que se cumpre observando as regras procedimentais do discurso, regras estas que são morais, não estão positivadas e que se impõem de fora para dentro do direito. A decisão correta, e neste sentido

²⁵¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6º ed. Atlas: São Paulo, 2012, 2012, p. 286-287.

²⁵² *Ibidem*, p. 288-289.

justa, é a decisão resultante do cumprimento das regras do procedimento “P”²⁵³. Apenas se caracterizam consensos racionais aqueles passíveis de uma justificação discursiva segundo regras de argumentação. Decisões tanto políticas quanto jurídicas devem expressar o acordo que melhor satisfaz os interesses dos participantes do discurso, com a formação comum do juízo mediante a ponderação daqueles interesses expressos em argumentos, respeitando-se a autonomia do outro. Se nas ciências da natureza a racionalidade se apresenta como verdade de suas proposições (correspondência entre o enunciado e o objeto), no Direito apresenta-se como ciência normativa, evidenciada pela correção de suas assertivas. A correção deve estar presente tanto na teoria como na prática jurídica, ambas dependentes da demonstração racional de suas afirmações.

A pesquisa sobre a racionalidade do discurso jurídico e dos argumentos que o compõem pode ser feita de dois ângulos: forma e material. Formal em que se verifica a racionalidade do procedimento discursivo consubstanciado no cumprimento das regras do discurso, tal como já referido, e material em que se verifica a análise crítica do *ethos*; ingressa-se no conteúdo das normas de conduta. A afirmação deste conteúdo é que se apresenta como premissa material, ponto de partida da procedimentalidade da lógica do discurso. Por isso a complementariedade entre o aspecto formal e material. Alexy não se interessa pela questão material – semântica – do discurso, mas pela questão de como pode o discurso prático e especificamente o jurídico ser fundamentado racionalmente com vistas à correção de seus enunciados regulativos; parte do discurso ideal para a sua aplicação na realidade.

²⁵³ Em MacCormick, a ideia de justiça formal consiste no seguinte sentido: “Acompanho o pensamento de John Rawls ao distinguir entre concepções específicas de justiça e o conceito de justiça. A diferença é que o conceito de justiça é abstrato e formal. A exigência da justiça formal consiste em tratarmos casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido. (...). No mínimo, a justiça formal exige que, exceto por fortes razões, ele não decida o caso atual de uma forma diferente da adotada em suas decisões anteriores em casos semelhantes. (...). O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado. As duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal; e quem quer que concorde quanto ao dever dos juízes de acatar o princípio da justiça formal está comprometido com essas duas implicações. Por minha própria conta, eu sem dúvida defenderia a opinião de que juízes deveriam aderir ao princípio da justiça formal, como requisito mínimo para fazer justiça, e mais ainda “a justiça de acordo com a lei” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 93-96.)

O sistema jurídico é captado, sobretudo, como sistema de controle de comportamento onde decisão e conflito são termos correlatos que se centralizam na noção de controle: poder de decisão de conflitos institucionalizados²⁵⁴.

O problema dogmático do controle remete a dois aspectos: o interno e o externo. Do ponto de vista interno, tem-se a decisão jurídica como controle-disciplina – controle com base nos próprios instrumentos que o sistema normativo oferece - no âmbito da dogmática de aplicação do direito. Fala-se, portanto, em construção silogística: subsunção (enquadramento do fato à norma geral e abstrata). Este contexto remete à ideia do contexto de justificação interna do discurso referido por Alexy. As regras de justificação interna são capazes de revelar a estrutura formal da fundamentação jurídica, de explicitar as premissas que não são extraídas do direito positivo, pode revelar a parte criativa na aplicação do direito.

Aplicação é diferente de interpretação: na interpretação, determina-se o sentido e na aplicação é preciso verificar se o caso concreto se ajusta à norma jurídica. Normalmente fala-se na sequência do silogismo como a busca da PM (premissa maior), pm (premissa menor) e, por fim, chega-se à conclusão. Mas também é possível falar no caminho realizado em sentido contrário: Conclusão, pm e PM, ou seja, a subsunção aqui exige a construção da premissa maior²⁵⁵.

Com efeito, é possível vislumbrar, e talvez isso ocorra na maioria dos casos, que a trajetória adotada pelo julgador em direção à solução jurídica do caso concreto começa pela “decisão”, ou pela intuição desta “decisão”, e uma vez presente no espírito daquele que julga, segue-se o procedimento exigido pelo sistema, ou seja, a necessidade de exteriorização dos fundamentos e da motivação com a exposição lógica do caminho percorrido pelo juiz para encontrar a solução adotada.

A respeito do tema, importante depoimento do ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, que assim declarou em entrevista à CONJUR²⁵⁶:

“Sou um operador do Direito, percebendo-o como a reger a vida em sociedade, tomando as leis como confeccionadas para os homens, e não o inverso.” (...). **“Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e**

²⁵⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6º ed. Atlas: São Paulo, 2012, p. 289.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 290-293.

²⁵⁶ <http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>.

posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio”, (...). (grifamos)

Do ponto de vista do aspecto externo, tem-se a decisão como controle-dominância, no âmbito da dogmática da argumentação jurídica, cuja base, segundo Tércio Sampaio, está nos instrumentos que a retórica jurídica traz para o sistema²⁵⁷.

A retórica, para Aristóteles, era a arte de procurar, em qualquer situação, os meios de persuasão disponíveis²⁵⁸. Perelman, por sua vez, visando aprimorar essa definição, acrescenta alguns aspectos, sendo o primeiro o de que a retórica procura persuadir por meio do discurso e não por meio da experiência; em segundo lugar, uma vez que uma palavra pode ser tomada em vários sentidos por haver vagueza e confusão, surge um problema de escolha e de decisão que a lógica formal é incapaz de resolver; é necessário fornecer razões da escolha que permita a adesão à solução proposta e, nestes casos, o estudo dos argumentos depende da retórica; em terceiro lugar, a adesão a uma tese pode ter intensidade variável já que não se trata de verdades, mas de valores; a quarta observação que procura distinguir a retórica da lógica formal é que a primeira diz respeito mais à adesão do que à verdade. A adesão, ao contrário da verdade sempre impessoal, é de um ou mais espíritos aos quais se dirige, ou seja, de um auditório²⁵⁹.

Por outro lado, na base da argumentação adotada neste trabalho, no contexto de justificação externa, estão os seis grupos de regras e formas do discurso jurídico já mencionadas, no âmbito da teoria da argumentação jurídica de Alexy: (i) interpretação; (ii) argumentação dogmática; (iii) uso dos precedentes; (iv) argumentação prática geral; (v) argumentação empírica e (vi) formas especiais de argumentos jurídicos.

A decisão é ato de comunicação, está no âmbito do discurso racional porque exige fundamentação. O consenso não é requisito, mas a observância de regras para a obtenção do consenso é necessária. A regra suprema do discurso decisório jurídico é o do dever de prova (quem afirma responde pelo que diz)²⁶⁰.

²⁵⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6º ed. Atlas: São Paulo, 2012, p. 288-290.

²⁵⁸ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 141.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 141-143.

²⁶⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6º ed. Atlas: São Paulo, 2012, p. 288-299.

5.3.2. O dever de fundamentação das decisões judiciais no direito brasileiro

Podemos afirmar que a fundamentação das decisões judiciais é uma garantia constitucional no sistema jurídico brasileiro. As origens do dever de motivar são coincidentes com a evolução do sistema político e com a consolidação dos sistemas democráticos.

Era diante do rei ou do sacerdote, em tempos arcaicos, que se desenvolvia o processo de motivação das decisões e que, não raro, o conteúdo decisório era considerado de natureza divina, ocasião em que sequer era possível cogitar de motivação e de fundamentação.

Assim foi no período romano das ações da lei, momento histórico em que a decisão, considerada um sacramento, era mantida em segredo para a parte. Apenas no período formular que a *sententia* passou a ser pronunciada oralmente às partes, sem exposição dos motivos. No período extraordinário, surgiram as primeiras decisões fundamentadas (embora não houvesse obrigação de fazê-lo), prova disso são as primeiras apelações²⁶¹.

No século XIII, com o advento dos primeiros Estados é que surgiram também os primeiros registros de decisões fundamentadas, mas a finalidade maior não era esclarecer as partes, mas sim permitir que o soberano (o rei), pudesse exercer o controle burocrático e disciplinar do juiz²⁶². Somente no ano de 1748, com a edição do Código da Prússia, segundo Ernesto Manzi, é que a motivação judicial passou a ter a finalidade que possui hoje²⁶³.

O advento das constituições dos Estados surgiu atrelado ao desenvolvimento do conceito político de Estado de Direito e, com esta nova ordem, os cidadãos não deveriam se submeter mais ao rei ou à autoridade religiosa; deveriam, outrossim, seguir a lei e seus comandos. Neste ambiente, o juiz é considerado um representante do Estado de Direito, devendo igualmente obedecer a mesma ordem e a mesma lei às quais todos os cidadãos estão submetidos. As decisões não podem mais se perder no arbítrio do juiz.

²⁶¹ MANZI, José Ernesto. **Da Fundamentação das Decisões Judiciais Cíveis e Trabalhistas: funções, conteúdo, limites e vícios**. São Paulo: LTr, 2009, p. 19.

²⁶² *Ibidem*, p. 20.

²⁶³ *Ibidem*, p. 20.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, incisos IX e X, enuncia a regra que obriga, sob pena de nulidade, a fundamentação e a motivação das decisões judiciais e administrativas²⁶⁴.

O Código de Processo Civil de 1973, que está em vigor, menciona no artigo 458 quais são os requisitos da sentença, resumindo-se esses ao relatório, à motivação (que são os fundamentos) e ao dispositivo legal²⁶⁵.

Não se pode perder de vista a relação entre o ato judicial e o poder que o emite, considerando-se um dos polos da relação triangular processual basilar: autor, réu e juiz.

A sentença judicial é “o instrumento que estabelece o liame entre o titular do poder (Estado-juiz) e a manifestação concreta desse poder, que por ser soberano, investe-a de eficácia imperativa e vinculante.”²⁶⁶

Se alguém está no poder, queremos dizer que está autorizado por um certo número de pessoas a atuar em nome delas, como decorre do sistema de representação no regime democrático de governo.

No âmbito das decisões judiciais, o silogismo é a primeira relação lógica que se busca ao analisar os conteúdos. Porém, o silogismo é insuficiente para resolver todos os casos concretos, inicialmente porque o direito positivo não oferece a solução para todas as indagações jurídicas diante dos casos concretos. A sentença não pode ser reduzida ao simples “silogismo” porque ela é um ato muito mais complexo, que envolve além do raciocínio lógico “um juízo crítico e valorativo dos fatos e normas para a extração da conclusão”²⁶⁷.

²⁶⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...). IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X. As decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

²⁶⁵ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a summa do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

²⁶⁶ “(...) devendo o relator redigir uma proposta de Decisão, na qual deveriam vir expostas as razões de fato e de direito, bem como o relatório da tramitação processual e o resultado da atividade probatória, exprimindo-se ainda as razões de decidir e duvidar sobre a solução da controvérsia, além de sua opinião própria sobre o caso, igualmente fundamentada.” (MANZI, José Ernesto. **Da Fundamentação das Decisões Judiciais Cíveis e Trabalhistas**: funções, conteúdo, limites e vícios. São Paulo: LTr, 2009, p. 27).

²⁶⁷ MANZI, José Ernesto. **Da Fundamentação das Decisões Judiciais Cíveis e Trabalhistas**: funções, conteúdo, limites e vícios. São Paulo: LTr, 2009, p. 31.

Não é por outro motivo que Perelman chegou à conclusão, em sua pesquisa, de que não havia lógica específica para os juízos de valor e que em todos os casos envolvendo opiniões controvertidas, nas discussões e deliberações, era comum recorrer-se às técnicas de argumentação, descoberta que também é pertinente à lógica jurídica, pois, segundo o citado autor, é essencial poder responder à questão segundo a qual: *Mediante quais procedimentos intelectuais o juiz chega a considerar tal decisão como equitativa, razoável ou aceitável, quando se trata de noções eminentemente controvertidas?*²⁶⁸

A decisão judicial inclui dois elementos básicos: a) o juízo lógico: operação mental ou ato de inteligência. A inteligência propõe as possibilidades de escolha, e com elas os fins a serem obtidos quando forjados pela virtude da prudência; b) o ato de vontade: o que motiva a vontade são as sensações, as percepções do mundo externo. A vontade escolhe os motivos.

Para que uma sentença esteja realmente motivada ela deve apresentar a interpretação da lei aplicada a um caso concreto, pois a mera transcrição normativa torna a decisão judicial não motivada, passível de ser declarada nula por força da Constituição Federal.

O juiz escolhe a solução que lhe pareça mais adequada ao direito e, entre a tese do autor ou a tese do réu, ou ainda uma terceira formulada por ele ou por decisões em casos semelhantes. A motivação é uma forma que a sociedade encontrou para verificar se a ideologia do juiz é a ideologia da sociedade, desde que extraídas do próprio sistema jurídico em que se pautou, e não nos valores próprios do juiz, pois, em última análise, o ordenamento jurídico não é neutro: ele é fruto de parâmetros e escolhas que refletem os valores de uma sociedade que elege o que considera fundamental. Quando o juiz é obrigado a usar os instrumentos científicos (leis e princípios expressos do ordenamento), reduz-se o possível subjetivismo.

Contudo, ainda assim, sobra amplo espaço à liberdade do julgador para optar por várias soluções jurídicas, inclusive em sentido contrário, as quais podem ser devidamente fundamentadas e, portanto, válidas, especialmente quando o julgador se vê diante de situação em que tem de decidir, nos casos de colisão entre

²⁶⁸ PERELMAN, Chäim. **Lógica Jurídica**: Nova retórica. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 138.

princípios de direitos fundamentais, qual deve prevalecer no caso concreto por meio do processo de sopesamento²⁶⁹.

Por isso, em casos em que há colisão entre direitos fundamentais, é preciso que as regras de argumentação jurídica sejam bem observadas na realização do sopesamento para não se colocar em risco a eficácia das normas de direitos fundamentais.

5.3.3. União estável homoafetiva e sua regulamentação via jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Uns dos precedentes do Supremo Tribunal Federal que tomamos como parâmetro de análise é aquele em que houve, não somente o reconhecimento, como a regulamentação da união estável homoafetiva via jurisprudência, consubstanciado no julgamento da ADI 4277.

Foi relator deste processo o ministro Ayres Britto, cujo relatório do acórdão consignou, inicialmente, que se tratava de ADPF (132/RJ) ajuizada pelo Governador do RJ, cujo descumprimento diz respeito à interpretação da legislação local relativa à concessão de licença para acompanhar familiares e cônjuge, e direitos relacionados à previdência e assistência social aos familiares de funcionários públicos; que decisões judiciais tem negado às uniões homoafetivas o rol de direitos reconhecidos às uniões heterossexuais.

Foram considerados os preceitos violados a igualdade, segurança jurídica, liberdade e dignidade da pessoa humana. Formulou-se pedido requerendo a validade de decisões administrativas que equiparam as uniões homoafetivas a uniões estáveis e, subsidiariamente, que a ADPF fosse recebida como ADI com a aplicação da interpretação conforme dos incisos II e V do art. 19 e ao art. 33 do Decreto-lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Rio de Janeiro) e ao art. 1.723 do Código Civil, interpretação que, da mesma forma,

²⁶⁹ “Essa natureza principiológica implica a necessidade de sopesamentos. Embora o processo de sopesamento seja, como já foi demonstrado, um processo racional, ele não é um processo que sempre leva a uma única solução para cada caso concreto. Decidir qual solução será considerada como correta após o sopesamento é algo que depende de valorações que não são controláveis próprio processo de sopesar. Neste sentido, o sopesamento é um procedimento aberto.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 543.

resultasse na não-proibição do regime jurídico da união estável entre heteroafetivos às uniões de traço homoafetivo.

Os tribunais de justiça prestaram informações nos seguinte sentido: Posicionamento a favor: a) em favor da equiparação entre a união estável heterossexual e a união homoafetiva: Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Paraná (o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, noticiou o reconhecimento de direitos a companheiro de servidor em união homoafetiva e, desde 2004, a edição de provimento normativo com a finalidade de determinar aos serviços notariais o registro de documentos relacionados com uniões da espécie);

Posicionamento contrário: b) contrário ao reconhecimento dos efeitos jurídicos da união estável à união entre parceiros do mesmo sexo: Distrito Federal e Santa Catarina. O Tribunal de Justiça da Bahia acrescentou que o Poder Judiciário, no exercício da função administrativa (aplicação do Estatuto dos Servidores), não poderia conceder direitos que não estejam previstos em lei, e que a divergência nos julgamentos é de ser resolvida pelas vias recursais, não se configurando a controvérsia judicial em si como ato lesivo a preceito fundamental. Entendeu, portanto, incabível a ADPF.

Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina noticiou que as uniões homoafetivas (entendidas como “parcerias civis”) são ali regidas pelo direito das obrigações (sociedades de fato), situando-se, portanto, na esfera de competência das varas cíveis comuns, e não das varas de família. A seu turno, o Tribunal do Espírito Santo defendeu que a enumeração constitucional das entidades familiares é meramente exemplificativa, pelo que nada impede o reconhecimento jurídico da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Por fim, alguns Tribunais noticiaram a inexistência de processos que tenham por objeto o reconhecimento de efeitos jurídicos a uniões homoafetivas (Tocantins, Sergipe, Pará, Roraima);

Em relação aos direitos previdenciários, o relator afirmou a perda de objeto da ação, isto porque já havia legislação fluminense admitindo o gozo destes direitos, reconhecendo a união estável entre pessoas conviventes do mesmo sexo. Que foi distribuída a ADI 4277, originariamente autuada como ADPF 178, contemplando o mesmo objeto da ADPF 132, ressaltando-se que, na própria ADPF, há pedido subsidiário para que esta seja recebida como ADI.

A ADPF foi recebida como ADI juntamente com a ADI 4277, cujo objeto foi a interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do CC/2002.

Passaremos a analisar, agora, a fundamentação contida nos votos de alguns dos ministros proferidos neste julgamento e, em seguida, anotar as questões relevantes a partir das teorias abordadas no presente trabalho, tanto relativas aos direitos fundamentais, como também as concernentes à teoria da argumentação jurídica.

Iniciaremos pelo voto do relator Min. Ayres Britto cujos fundamentos são descritos, resumidamente, adiante:

- ✓ Afirma que, já de início, o pedido é procedente, eis que na própria Constituição é que se encontram as respostas para o tratamento jurídico a ser dado às uniões homoafetivas pautadas na durabilidade, conhecimento público, continuidade com propósito ou anseio de constituir uma família.
- ✓ Que a origem do vocábulo “homoafetividade” foi cunhado em substituição ao “homossexual” carregado de estigma do preconceito – Maria Berenice Dias - para acentuar uma união essencialmente afetiva ou amorosa.
- ✓ Citação: “(...) é Platão quem o diz -, “quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que “O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”.

Este argumento está no âmbito do discurso prático geral, pois não se invoca, como no discurso jurídico, lei ou precedente ou mesmo argumento dogmático. O apelo ao emotivo mostra-se com bastante clareza. Na ética analítica de Stevenson, a função dos juízos morais não é a de referir-se a fatos, mas a de influenciar pessoas, cujas expressões morais funcionam como instrumento psíquico. Em vez de simplesmente descrever os interesses das pessoas eles os modificam ou intensificam. A tese fundamental da teoria de Stevenson, como afirma Alexy, é a de que a relação entre as razões deduzidas contra ou a favor de uma proposição normativa e a proposição normativa não é lógica (dedutiva ou indutiva), mas apenas

psíquica, cujo resultado, na prática, vai depender do ouvinte acreditar no enunciado e a partir desta crença, mudar o comportamento²⁷⁰.

- ✓ Como existe uma diferença anatômico-fisiológica entre os órgãos genitais, eles passaram a serem designados, também, como “sexo”. Instinto sexual ou libido, no ponto de partida das relações afetivas, que afasta as funções meramente mecânicas das funções ditas fisiológicas.
- ✓ A CF não dispõe, de modo expresso, acerca do uso das três funções: estimulação erótica, conjunção carnal e produção biológica, de modo que a forma de seu uso fica ao arbítrio do indivíduo. (Direito de não ter dever – poder fazer tudo aquilo que a lei não proíbe).
- ✓ Preferência sexual como direta emanção dos princípios da dignidade da pessoa humana (34).
- ✓ Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe.

Segue o ministro em extensa argumentação para definir o conteúdo semântico do termo “sexo”, ora designado para diferenciar o gênero masculino/feminino, ora para referir-se aos órgãos genitais das pessoas, e que, de qualquer forma, não se presta a servir de fator de desigualação no plano jurídico, desaguando no argumento kelseniano de que o que não está proibido estaria, por consequência, permitido.

- ✓ há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher; não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos, mas o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos;

²⁷⁰ ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 51-53.

- ✓ essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional);

Este argumento carrega, em si, uma simplificação de algo que é muito mais complexo do que a mera referência ao princípio da isonomia. Primeiro, porque a isonomia entre o homem e a mulher não é tão absoluta assim, pois o ordenamento jurídico estabelece tratamento jurídico diferenciado entre homens e mulheres em que podemos citar, como exemplo, o serviço militar obrigatório somente para os homens; tempo de contribuição para aposentadoria menor para as mulheres, enfim, existem questões de moral política que o legislador entendeu por bem, ao tempo de criação da norma, levar em consideração.

A possibilidade de disposição da sexualidade também não é algo singelo como resultado de uma dedução lógica do princípio de liberdade e de igualdade. Muitas coisas podem ser deduzidas de princípios gerais e abstratos e a decisão judicial não se limita a por um fim à controvérsia dos casos passados e presentes, mas objetiva, também, fornecer um parâmetro para os casos futuros.

Se o direito deve assegurar a plena liberdade de disposição da sexualidade, com base nos princípios de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana aos heterossexuais e homossexuais, deverá assegurar os mesmos direitos a pessoas que, fora desta dicotomia hetero/homo sexuais, vivem outras formas igualmente válidas de relacionamento amoroso.

A partir do princípio abstrato de liberdade, podem reivindicar os mesmos direitos as pessoas que se dizem bi-sexuais, pois são as formas pelas quais se realizam e constroem suas identidades sociais. Do mesmo modo, podem reivindicar o direito de se casarem pessoas que vivem relacionamentos consanguíneos, por exemplo, relacionamento entre irmãos, que é proibido pelo direito brasileiro (art. 1.521, IV, CC/2002), porém, já existem muitos casos assim no mundo. Ainda que se possa objetar que um dos motivos da proibição é de ordem genética, devido ao risco de anomalias genéticas da prole, mas este é um risco que as pessoas teriam o direito de assumir ou mesmo de optarem por não ter filhos.

Como o direito, nestas circunstâncias, poderá regular essas novas formas multifacetadas de relacionamento tão logo sejam reivindicadas em juízo?

É preciso deixar claro que o objetivo do presente trabalho não é sustentar posição contrária à decisão judicial em relação ao direito subjetivo das pessoas de viverem relações homossexuais devidamente reguladas pelo direito. O problema levantado é o do encaminhamento da questão que, além de jurídica, é também de moral política, e se, de fato, deveria ser resolvida pelo Judiciário. Será que é o Poder Judiciário que deve impor a todos qual é a moral a ser observada pela sociedade?

Longe de ser uma questão simples, em 26 de maio de 2013, milhares de pessoas, na França, saíram às ruas em protesto à nova lei que liberou o casamento e a adoção homossexual²⁷¹. No berço da democracia moderna esse problema se mostra mais complexo do que por aqui, resolvido a partir da vontade e decisão de onze pessoas.

- ✓ A união estável entre homem e mulher: a dualidade entre homem e mulher tem uma lógica inicial: tem uma vertente de incentivar o casamento como reverência à tradição sócio cultural-religiosa do mundo ocidental;
- ✓ Que a dualidade, no âmbito da união estável, se deve ao *“propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou sem papel passado ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o §4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Preceito, este último, que também relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”) para atuar como estratégia de reforço*

²⁷¹<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/05/protestos-contr-o-casamento-gay-terminam-em-confusao-na-franca.html>.

normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes.”

- ✓ Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.

Para o ministro relator, a dualidade entre “homem e mulher” em relação à união estável referida no texto constitucional, tem, inicialmente, um propósito de incentivar o casamento religioso como tradição cultural ocidental. Esta dualidade se presta a realçar e estabelecer relações jurídicas horizontais entre homens e mulheres e/ou relações sem hierarquia entre gêneros, com base na interpretação dos princípios constitucionais da liberdade e igualdade, além, é claro, da dignidade da pessoa humana.

Este é ponto fundamental da argumentação do ministro já que é o argumento com o qual ele justifica a superação da literalidade do texto contido no art. 226, §3 da Constituição e do art. 1.723 do Código Civil.

Para o ministro Ayres Britto, portanto, o texto não é óbice ao reconhecimento do pedido formulado, cuja interpretação dada vai além de sua literalidade.

Aqui tem pertinência as regras do discurso jurídico, especialmente no que se refere às regras e formas de justificação interna:

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal;

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal junto a outras proposições.

(J.2.3) Sempre que houver uma dúvida se A é um T ou M¹, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

(J.2.4) são necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.

É importante ressaltar que, na argumentação do ministro, o deferimento do pedido não decorre, isoladamente, de uma norma universal. Ao contrário, há uma interpretação extensiva e demasiadamente elástica da norma universal do art. 226, §3, da CF, apoiada, exclusivamente, nos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e na dignidade da pessoa humana.

Relembremos, aqui, a estrutura básica da justificação interna:

(J.1.1) . (1) (x) (Tx → ORx)
 . (2) Ta
 (3) Ora (1) . (2)

A partir do estado de coisas (Tx) segue a consequência jurídica (ORx), que pode ser preenchida no sentido de que (§3º do art. 226, da CF e art. 1.723 do Código Civil) para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Deste modo, o estado de coisas (Tx) consubstanciado na *“relação entre o homem e a mulher configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”*, deverá ensejar a consequência jurídica (ORx) que é *“o reconhecimento como “união estável”, merecedora da proteção estatal cuja lei deverá facilitar sua conversão em casamento”*.

A regra “M1” criada pelo ministro para o uso de “T”, na tentativa de superar a literalidade do texto, não foi devidamente fundamentada racionalmente, pois o texto não deixa dúvida de que a união estável deve ser entre “o homem e a mulher”, e não entre “homens e/ou mulheres”. O argumento de que a dualidade, no âmbito da união estável, se deve ao *“propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de*

estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano”, é momento de pura criação judicial no ato de interpretar o direito e cuja premissa é tornada explícita pela estrutura de justificação interna.

Portanto, no contexto de justificação interna, a premissa transparece, porém, no âmbito de justificação externa, ou seja, de fundamentação desta premissa, não houve etapas de justificação suficientes para fundamentar a regra M¹. Aliás, esta forma de superação da literalidade do texto foi fortemente contrariada na fundamentação dos votos de outros ministros, como mostraremos na sequência.

Luiz Fux:

- ✓ Inicia ressaltando o consectário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico. Serve a teoria dos deveres de proteção como meio de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Com isso, o Estado não fica apenas obrigado a abster-se da violação dos direitos fundamentais, como também a atuar positivamente na proteção de seus titulares diante de lesões e ameaças provindas de terceiros, seja no exercício de sua atividade legislativa, administrativa ou jurisdicional.
- ✓ Há que se recordar aqui a classificação dos direitos fundamentais proposta por ROBERT ALEXY (Teoría de los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Tercera reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, especialmente p. 435 e seguintes), segundo a qual são direitos de proteção aqueles conferidos aos titulares de direitos fundamentais em face do Estado para que este os proteja de intervenções de terceiros. Portanto, são direitos prestacionais em sentido amplo, por exigir uma atuação comissiva do Estado na garantia do regular exercício dos direitos fundamentais.
- ✓ Primeira premissa fundamental: a homossexualidade é um fato da vida. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro

pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.

- ✓ A segunda premissa importante é a de que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos *amicus curiae* – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo.
- ✓ A terceira premissa é, a rigor, um desdobramento das anteriores: a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença. A quarta das premissas: os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida. Isso simplesmente ocorre, como sempre ocorreu (ainda que, em muitos casos, secretamente) e decerto continuará a ocorrer.
- ✓ Dados estatísticos: há mais de 60.000 uniões homoafetivas declaradas no Brasil.
- ✓ A quinta premissa não é fática, mas jurídica: não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos.
- ✓ a Constituição de 1988 consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.

Os argumentos do Min. Luiz Fux deixam transparecer a forte influência do pensamento alemão, ressaltando o papel do Estado de atuar não só negativamente, mas de forma positiva na proteção dos titulares de direitos fundamentais contra lesão ou mesmo ameaça destes direitos, consubstanciando a dimensão objetiva das

normas de direitos fundamentais (dever de proteção), invocando, inclusive, a classificação dos direitos fundamentais adotada por Robert Alexy.

Na sequência da exposição, o ministro desenvolve fundamentação no âmbito da argumentação empírica ressaltando a relação homossexual como um fato da vida, eis que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual; não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo, e não é uma ideologia ou uma crença. Que os homossexuais constituem entre si relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, com o propósito de compartilhar meios e projetos de vida.

Reproduz, por fim, o argumento kelseniano de que não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas, pois, não existe, no direito brasileiro, vedação às uniões homoafetivas, haja vista, sobretudo, a reserva de lei instituída pelo art. 5.º, inciso II, da Constituição de 1988 para a vedação de quaisquer condutas aos indivíduos, ou seja, o que não está expressamente proibido estará permitido.

Evidentemente que este argumento mereceria melhores fundamentos, por parte do voto do ministro, pois não se pode deduzir, sem ressalvas, que nos casos em que a Constituição não estabelece proibições expressas estarão os atos, automaticamente, permitidos. Um bom exemplo disto, citado por Lenio Streck²⁷², é o caso do art. 102, I, da Constituição Federal que prevê a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade de lei estadual e federal, junto ao Supremo Tribunal Federal. A ausência de proibição expressa da possibilidade de arguição de inconstitucionalidade de lei municipal não torna cabível tal arguição junto ao Supremo Tribunal Federal.

- ✓ O que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas, das uniões homoafetivas? Nada as distingue. Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia-a-dia; projetam um futuro comum.

²⁷²STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

De fato, não existe diferença ontológica que justifique a desigualação jurídica entre a união heteroafetiva e homoafetiva. Porém, existe um texto legal cuja interpretação, à primeira vista, não deixa dúvidas de que a união estável que deve ser reconhecida é aquela entre “o homem e a mulher”.

- ✓ Se, ontologicamente, união estável (heterossexual) e união estável (homoafetiva) são simétricas, não se pode considerar apenas a primeira como entidade familiar. Impõe-se, ao revés, entender que a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos.

Este é um argumento baseado na interpretação analógica. Se a “A” é dispensado um determinado tratamento jurídico, então a “B”, sendo semelhante a “A”, há de ser dado o mesmo tratamento.

Está-se diante de uma forma de argumentos especiais, ou seja, do argumento analógico, que tem a seguinte estrutura:

- (J.16) . (1) $(x) (Fx \vee F_{\text{sim } x} \rightarrow OGx)$
 . (2) $(x) (Hx \rightarrow F_{\text{sim } x})$
 . (3) $(x) (Hx \rightarrow OGx)$ 1), 2

Se ao estado de coisas (Fx) e $(F_{\text{sim } x} = \text{semelhante a } Fx)$ dá-se a consequência jurídica OGx , sendo (Fx) a união heteroafetiva merecedora da proteção jurídica (OGx) , logo a união homoafetiva $(F_{\text{sim } x})$ deve receber a mesma proteção.

- ✓ Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de ROBERT ALEXY (ob. cit., p. 395 e seguintes), para quem, inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico.

Muita coisa pode ser deduzida diretamente do princípio da isonomia, devido à sua carga de abstratividade e conteúdo ideologizado. Por meio de uma simples inferência lógica não se poderia admitir, por exemplo, a imposição obrigatória do serviço militar somente aos homens, ou o direito da mulher de se aposentar com menos tempo de contribuição e com menos idade, mesmo porque, a estatística tem mostrado que as mulheres tem expectativa de vida superior as dos homens e vivem em torno de sete anos a mais²⁷³.

Também, não se poderia admitir, por exemplo, que contribuintes em situação equivalente a dos demais pudesse ser submetido a carga tributária desigual. Isto ocorreu no caso em que o Supremo Tribunal Federal, quando declarou inconstitucional o prazo decadencial de dez anos para a constituição e cobrança das contribuições previdenciárias, modulou os efeitos da decisão para determinar que os valores recolhidos indevidamente com base na lei inconstitucional, pelos contribuintes que não questionaram a legislação até a data do julgamento, fossem considerado legítimo.

- ✓ o silêncio legislativo sobre as uniões homoafetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação.

O ministro afirma que houve silêncio do legislador. Aqui, é importante ressaltar que, diferentemente do ministro Ayres Britto, o ministro Fux não estabelece como premissa maior o texto do art. 226, §3, emprestando-lhe interpretação extensiva, mas admite a ausência de norma no sistema a tutelar a proteção reivindicada.

Alguns problemas se colocam diante disto. O silêncio teria sido do constituinte ou do legislador? Se do constituinte, então seria possível falar em lacuna constitucional? É possível colmatar uma lacuna constitucional? O STF pode substituir-se ao constituinte originário para constitucionalizar novos valores, novas normas? É possível falar em silêncio do legislador diante do fato de que o mesmo

²⁷³ <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/12/01/mulheres-vivem-sete-anos-a-mais-que-homens-afirma-ibge.htm>.

limitou-se a reproduzir o texto constitucional? Sempre que o legislador for silente é possível ao judiciário substituí-lo na tarefa de legislar?

- ✓ Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

O ministro admite, como já dito, a omissão legislativa, embora não esteja claro se esta omissão é do constituinte ou do legislador infraconstitucional. Não se pode admitir que seja do legislador infraconstitucional, isto porque o art. 1723 reproduz literalmente a dualidade “homem e a mulher” contida no texto constitucional, texto este que marca os limites de atuação do legislador ordinário, do qual não poderia afastar-se. Então fica uma preocupação relevante quanto aos limites de atuação do STF que vislumbra a possibilidade de colmatar a própria Constituição Federal para desvelar valores que estariam por detrás de seu texto, atuando como um verdadeiro constituinte originário para constitucionalizar esses valores que teriam sido esquecidos pelo legislador originário.

- ✓ A questão do reconhecimento também toca o tema da segurança jurídica. Reconhecimento, portanto, também é certeza e previsibilidade. As relações reconhecidas pelo direito têm os seus efeitos jurídicos plenamente identificáveis e as retiram do limbo. As uniões homoafetivas, uma vez equiparadas às uniões estáveis entre heterossexuais, permitirão aos indivíduos homossexuais planejar suas vidas de acordo com as normas jurídicas vigentes, prerrogativa que se espera de uma ordem jurídica comprometida com a proteção dos direitos fundamentais, como é a brasileira.

A segurança jurídica é potencialmente ofendida quando a Corte se auto proclama legitimada a colmatar suposta lacuna do constituinte originário ou derivado, ou mesmo sanar uma suposta inconstitucionalidade do constituinte originário a partir da

descoberta axiológica subjacente ao texto expresso e claro contido na Constituição Federal. Isto afeta tanto a segurança jurídica, em sentido contrário aos argumentos dos ministros, que a regulamentação da união homoafetiva, via jurisprudência, está ensejando novos problemas decorrentes desta regulamentação, especialmente em relação aos demais aspectos relacionados ao tema, como a adoção e o casamento, por exemplo.

- ✓ não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal (“entre homem e mulher”). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no conceito de família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil.
- ✓ É por essas tantas razões que voto pela procedência dos pedidos formulados na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – nesta, o respectivo pedido subsidiário – e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, de modo a que seja o art. 1.723 do Código Civil vigente (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) interpretado conforme a Constituição, para determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, como também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo.

Se o problema da união estável entre pessoas do mesmo sexo fosse um problema somente de regulamentação, pois seu reconhecimento decorreria do texto constitucional, se estaria diante da situação de um direito reconhecido, cujo exercício é obstaculizado por falta de norma regulamentadora. O sistema contempla solução para estes casos, com a possibilidade de impetração de mandado de injunção ou mesmo de uma ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, remédios garantidos pela própria Constituição Federal, em conformidade com o princípio democrático e o da separação dos poderes.

É possível questionar a eficiência destes instrumentos, pois, a experiência tem mostrado que não há meio eficaz do Supremo Tribunal Federal obrigar o Legislador a legislar. Porém, é a sistemática que emerge do modelo democrático e seu aperfeiçoamento talvez pudesse vir do amadurecimento político do cidadão. A prática de o Supremo tudo conceder, à margem do processo político, pode bloquear esse amadurecimento e provocar, justamente, a desmobilização política do cidadão.

O Ministro Gilmar Mendes expôs os seguintes fundamentos em suas manifestações sobre o tema que, resumidamente, seguem adiante:

- ✓ o texto reproduz, em linhas básicas, aquilo que consta do texto constitucional; o texto da lei civil reproduz aquilo que consta do texto constitucional. E, de alguma forma, a meu ver, eu cheguei a pensar que era um tipo de construto meramente intelectual-processual, que levava os autores a propor a ação, uma vez que o texto, em princípio, reproduzindo a Constituição, não comportaria esse modelo de interpretação conforme. Ele não se destinava a disciplinar outra instituição que não fosse a união estável entre homem e mulher, na linha do que estava no texto constitucional. Daí não ter polissemia, daí não ter outro entendimento que não aquele constante do texto constitucional. Talvez o único argumento que possa justificar a tese da interpretação conforme – isso foi lançado da tribuna, com exemplos – é que, quando se invoca a possibilidade de se ter a união estável entre homem ou entre pessoas do mesmo sexo, invoca-se esse dispositivo como óbice, como proibição.
- ✓ E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer, mas não com base no texto, nem com base na norma constitucional, mas com base em outros princípios, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Mas eu não diria que isso decorre do texto legal e nem que está nele albergada alguma proibição, mas tão somente – por isso que me parece e pelo menos esse é o meu juízo inicial e, obviamente, provisório – que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição, no caso, é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento.

A interpretação conforme, nos argumentos do ministro Gilmar Mendes, diz respeito à interpretação da lei civil de acordo com os princípios constitucionais e não com o referido art. 226, §3º, já que este dispositivo contém o mesmo enunciado do art. 1723. Por este argumento, conclui-se que, o entendimento do ministro é no sentido de que o nosso sistema jurídico permite o reconhecimento de um direito que pode ser deduzido logicamente e diretamente a partir de princípios constitucionais abstratos e ideologizados.

O Min. Ricardo Lewandowski trouxe importantes argumentos em seu voto, conforme se verá adiante:

- ✓ Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. Confira-se abaixo:
- ✓ “O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: - Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gaysés do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no § º : ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda. O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE: - Isso é coação moral irresistível. O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Concedo a palavra ao relator. O SR.

CONSTITUINTE GERSON PERES: - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo. O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL): - Sr. Presidente, estou de acordo. O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES): - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. (Pausa). Aprovada (Palmas).”

- ✓ Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.
- ✓ Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.
- ✓ E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento.
- ✓ Ora, embora essa relação não se caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.
- ✓ apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e

- à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso.
- ✓ não há previsão normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance mão da integração analógica com o fim de colmatar as lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com a anomia.
 - ✓ Esse proceder metodológico encontra apoio no respeitável entendimento de Konrad Hesse, segundo o qual “o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da ‘realidade’ de cuja ordenação se trata”. Dito de outro modo, não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica, sob pena, inclusive, em nosso caso, de negar vigência ao disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior.
 - ✓ Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico.
 - ✓ Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.

O Min. Lewandowsk bem observou a vontade do legislador constituinte ao trazer ao plenário dos debates que originaram a redação do art. 226, 3º, evidenciando que a intenção do legislador constituinte, com o texto, foi impedir que fosse reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Por isso, segundo o ministro, o único caminho seria o reconhecimento de uma quarta entidade familiar, refutando a

possibilidade da interpretação extensiva ou mesmo conforme dos dispositivos constitucionais e da lei civil, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes erigida a cláusula pétrea conforme art. 60, §4º, III, da CF. A interpretação jurídica não pode desbordar dos limites objetivamente delineados nos parâmetros normativos (*in claris cessat interpretativo*). É importante ressaltar que este argumento do Min. Lewandowski é um importante argumento contra a interpretação conforme proposta pelo Min. Ayres Britto em relação à possibilidade de superação da literalidade do texto constitucional e de que a dualidade “homem e a mulher”.

Na verdade, os debates na assembleia constituinte mostram exatamente que o constituinte intencionou evitar o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Para o ministro Lewandowski, é possível que se reconheça um quarto gênero de entidade familiar, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, pela necessidade de concretizar os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual, aplicáveis às situações sob análise. No caso, seria possível valer-se da interpretação analógica, aplicando-se ao caso as regras do gênero mais próximo.

O Min. Gilmar Mendes comentou o seguinte:

- ✓ E eu comemoro também essa decisão. Os senhores sabem que sou um crítico muito ferrenho daquele argumento de que, quando em vez, lançamos mão: essa coisa de que não podemos fazer isto porque estamos nos comportando como legislador positivo ou coisa que o valha.
- ✓ Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a

substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo.

- ✓ Na verdade, essa própria afirmação já envolve um certo engodo metodológico. Eu dizia que até a fórmula puramente cassatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, essa própria fórmula já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um *status quo* contrário à posição que estava a ser...
- ✓ Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo próprio Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.
- ✓ Não seria extravagante, no âmbito da jurisdição constitucional, diante inclusive das acusações de eventual ativismo judicial, de excesso de intervenção judicial, dizer que melhor caberia o Congresso encaminhar esse tema, como têm feito muitos parlamentos do mundo todo. Mas é verdade, também, que o quadro que se tem, como já foi aqui descrito, é de inércia, de não decisão por razões políticas várias que não valem, que não devem ser aqui lembradas, nós conseguimos então identificar.
- ✓ A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o número 226, § 3º, multicitado: "§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de "união estável entre homem e mulher". A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.
- ✓ O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Só que no meu voto, a Ministra Cármen também, acho, o Ministro Fux, enfim, nós damos uma

interpretação a esse texto para muito além da literalidade, de modo que ele não exclui as outras ...

- ✓ O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Gilmar, se Vossa Excelência me permite. Como a regra jurídica aplicável não integra a causa petendi, também é possível interpretar-se que esta ação foi proposta tendo em vista dar uma interpretação ao artigo 1.723 conforme a Constituição Federal, à luz dos princípios da Constituição Federal dos quais emergem direitos também.
- ✓ Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos.
- ✓ Presidente, com isso eu chego à parte final do meu voto, para dizer que, em linhas gerais, estou de acordo com o pronunciamento do Relator quanto ao resultado, embora esteja a pontuar aqui uma série de preocupações e de divergências em relação à fundamentação, ou pelo menos algumas explicitações em relação à fundamentação. Todavia, também tenho um certo temor, que por dever e honestidade intelectual acho que devo explicitar, de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas. O exercício de imaginação institucional certamente nos estimula, mas, ao mesmo tempo, nos desanima, porque quando fazemos os paradigmas e começamos a fazer as equiparações e as elucubrações, certamente – e sabemos como limitada é a nossa capacidade de imaginar os fatos -, começamos a ver que pretender regular isto, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de descarrilharmos, produzindo lacunas. Ao mesmo tempo, fazermos simplesmente a equiparação pode, também, fazer com que nós estejamos a equiparar situações que vão revelar diversidades, tal como apontava o Ministro Ricardo Lewandowski.
- ✓ As escolhas aqui são de fato dramáticas, difíceis. De modo que eu, neste momento, limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da

cláusula constante do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos.

- ✓ O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Ministro Gilmar Mendes, assinalei no meu voto que nós estamos ocupando um espaço que é do Congresso Nacional. Vossa Excelência mesmo acentuou, com muita propriedade, que há uma espécie de inércia ou inapetência do Parlamento em regular essa matéria, por razões que não nos compete examinar. Então eu afirmei, assentei e conclui que a nossa comutação desta lacuna é meramente provisória, porque, na verdade, quem tem o poder de legislar nesta matéria, originariamente, é o Congresso Nacional.
- ✓ O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Pelo meu voto e dos que me seguiram não há lacuna e, portanto, não há necessidade de colmatação. Nós demos um tipo de interpretação superadora da literalidade, apontando que a própria Constituição contém elementos interpretativos que habilitam esse julgamento do Supremo a concluir pela paridade de situações jurídicas, sem lacuna e, portanto, sem a necessidade de preenchimento ou colmatação. Mas Vossa Excelência disse bem, são fundamentos diferentes.
- ✓ Sobre essa questão do Congresso, Presidente, é interessante observar os dilemas que marcam a atuação da jurisdição constitucional. De quando em vez se afirma que o Supremo Tribunal Federal está exorbitando de suas funções, e se alega, então, que nós estamos a interferir em demasia na disciplina do sistema político. Foi assim na discussão, por exemplo, sobre a fidelidade partidária; recentemente se invocava a autonomia do Congresso Nacional no caso da Lei da Ficha Limpa, e aqui, de novo, até uma dessas revelações da perversão do sistema. Se os senhores compulsarem os debates no Congresso Nacional, os senhores verão que não poucos parlamentares diziam, clara e sonoramente, que estavam fazendo aquela lei para atender a um tipo de pressão, mas que o Supremo a derrubaria. É quase que uma perversão do sistema representativo. Vamos atender às pressões imediatas, mas o Supremo vai derrubar, porque ela é inconstitucional.
- ✓ Seria muito fácil responder que essa matéria deveria ser regulada por norma, ser editada pelo Congresso nacional, e nós sabemos quais seriam os resultados, tal como tem ocorrido com tantas decisões que temos proferido em sede de mandado de injunção.

O Min. Gilmar Mendes e o Min. Ricardo Lewandowski sabem que o Tribunal está avançando seus limites ao reconhecerem a união homoafetiva, com base na interpretação extensiva do art. 226, §3º, já que o enunciado normativo não conduz a isto, bem como da função de legislador que o Tribunal está assumindo neste julgamento. O Min. Gilmar Mendes chega ao ponto de afirmar “(...) limito-me a reconhecer a existência dessa união, por aplicação analógica, ou, se não houver outra possibilidade, mesmo extensiva, da cláusula constante do texto constitucional, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos”. Expõe, na sequência:

- ✓ Citação de Alexy, representação argumentativa do Tribunal (fls. 139 - 749).
- ✓ Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto (Bittencourt, Carlos Alberto Lucio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 2 ed. Rio de Janeiro, p. 95) e se não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador (ADIn 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADIn 1344-ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.04.2006; RP 1417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988; ADIn 3046-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004).
- ✓ Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O ministro reafirma, nesta passagem, que a Corte legitima-se por uma representação argumentativa, ou seja, circunscreve-se a uma representação por melhores argumentos. Reconhece, também, que a interpretação conforme é

delineada pela literalidade do texto e pela vontade do legislador. Porém, está assumindo uma postura de cada vez mais atuar positivamente e criativamente, inclusive, por entender que a mera declaração de inconstitucionalidade por omissão é instrumento pouco eficaz para solucionar os problemas da efetivação das garantias dos direitos fundamentais.

Não há como não admitir que o argumento do ministro é ousado e demonstra, claramente, que a postura do Supremo Tribunal Federal é a se colocar acima do processo democrático. Em relação àquilo que os direitos fundamentais exigem e que não está à disposição do legislador, o Supremo se coloca na condição de poder avocar a competência, não somente para dizer qual é o direito no caso concreto, mas, também, para identificar o direito por trás dos princípios constitucionais que o legislador deixou de reconhecer, inclusive por inércia ou mesmo por qualquer dificuldade política de encaminhar o tema, e positiva-lo no sistema jurídico.

O Tribunal assume, com toda a clareza, o ativismo judicial e a postura de atuar positivamente, o que, por consequência, tende a tornar instrumentos como o mandado de Injunção ou a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão sem utilidade no sistema, já que a tutela jurisdicional efetiva pode ser dada pelo próprio Tribunal. Tornar-se-á cada vez mais escasso pedir ao supremo uma ordem dirigida ao parcelamento para que este regulamente determinado direito, já que a tutela efetiva pode se concedida pelo próprio judiciário.

Em relação aos argumentos do Min. Celso de Melo, é importante transcrever os seguintes:

- ✓ Quanto à função do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito – pessoas que mantêm relações homoafetivas representam parcela minoritária, daí a dificuldade imposta pela maioria de opinião divergente no parcelamento em relação à implementação das medidas necessárias para a institucionalização; enseja a submissão de grupos minoritários à determinações da maioria;
- ✓ A força normativa dos princípios constitucionais e referência ao marco doutrinário consubstanciado no Neoconstitucionalismo (248/249-858/859);
- ✓ A ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam

esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos;

- ✓ Prática de ativismo judicial (moderadamente desempenhada em momentos excepcionais) é uma necessidade institucional diante de omissão e retardamento por parte dos órgãos públicos, no cumprimento de obrigações, que também significa um desrespeito à constituição.
- ✓ Cita a prof. Anna Candida da Cunha Ferraz – (259-869);

A postura da Corte é, como se vê, de assumir expressamente a atuação positiva como necessidade institucional, o que caracteriza, de certo modo, o chamado “ativismo judicial”. A base dogmática desta postura tem respaldo no que já foi exposto neste trabalho, ou seja, na doutrina do “Neoconstitucionalismo” que reafirma a força normativa da constituição.

O Min. Cesar Peluso, por sua vez, em breve resumo afirma o seguinte:

- ✓ recorre ao argumento com base nos princípios e afirma que a norma contida no art. 226, 3º não representa *númerus clausus*.
- ✓ Por fim, os ministros chegaram à conclusão de que a decisão não estanca os espaços legiferantes do parlamento, mas, ao contrário, exige que tais espaços sejam ocupados para a devida regulamentação;

Dos argumentos delineados pelos ministros neste julgamento é possível extrair algumas conclusões importantes. Nos casos difíceis, no âmbito do discursivamente possível, o procedimento argumentativo não pode garantir um único resultado racional. É possível que mais de uma decisão, mesmo em sentido contrário, possa ser considerada racional e, portanto, válida. Neste julgamento, por exemplo, foram expostos argumentos tanto no sentido de que o direito aplicado decorre do texto constitucional, bastando apenas uma interpretação extensiva, como em sentido contrário, de que o texto não tutelaria o direito invocado, mas sim, que o direito deveria decorrer diretamente dos princípios constitucionais.

Também se argumentou que o Tribunal não poderia ocupar os espaços que seriam próprios do legislador, mas também se sustentou o contrário, que o Tribunal tem legitimidade para atuar positivamente em cumprimento de um dever de aplicar a constituição, mesmo diante de espaços reservados à atuação do legislador, isto para conferir efetividade aos direitos e garantias fundamentais que não podem ser prejudicados pela omissão do parlamento, o que transforma, sem dúvida, o Supremo num órgão com poderes para promover alteração informal na própria Constituição Federal, poderes que, por certo, é reservado ao Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.

Por fim, MarcCormick comenta uma prática existente no direito inglês e no escocês, em relação ao julgamento colegiado, que, infelizmente, parecem não ocorrer nos julgamentos por aqui. Entre nós, cada ministro expõe seu parecer e nem sempre se engajam no debate rebatendo eventuais razões, uns dos outros, que sejam contrárias, em busca da melhor decisão²⁷⁴.

5.3.4. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do Pis e da Cofins nas operações internas

O caso concreto escolhido para ser analisado envolve questão tributária em que se discute a constitucionalidade da base de cálculo para a apuração das contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

A contribuição para o Pis/Pasep foi instituída pela Lei Complementar nº 7/1970 e a Confins pela Lei Complementar nº 70/1991, as quais incidiam, inicialmente, sobre o faturamento (receita bruta de vendas e serviços). Sobreveio, em 1998, a Lei 9.718/1998 que alterou a base de cálculo destas contribuições para

²⁷⁴ Da prática de permitir que cada juiz declare publicamente seu parecer, deriva o fato de os juízes realmente se engajarem numa discussão pública entre si. Num caso difícil, cada juiz expõe aquelas que lhe pareçam ser as melhores razões para uma forma de decisão e também rebate quaisquer razões que indiquem uma direção contrária. Um forte motivo para a clara exposição desses contra-argumentos é que um juiz discordante pode ter articulado de modo convincente as próprias razões que precisam ser atacadas para que a justificação da opinião da maioria se sustente. (NEIL, MacCormick. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 12-13.)

determinar que incidência recaísse sobre a receita bruta total dos contribuintes independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Essa mudança foi questionada no STF que declarou inconstitucional a ampliação da base de cálculo destas contribuições até o advento das leis 10.637/2002 e 10.833/03, que instituíram respectivamente, o sistema não cumulativo destas contribuições.

Por sua vez, o caso concreto selecionado para análise não trata desta inconstitucionalidade, mas de outra relacionada à inclusão do imposto estadual (ICMS) na base de cálculo das referidas contribuições. A polêmica recai sobre a constitucionalidade ou não do enunciado do inciso I, do §2º do artigo 3º, da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998, que assim dispõe:

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à **receita bruta da pessoa jurídica**. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001):

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, **excluem-se da receita bruta:**

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e **o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;** *(grifamos)*

Esta norma estabelece, em linhas gerais, que para efeito de apuração destas contribuições, o imposto estadual somente é excluído da base de cálculo nos casos de substituição tributária²⁷⁵. Portanto, nas demais hipóteses, que é a regra geral, os

²⁷⁵ A substituição tributária é um sistema de apuração e recolhimento do imposto em que o contribuinte é dispensado deste dever, o qual é atribuído a terceiro vinculado ao fato gerador (art. 128 do CTN), onde o primeiro empresário como elo da cadeia produtiva deverá apurar e recolher antecipadamente o imposto correspondente às obrigações dos destinatários contribuintes, com base no preço de venda ao consumidor final. É comumente chamado de sistema monofásico ou incidência

contribuintes estão sujeitos, pela lei, ao pagamento das contribuições que incidem, também, sobre o próprio imposto estadual.

Se a base de cálculo destas contribuições é definida, pela lei, como sendo “receita bruta da pessoa jurídica” então é preciso boas razões que justifiquem o fato desta lei considerar como receita bruta dos contribuintes o próprio imposto estadual, que de verdade não é receita, mas um ônus tributário.

Apenas para ilustrar, de forma simplificada²⁷⁶, vejamos um exemplo básico de cálculo:

Receita bruta – vendas internas	R\$ 700.000
Receita financeira	R\$ 100.000
Receita total – Base de cálculo	R\$ 800.000
Cofins = 7,6% x 800.000	R\$ 60.800
Pis = 1,65% x 800.000	R\$13.200

O imposto estadual é incluído na base de cálculo devido à forma de apuração do ICMS. O que é considerado como “receita bruta” de vendas e de prestação de serviços de telecomunicações e de transporte interestadual e intermunicipal tem embutido o valor do ICMS destacado em cada nota fiscal emitida, devido ao chamado “cálculo por dentro”, ou seja, o valor da receita é o valor total da nota fiscal emitida, sendo este o mesmo valor que deve ser lançado na contabilidade como receita.

Disto resulta que, no exemplo acima, o valor de R\$ 700.000,00 não é simplesmente receita do contribuinte, pois dentro deste valor está embutido o ICMS relativo às operações de venda de mercadorias. Para se chegar ao valor real da receita do contribuinte é preciso realizar o seguinte cálculo: R\$ 700.000,00 x 0,82 (supondo que o ICMS seja de 18%) = R\$ 574.000,00. Isto significa que a diferença entre este valor e o valor da receita bruta (700.000 – 574.000), que é de R\$

monofásica. Um exemplo desta forma de recolhimento está prevista no art. 29 da Lei 10.865/04 e art. 62 da Lei 11.196/05, aplicáveis aos fabricantes de cigarro, que devem recolher antecipadamente o tributo incidente sobre toda a cadeia produtiva com base no preço fixado para a venda do produto ao consumidor final.

²⁷⁶ Este exemplo é demasiadamente simplificado, não envolve deduções da base de cálculo, alíquota zero, substituição tributária e nem o aproveitamento de crédito pelo regime não cumulativo. Porém, para o que interessa ao caso, é suficiente para a compreensão da controvérsia que foi levada ao STF.

126.000,00, representa o ICMS embutido no preço dos produtos e que integra a base de cálculo das contribuições em questão. Na prática, o contribuinte acaba recolhendo as contribuições sobre o valor de R\$ 126.000,00 como sendo receita, quando na verdade representa um ônus do imposto estadual.

Além da questão jurídica complexa que envolve este caso concreto, há também a questão econômica, pois está em jogo uma disputa envolvendo cerca de quase 90 (noventa) bilhões de reais, conforme pesquisa realizada pela Conjur dos casos tributários que aguardam julgamento no Supremo Tribunal Federal²⁷⁷, cuja tabela é reproduzida abaixo:

Vejam os temas que aguardam julgamento:

Matéria	Impacto estimado	Processos relacionados (no STF)
Inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins	R\$ 89,4 bilhões	ADC 18, REs 240.785, 574.706*, 570.203, 606.107*
Cálculo da PIS e da Cofins pelo sistema não-cumulativo das prestadoras de serviço	R\$ 75,5 bilhões	REs 607.642, 570.122*
Desaposentação	R\$ 49,1 bilhões	REs 381.367, 661.256*
Tributação de IR sobre lucros de empresas coligadas no exterior	R\$ 36,6 bilhões	ADI 2.558, REs 611.586*, 541.090
ICMS sobre a base de cálculo do PIS e da Cofins cobrados na importação	R\$ 33,8 bilhões	REs 559.937, 559.607*
Creditamento de IPI nas aquisições de insumos isentos	R\$ 32 bilhões	REsp 1.246.317 (no STJ)
Correção da poupança dos planos econômicos	Cálculos divergem, mas podem chegar a R\$ 120 bilhões, segundo a Febraban	ADPF 165, REs 591.797*, 626.307, 631.363*, 632.212
Cobrança de Cofins de instituições financeiras e seguradoras	R\$ 17 bilhões	REs 400.497, 609.096*
Inclusão do valor equivalente ao da CSLL na base de cálculo da CSLL e do IRPJ	R\$ 14,8 bilhões	REs 582.525*, 433.343, 432.512, 432.072
Incidência de contribuição previdenciária sobre verbas trabalhistas	R\$ 5,7 bilhões	RE 576.967*
Incidência de contribuição previdenciária sobre serviços de cooperativas	R\$ 3,8 bilhões	ADI 2.594, RE 595.838*

²⁷⁷ <http://www.conjur.com.br/2013-fev-11/questoes-fiscais-pendentes-stf-stj-envolvem-350-bilhoes>

Matéria	Impacto estimado	Processos relacionados (no STF)
Incidência de ICMS sobre demanda contratada de energia elétrica	Varia entre estados; em SP, é de R\$ 530 milhões	RE 593.824
<i>* teve Repercussão Geral declarada</i>		

Outra razão para a escolha deste caso é que, diferentemente da questão envolvendo o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, a questão tributária tem o potencial de afetar diretamente o orçamento da União, reduzindo os recursos financeiros destinados aos gastos estatais em geral.

Esta questão pode resultar, sobretudo, em colisão de direitos fundamentais complexa em que, de um lado, o contribuinte deve ser protegido e esta proteção encontra respaldo nas limitações constitucionais ao poder de tributar. De outro lado, todos os destinatários dos serviços públicos, em geral, que podem ser prejudicados se o Estado for compulsoriamente obrigado a devolver o que arrecadou ilegalmente, já que os recursos financeiros são escassos e vai exigir decisão política quanto à opção de sua realocação adequada.

A inclusão, no orçamento, dos valores a serem devolvidos aos contribuintes que, por ventura, vierem a vencer a demanda, significará que estes recursos financeiros, em contra partida e na mesma proporção, não serão destinados aos gastos públicos em geral.

Portanto, é uma questão complexa e que tem muito a ver com a teoria da argumentação jurídica, isto porque não se trata de um problema que o direito positivo forneça, de pronto, uma solução clara que pode ser deduzida a partir das premissas dadas, embora existam fortes razões para que se reconheça a inconstitucionalidade do tributo, como se deu em seis votos proferidos pelos ministros no julgamento do RE 240.785, que mencionaremos com mais detalhes no decorrer da exposição.

Outra coisa bem diferente são as consequências desta decisão para os cofres públicos e parece ser este o grande problema, o que sugere não tratar-se de um problema somente jurídico, mas, também, econômico-político.

Portanto, uma decisão, neste caso, requer argumentação com base em princípios e em critérios racionais que, para a solução desta colisão, justifique a prevalência de um princípio em detrimento de outros.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, primeiramente, pela via difusa, ou seja, pela via do recurso extraordinário de nº 240.785-2/MG, distribuído ao relator Min. Marco Aurélio em 17/11/1998. Todas as informações relacionadas ao andamento deste processo, que serão mencionadas adiante, podem ser verificadas pela internet²⁷⁸.

Em 08/09/1999, o Min. Marco Aurélio apresentou seu voto conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário declarando a inconstitucionalidade da cobrança das contribuições com a inclusão do ICMS em sua base de cálculo. O julgamento foi suspenso devido ao pedido de vista do Min. Nelson Jobim.

Curiosamente, o Min. Nelson Jobim reteve o processo, com vista, de 1999 até 08/04/2004, quando, novamente, renovou o pedido de vista por mais 10 (dez) dias. Em 23/03/2006, o Tribunal deliberou pelo adiamento para que fossem renovados o julgamento, a sustentação oral e o retorno dos autos ao então presidente Min. Nelson Jobim.

Finalmente, em 24/08/2006, o feito foi a julgamento tendo sido proferido votos em que 6 (seis) dos ministros presentes deram provimento ao recurso para declarar a inconstitucionalidade da cobrança. De acordo com ata da sessão de julgamento, os fatos ficaram assim registrados:

GILMAR MENDES. DECISÃO: O TRIBUNAL, POR MAIORIA, CONHECEU DO RECURSO, VENCIDOS A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA E O SENHOR MINISTRO EROS GRAU. **NO MÉRITO, APÓS OS VOTOS DOS SENHORES MINISTROS MARCO AURÉLIO (RELATOR), CÁRMEN LÚCIA, RICARDO LEWANDOWSKI, CARLOS BRITTO, CEZAR PELUSO E SEPÚLVEDA PERTENCE, DANDO PROVIMENTO AO RECURSO, E DO VOTO DO SENHOR MINISTRO EROS GRAU, NEGANDO-O, PEDIU VISTA DOS AUTOS O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, OS SENHORES MINISTROS CELSO DE MELLO E JOAQUIM BARBOSA. FALARAM, PELA RECORRENTE, O PROFESSOR ROQUE ANTÔNIO CARRAZA E, PELA RECORRIDA, O DR. FABRÍCIO DA**

²⁷⁸<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=240785&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>

SOLLER, PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL.
PRESIDÊNCIA DA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE.
PLENÁRIO, 24.08.2006.

Portanto, neste julgamento, chegou-se ao quórum de 6 (seis) votos favoráveis à declaração da inconstitucionalidade da cobrança do tributo. Em linhas gerais, estaria decidida a questão, pois os votos dos demais membros, ainda que divergissem, não alteraria o resultado, pois a constitucionalidade das normas é decidida pelo voto da maioria, considerando que o Tribunal é composto por 11 (onze) ministros.

Ocorre que o julgamento não foi concluído em razão de pedido de vista do Min. Gilmar Mendes, que até o momento continua com os autos em seu poder.

Em agosto de 2008, talvez por manobra processual engenhosa, a União, por intermédio do Advogado Geral da União, Dias Toffoli, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, ajuizou uma Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, de nº 18, com pedido de medida cautelar, para suspender todos os julgamentos envolvendo a matéria, ou seja, a constitucionalidade da exação. A União pretendeu, com esta ação, que fosse declarada a constitucionalidade do dispositivo legal que já havia sido declarado inconstitucional, pelo voto de 6 (seis) dos ministros da Corte, no julgamento do RE 240.785-2/MG.

O que será analisado, a partir deste momento, é justamente a apreciação da medida cautelar requerida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, que ainda não foi definitivamente julgada, a qual está com pedido de vista para o Min. Marco Aurélio.

A ementa deste julgamento ficou assim redigida:

Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. COFINS e PIS/PASEP. Base de cálculo. Faturamento (art. 195, inciso I, alínea “b”, da CF). Exclusão do valor relativo ao ICMS.

1. O controle direto de constitucionalidade precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário.

2. Comprovada a divergência jurisprudencial entre Juízes e Tribunais pátrios relativamente à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP, cabe deferir a medida cautelar para suspender o julgamento das demandas que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98.

3. Medida cautelar deferida, excluídos desta os processos em andamentos no Supremo Tribunal Federal.

De acordo com o julgamento, a Corte entendeu que o controle concentrado (abstrato) precede o controle difuso, ou seja, a ação declaratória de constitucionalidade de índole objetiva (ADC) deve ser apreciada antes de qualquer recurso extraordinário (ação de índole subjetiva). Além disso, a Corte deferiu a medida cautelar para suspender todos os julgamentos sobre a matéria o que, na prática, implicou a proibição de qualquer juiz apreciar demandas que envolvam a aplicação do dispositivo legal questionado (art. 3º, §2º, inciso, da Lei nº 9.719/98).

Este caso é emblemático, primeiro porque o recurso extraordinário poderia ter sido julgado definitivamente em 1999, ocasião em que o Min. Marco Aurélio proferiu seu voto declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos legais questionados. Não o foi porque houve pedido de vista do Min. Nelson Jobim, que ficou com os autos por cerca de quase 5 (cinco) anos. O caso voltou ao plenário em agosto de 2006, ocasião em que 6 (seis) votos foram proferidos declarando a inconstitucionalidade da norma questionada. Porém, o julgamento não foi concluído, novamente, em razão de pedido de vista, desta vez pelo Min. Gilmar Mendes, situação que perdura até os dias de hoje.

Com ao ajuizamento da ADC nº 18/2008, pretendeu-se “apagar” o passado, ou seja, diante do caso que já estaria morto e acabado, com seis votos proferidos contrários aos interesses do governo, esta medida veio como remédio e, sem dúvida, foi reforçada, estrategicamente, a partir dos pedidos de vista formulados, pois, o tempo foi o melhor dos remédios. Além disso, a composição do Tribunal já

não é a mesma daquela que proferiu os seis votos, isto porque três dos ministros, que votaram em favor da inconstitucionalidade, já não estão mais na corte, como é o caso dos Min. Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence.

Além disso, a atuação do Supremo Tribunal Federal, neste caso, coloca uma nebulosa dúvida se de fato a Corte atua como guardiã da Constituição Federal e nos limites do processo democrático, pois ao deferir a medida cautelar e determinar a impossibilidade dos contribuintes irem a juízo questionar a inconstitucionalidade da tributação, na prática isto significou afastar o princípio maior de acesso à justiça como direito fundamental dos cidadãos, aquele previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1998²⁷⁹. Essa é uma questão que será analisada a partir da fundamentação dos votos proferidos na medida cautelar.

A apreciação da medida cautelar iniciou-se pela questão de ordem, ou seja, a questão que diz respeito à preferência dos julgamentos, nos termos do art. 138 do regimento interno da Corte²⁸⁰.

O Min. Marco Aurélio invocou este artigo do regimento para concluir que, tendo sido iniciado o julgamento do recurso extraordinário, inclusive ressaltando que no referido recurso alcançou-se maioria de seis votos, deveria este ter precedência na sequência do julgamento em relação à declaratória de constitucionalidade ajuizada.

Por sua vez, o relator do processo, o Min. Menezes Direito, suscitou interpretação em sentido contrário. Argumentou o ministro, em resumo, o seguinte:

- ✓ O artigo 138 do regimento Interno faz menção à preferência na sua classe, e a ação direta de constitucionalidade, que está dentro do controle abstrato pertencente às classes das ações que se destinam ao controle concentrado da constitucionalidade, não se insere dentro do preceito do art. 138.
- ✓ Conclui, assim, que é possível julgar a ação direta de constitucionalidade, primeiramente porque se está julgando apenas um pedido de cautela diante da existência de decisões flutuantes a respeito da matéria e que, enquanto não firmada a jurisprudência na Corte em relação ao tema, seria conveniente julgar o pedido cautelar formulado na ação direta.

²⁷⁹ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²⁸⁰ Art. 138. Preferirá aos demais, na sua classe, o processo, em mesa, cujo julgamento tenha sido iniciado.

O Min. Marco Aurélio, sobre esta posição do relator, esclareceu o seguinte:

- ✓ Se há um julgamento iniciado com seis votos já proferidos em um único sentido e houve pedido de vista, com a devolução do processo, este deve ter sequência, inclusive porque no julgamento já foi enfrentada a questão de fundo, enquanto na declaratória de constitucionalidade pretende-se nesta fase um ato precário e efêmero, que é a concessão de uma medida acauteladora.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou a divergência iniciada pelo Min. Menezes Direito.

O Min. Ricardo Lewandowski, por sua vez, acompanhou o Min. Marco Aurélio, argumentando o seguinte:

- ✓ A admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade, segundo a lei 9.868/99, em seu artigo 14, Inciso III, decorre da existência de controvérsia judicial relevante. Se há possibilidades, antes do julgamento da ação direta, de resolver definitivamente a controvérsia judicial relevante, então o recurso extraordinário prefere o julgamento da cautelar na ação direta de constitucionalidade.

O Min. Eros Grau, em singela manifestação, limitou-se apenas a pedir vênias para acompanhar a divergência instaurada pelo Min. Menezes Direito.

Também acompanharam a divergência do Min. Menezes Direito os Min. Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Ellen Gracie, acentuando apenas que os processos de natureza objetiva devem preceder sempre os processos de natureza subjetiva. Destaque apenas para o Min. Carlos Britto que argumentou ser o processo de índole objetiva o que melhor atende a defesa da Constituição de forma mais célere.

Já o Min. Cesar Peluso acompanhou o Min. Marco Aurélio no sentido de que o julgamento já iniciado do recurso extraordinário tem preferência sobre outros que ainda não se iniciaram.

Por fim, decidiu-se a questão de ordem pela apreciação da medida cautelar preferindo ao recurso extraordinário, cujo julgamento já havia sido iniciado.

Dos argumentos expostos pelos ministros sobre a questão de ordem parece-nos não haver dúvida de que faltou justificação racional para se chegar à conclusão de que a medida cautelar deveria ter preferência sobre o julgamento do recurso extraordinário, já iniciado e com maioria formada sobre a controvérsia.

A questão já tem cerca de quinze anos tramitando no Supremo Tribunal Federal e há quase sete anos foi apreciada com a formação de maioria de votos no julgamento do recurso extraordinário, em que se chegou a conclusão de que a exação é inconstitucional. Se a controvérsia não foi apreciada em definitivo, oportunamente, a única razão foram os pedidos de vista formulados e não justificados adequadamente.

Não foi justificada a solução da questão de ordem, pelo Tribunal, pois a conclusão do julgamento do recurso extraordinário, que já contava com maioria de votos, e seu julgamento já havia iniciado, era a forma mais célere para resolver a demanda. Dar preferência ao julgamento da cautelar implicava em solução em sentido diametralmente oposto, como de fato ocorreu, ou seja, a questão continuou em aberto no Tribunal aumentando, com isso, a insegurança jurídica, pois não se sabe mais quando será julgada e qual será o resultado desta ação.

Se o Tribunal, de fato, quisesse ser coerente com o que já havia sido decidido tempos atrás, não fez sentido prolongar esta indefinição, a não ser que interesses maiores pesassem a favor da solução adotada.

As conclusões de Alexy foram no sentido de que para reduzir o déficit de racionalidade na argumentação jurídica, em direitos fundamentais, é necessário um órgão que possa exercer a jurisdição constitucional, o qual não somente argumenta mas, também, decide.

Estamos, no caso concreto, diante do Supremo Tribunal Federal que se diz uma Corte Constitucional e que exerce a jurisdição constitucional em nosso sistema jurídico. Porém, o ato do Tribunal na apreciação da questão de ordem revela o abandono à argumentação, ou pelo menos à argumentação racional, onde somente há decisão baseada, precipuamente, no quórum formado pela maioria de votos. Não temos dúvidas que os melhores argumentos são colhidos nos votos vencidos.

Superada a questão preliminar, em relação ao argumento de não conhecimento da ação declaratória, que não é importante para a nossa análise, a

questão de mérito da medida cautelar iniciou-se pelo voto do relator o Min. Menezes Direito, cujos argumentos resumimos abaixo:

- ✓ Reconhece o ministro que a requerente demonstrou a existência de muitas decisões em território nacional admitindo a inclusão do ICMS na base de cálculos das contribuições questionadas; que após o julgamento realizado em agosto de 2006 do RE 240.785/MG, pelo Tribunal Pleno, a orientação jurisprudencial se inclinou no sentido de determinar a exclusão do imposto estadual da base de cálculo das referidas contribuições;
- ✓ Que existem seis votos favoráveis à exclusão da base de cálculo do Pis e da Cofins e apenas um voto em sentido contrário.
- ✓ Ocorre que, enquanto não encerrado o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do RE 240.785/MG, a jurisprudência permanecerá sujeita a flutuações inconvenientes aos sujeitos passivos da obrigação tributária e ao próprio Estado, recomendando a paralisação das demandas em trâmite.
- ✓ Ressalta eu o controle direto de inconstitucionalidade precede o difuso e não obsta o ajuizamento da declaratória o curso do julgamento do recurso extraordinário.
- ✓ Deferiu, com isso, a medida cautelar para que os Tribunais suspendessem o julgamento dos processos em trâmite, excluído apenas os que estavam em andamento no próprio Supremo Tribunal Federal.

Alguns aspectos da fundamentação do Min. Menezes Direito merecem comentários.

O primeiro aspecto diz respeito ao argumento de que, enquanto não for encerrado o julgamento, pelo Plenário, do RE 240.785/MG, a jurisprudência permaneceria flutuante. Este argumento era uma boa razão para se concluir o julgamento do recurso extraordinário, que já tem maioria de votos, ao invés de analisar a medida cautelar.

Os tribunais vinham decidindo pela constitucionalidade da exação. Com o julgamento realizado em 2008, com seis votos proferidos declarando a inconstitucionalidade da norma em questão, houve mudança, em com razão, da jurisprudência que, por influência deste julgamento, passou se inclinar pela inconstitucionalidade.

A própria postura do Supremo Tribunal Federal é que determinou os rumos dos julgamentos sobre a matéria e criou uma expectativa normativa a orientar não somente os contribuintes, mas também os tribunais em geral.

Portanto, a fundamentação apresentada pelo Min. Menezes Direito justifica, com mais razão, a necessidade de se julgar o recurso extraordinário e não o de prosseguir na análise da cautelar. Por isso, a conclusão do ministro mostra-se ilógica, pois ela justifica muito mais a solução por ele afastada do que a por ele escolhida. Este “ilógico” não é no sentido técnico, lógico-formal, mas no sentido de incoerente, “sem sentido”²⁸¹.

A Min. Cármen Lúcia acompanhou o relator Menezes Direito, considerando os argumentos da multiplicidade de julgados e que o recurso extraordinário teria aplicação, exclusivamente, ao caso respectivo, ressaltando, também, que já havia votado no processo em questão. De fato, a ministra já havia proferido voto em favor da declaração de inconstitucionalidade da exação em 2008.

O Min. Ricardo Lewandowski, que também já havia votado favoravelmente à declaração de inconstitucionalidade da norma, no recurso extraordinário, argumentou, em resumo, o seguinte:

- ✓ Reafirma que no julgamento do extraordinário acompanhou o relator para considerar indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do Cofins, mas que se tratava de um processo de índole subjetiva.
- ✓ Que ouvindo o voto do relator se convenceu de que é necessário pacificar a questão nas instâncias inferiores e que se está diante de uma questão de segurança jurídica que deve ser privilegiada.
- ✓ Com estes argumentos, acompanhou o relator para deferir a cautelar.

Os fundamentos apresentados pelo Min. Lewandowski afastam-se da racionalidade. A ressalva de que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do Cofins, acompanhando o relator, no julgamento do recurso extraordinário, porque se tratou de um processo de índole subjetiva não foi justificada.

²⁸¹ No uso diário, porém, “ser lógico” tem um sentido que é mais amplo e, sob alguns aspectos, diferente. Pode-se dizer que alguma ação ou estado de coisas é “ilógico” na medida em que “não faz sentido”. (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 48.

Não está claro em que medida uma norma jurídica, para ser declarada inconstitucional em sua materialidade, dependa do tipo de controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso) a que está submetida. Aliás, uma norma jurídica inconstitucional, em sua materialidade, deve ser declarada inconstitucional, seja qual for a via de controle, difusa ou concentrada.

Invocou, também, a necessidade de se dar prioridade à segurança jurídica no sentido da necessidade de se pacificar o entendimento nos tribunais inferiores.

A afirmação de que é necessário pacificar a questão nas instâncias inferiores e que se está diante de uma questão de segurança jurídica que deve ser privilegiada, compreende um argumento teleológico, o qual pressupõe um enunciado normativo, conforme a estrutura já mencionada que reproduzimos abaixo:

(J.5) pressupõe dois enunciados, um normativo (OZ) e um empírico ($\neg M \rightarrow \neg Z$), cuja verdade deste último requer, para sua fundamentação, argumentação empírica.

O enunciado normativo pode ser verificado no dever-ser do Tribunal de garantir a segurança das relações jurídicas, papel importante cumprido pelos precedentes judiciais a partir dos princípios de estabilização e de redução de carga de trabalho. O enunciado empírico diz respeito à flutuação da jurisprudência verificada nos casos concretos, decididos pelos tribunais inferiores, causadores da insegurança jurídica.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, que deve atuar para garantir a segurança das relações jurídicas, teve grande responsabilidade na flutuação da orientação jurisprudencial, pois criou a expectativa normativa em torno da questão, que serviu de orientação ao comportamento dos contribuintes e dos próprios tribunais inferiores a partir do momento em que formou maioria de votos pela inconstitucionalidade da norma questionada, sinalizando um posicionamento definitivo em torno da matéria.

A insegurança jurídica é instaurada, num primeiro momento, a partir do fato do Tribunal formar uma maioria favorável à inconstitucionalidade no recurso extraordinário, mas não definir o julgamento. Num segundo momento, ao compactuar com uma manobra da União com o ajuizamento da ação declaratória,

acolhendo o pedido liminar, priorizando este julgamento em detrimento da conclusão do extraordinário já iniciado.

Além disso, corre-se o risco de, em razão do longo período decorrido até a solução da controvérsia, tornar-se inútil, aos contribuintes em geral, a tutela jurisdicional da própria Constituição. A Constituição estabelece limites ao poder de tributar do Estado, o qual não pode impor aos contribuintes a exigência de tributos em desacordo com suas disposições. Por outro lado, também por princípio de segurança jurídica, os contribuintes alcançados por exigências tributárias ilegais podem restituir o que pagaram indevidamente, dentro do prazo de cinco anos, conforme prevê o art. 168 do Código Tributário Nacional²⁸².

Sem entrar em discussões doutrinárias sobre a forma de contagem deste prazo, o que não cabe no presente trabalho, é importante ressaltar que a demora na solução da questão é prejudicial aos contribuintes, pois só poderão restituir os valores pagos indevidamente dentro do prazo de cinco anos.

Isto significa que, para a União, em tais circunstâncias, quanto mais tempo demorar o julgamento, mais recursos serão arrecadados, sem que seja necessário devolvê-los, o que não deixa de ser um estímulo a esta prática deletéria. Portanto, a atuação do Supremo em não resolver a questão, no tempo razoável, acaba por incentivar a produção legislativa de norma tributária inconstitucional.

Portanto, o princípio da segurança jurídica invocado pelo Min. Lewandowski, não pode apoiar seus argumentos no sentido de justificar a decisão tomada.

Considerando que o Min. Lewandowski já votou pela inconstitucionalidade da norma, no recurso extraordinário, valem as regras fundamentais de argumentação jurídica aplicáveis ao caso, em relação a todos os ministros que já votaram num determinado sentido:

(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se;

(1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes;

²⁸² Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: (...).

A regra da razão (1.1), como já dissemos, remete às regras da lógica, a qual deve ser aplicada, também, às proposições normativas. A regra (1.3) refere-se ao uso de expressões por um falante, à sua coerência. Aplicada a expressões valorativas significa que todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria em todas as situações que considere iguais em todos os aspectos relevantes.

Portanto, eventual mudança de postura e de entendimento, por parte dos ministros, devem observar as regras fundamentais de argumentação acima transcrita, ou seja, os argumentos apresentados no recurso extraordinário em favor da inconstitucionalidade da cobrança devem valer, também, no julgamento da ação declaratória.

É evidente que a jurisprudência não é imune ao tempo. Os precedentes judiciais, inclusive os do Supremo Tribunal Federal, podem sofrer alterações. Isto se deve ao fato de que a jurisprudência tem o objetivo de, por uma questão de razão, regular os casos futuros, os quais, nunca são idênticos aos casos que originaram os precedentes. Desta forma, como o futuro não se pode prever, os novos casos sempre trazem novas circunstâncias que podem, pela evolução histórico-social da sociedade, justificar a mudança de orientação das decisões judiciais. Porém, não é o caso aqui, pois alguns ministros sinalizam a possibilidade de mudança de entendimento sobre a matéria, no julgamento da mesma questão material, e sobre os mesmos pressupostos fático-jurídicos, embora em processos distintos (recurso extraordinário e ação declaratória).

Os Min. Joaquim Barbosa e o Min. Carlos Britto, em singelas considerações, defeririam a medida cautelar.

Os argumentos expostos pelo Min. Marco Aurélio, contrários aos argumentos da maioria formada nesta ação cautelar, é de extrema importância para o caso analisado, como se verá adiante.

Em linhas gerais fundamentou o ministro no seguinte sentido:

- ✓ Entende que jurisdição não pode ser suspensa; não se pode afastar o livre acesso do cidadão à justiça; é um valor que se sobrepõe ao valor do simples pragmatismo; não pode conceber como se poderia afastar, sob o ângulo acautelador, algo assegurado aos cidadãos em geral, tendo em conta lesão a direito ou ameaça de lesão a direito;

- ✓ Que veio à balha ação declaratória de constitucionalidade, embora no sistema processual brasileiro, a vigência, a eficácia, a concretude de um diploma legal não dependa do endosso do Poder Judiciário;
- ✓ Que na ação direta de inconstitucionalidade há previsão de liminar e isto porque ela implica na autoproteção da Constituição Federal, considerada sua agressão pela lei, daí a necessidade de sua suspensão de sua eficácia; o que não ocorre com a ação declaratória por ausência de um fator socialmente aceitável que conduza a seu implemento;
- ✓ Que o cabível era concluir-se o julgamento do recurso extraordinário, ao qual já contava maioria formada por seis votos proferidos, embora admitindo a mudança deste quórum pelo reajustamento dos votos; ressalta, mais uma vez, que o contribuinte não fatura tributos, no caso, o ICMS incluído na base de cálculo da contribuição em questão;
- ✓ Considera, também, que seria favorável à concessão da liminar para a suspensão das ações se, em contra partida, fosse, também, suspensa a possibilidade de cobrança do tributo.
- ✓ *“Não consigo conceber, em um Estado Democrático de Direito, a paralisação das ações, o fechamento dos protocolos dos órgãos Judiciários aos cidadãos no que se sintam espezinhados em certo direito, neste direito de não verem incluído no faturamento um tributo, já que esse tributo não beneficia o contribuinte, mas, sim, o próprio Estado.”*

Importantes argumentos, também, foram exteriorizados, incluindo a matéria de fundo, pelo Min. Celso de Mello, que em resumo seguem adiante:

- ✓ *“(...) os desvios inconstitucionais do Estado, no exercício do seu poder de tributar, geram, na ilegitimidade do comportamento desse aparelho governamental, efeitos perversos que, projetando-se nas relações jurídico-fiscais mantidas com os contribuintes, deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem as finalidades do sistema normativo e*

comprometem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República.

- ✓ (...) *é necessário advertir que a prática das competências impositivas por parte das entidades políticas investidas da prerrogativa de tributar não pode caracterizar-se como instrumento, que, arbitrariamente manipulado pelas pessoas estatais, venha a conduzir à destruição ou ao comprometimento da própria ordem constitucional.*
- ✓ Afirma que a necessidade de se preservar a incolumidade do sistema constitucional é incompatível com a pretensão fiscal que, em desconformidade com a lei maior, procura impor ao contribuinte um estado de submissão tributária inconvincente com os princípios que condicionam as ações estatais;
- ✓ Enfatiza a importância de que o direito tributário deve submeter-se às limitações constitucionais;
- ✓ Invoca o julgamento do Plenário no RE 240.785/MG, no voto do Min. Marco Aurélio.
- ✓ Após analisar com detalhes a matéria de fundo com substanciosos fundamentos deduzidos em catorze laudas, o Min. Celso de Mello reafirma a inconstitucionalidade da norma impugnada e conclui pelo indeferimento da medida cautelar requerida.

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, exteriorizou os fundamentos que, resumidamente, seguem adiante:

- ✓ Afirmou que a finalidade da Ação Declaratória de Constitucionalidade é a preservação da ordem jurídica constitucional, com vistas a afastar a insegurança jurídica ou estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal.
- ✓ A principal função da ação declaratória de constitucionalidade é transformar a presunção relativa de inconstitucionalidade em presunção absoluta. Serve para afastar o controle difuso e a

controvérsia sobre a aplicação de determinada norma no âmbito do Executivo e do Judiciário.

- ✓ A garantia oferecida pela ação declaratória de constitucionalidade atua contra a insegurança gerada por aplicações e interpretações contraditórias de um mesmo preceito normativo.
- ✓ A medida cautelar em ação declaratória de inconstitucionalidade decorre originariamente de construção jurisprudencial do STF, que admitiu na ADC nº4/99, citando, também, os casos da ADC nº 9/2002 e ADC nº 12/2006.
- ✓ A generalização de medidas judiciais pleiteando a redução da base de cálculo da Cofins poderia nulificar completamente a força normativa do dispositivo em questão, colocando em xeque a presunção de constitucionalidade que milita a favor dos atos administrativos.
- ✓ Que, diante do exposto, encontram-se presentes os pressupostos necessários para o deferimento da medida cautelar.

Os argumentos oferecidos pelo Min. Gilmar Mendes, mais uma vez, suscita a segurança jurídica com argumento em favor da concessão da medida liminar. Porém, o que mais chama a atenção são as razões fáticas que invoca como causa da insegurança jurídica: o fato de os inúmeros contribuintes que se sentiram lesados com a norma jurídica recorrerem ao Poder Judiciário, no exercício de um direito legítimo que lhes garante a própria Constituição Federal, para pleitear a anulação dos efeitos normativos da lei entendida como inconstitucional.

Como é possível que o exercício de um direito constitucional, por si só, possa ensejar insegurança jurídica? Parece-nos mais grave o fato de um poder se autolegitimar capaz de determinar a “suspensão” da própria Constituição Federal, pois, em última análise, ao negar o direito de ação aos contribuintes que se sentiram lesados, a medida liminar acabou por suspender a norma contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que garante o acesso à justiça, ou seja, se nem mesmo a lei pode afastar do Poder Judiciário a apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito, não é coerente que o próprio judiciário possa abster-se deste dever constitucional.

A solução que se apresenta mais racional para o caso seria o Tribunal julgar a demanda, como de fato iniciou o julgamento em agosto de 2006, o que mesmo

num processo de índole subjetiva, a questão teria sido resolvida. Ninguém pode negar que um recurso extraordinário julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal não tenha força para pacificar o entendimento sobre a matéria e colocar um fim na discussão.

Porém, analisando todos os votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, não foi possível encontrar, nos julgados e fundamentos exteriorizados nos votos, a verdadeira razão pela qual a Corte, transcorrido quase quinze anos, se nega a solucionar em definitivo o problema. Os interesses da União parecem pesar na atuação da Corte, pois a demora na pacificação deste conflito só tem um beneficiário, que é o Estado, enquanto órgão arrecadador.

Aguardar uma composição que favoreça o julgamento, num determinado sentido, em busca de um resultado previamente articulado é de extrema gravidade e de um prejuízo irreparável para o Estado Democrático de Direito.

No que se refere ao aspecto da argumentação jurídica contidas nos votos, é importante ressaltar que o quórum, por vezes, é mais importante que a racionalidade dos argumentos. A solução da questão nem sempre resulta dos melhores argumentos, mas da posição assumida por cada ministro para formar a maioria, posição esta que nem sempre é justificada com fundamentos, já que alguns julgadores limitam-se, em inúmeros casos, a simplesmente acompanhar o colega de toga.

No caso ora analisado, parece-nos que os melhores argumentos, do ponto de vista racional e de acordo com as regras do discurso trazidas neste trabalho, militavam em favor do julgamento do recurso extraordinário e não da concessão da medida liminar.

CONCLUSÃO

As lutas sociais permitiram o desenvolvimento das instituições de proteção dos direitos do homem. Esses direitos foram positivados em declarações e constituições dos Estados ao longo da história, reconhecimento jurídico que representou a primeira forma de proteção destes direitos, além de outros instrumentos como a limitação do poder político.

A Constituição de 1988 inaugurou, no Brasil, o “neoconstitucionalismo”, movimento que aproximou duas correntes filosóficas do direito, o jusnaturalismo e o positivismo, dando origem ao denominado *pos positivismo*.

Três transformações, na aplicação do direito constitucional, foram importantes: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Com a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica deu-se o passo inicial para que referidas normas viessem a ser consideradas dotadas de imperatividade, de caráter vinculativo e obrigatório.

Associada a essa transformação também está a expansão da jurisdição constitucional, impulsionada por um novo modelo inspirado pela experiência norte americana, baseado na supremacia da Constituição, cuja proteção dos direitos fundamentais, a partir de sua constitucionalização, passou a caber ao Poder Judiciário.

No Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve acentuada expansão da jurisdição constitucional, por força da ampliação dos mecanismos de acesso à justiça; da conscientização do cidadão sobre seus direitos, inclusive em decorrência do próprio ativismo judicial enquanto catalizador da implementação de políticas públicas; das várias inovações trazidas para o nosso controle de constitucionalidade, especialmente a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A nova interpretação constitucional que avançou para além do uso dos métodos tradicionais de interpretação do direito – gramatical, histórico, sistemático e teleológico – assinalando a utilização de novos princípios de natureza instrumental, como o da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade, da efetividade, e o princípio da proporcionalidade,

hodiernamente utilizado com frequência nas soluções que envolvem a colisão e os conflitos entre princípios e normas de direitos fundamentais.

A importância da dignidade da pessoa humana, que não é algo objetivo, mas, antes de tudo, uma relação intersubjetiva, consiste na posição de dignidade com a qual um sujeito se vê dotado no momento em que ele, pela concessão de direitos, é reconhecido como membro da sociedade, podendo estar seguro do valor social de sua identidade. Essa tal consciência do próprio valor é o autorespeito do sujeito que pertence a uma comunidade, o que depende de como ele se vê como cidadão seguro de si. Por isso que, negar direitos fundamentais, é obstar a chance de o sujeito constituir um autorespeito, pois se estará negando a ele as condições que o capacitam para o processo político de formação da vontade geral.

Quanto ao conceito de direito, no pensamento de Robert Alexy, o mesmo o concebe como um conceito de direito não positivista. Este conceito acrescenta à dimensão real/fática (validade e eficácia) a dimensão ideal ou discursiva da correção, que tem por elemento central a ideia de justiça. Esta pretensão de correção foi demonstrada que se aplica, também, ao direito brasileiro.

Com isso, o autor pretende uma união necessária entre o direito, como ele é, e o direito como ele deve ser, unindo assim, o deito e a moral. Como a pretensão de correção inclui uma pretensão de fundamentalidade, tornar-se necessária a teoria do discurso como teoria da fundamentação de normas revelando a possibilidade de argumentação prática racional. Também mostra os limites do argumentar prático racional, pois, no âmbito dos direitos fundamentais, apesar de algumas questões inserirem-se nos limites do discursivamente necessário ou do discursivamente impossível, há muito que pode ser inserido no âmbito do discursivamente possível, onde a solução pode se dar num determinado sentido ou em outro. Saber qual a decisão correta num caso difícil requer procedimento regulado juridicamente e que, também, garanta uma decisão; revela a necessidade do direito em que o positivo (institucional) e o correto (ideal - justiça) se complementem.

No âmbito dos direitos fundamentais, estes problemas se intensificam, pois, as disposições de direitos fundamentais têm, como problema de sua institucionalização, a abstratividade, que exige uma medida máxima de interpretação e ponderação. A existência de um rol de direitos fundamentais sem que haja hierarquia leva ao problema das colisões de direitos fundamentais e o da possibilidade de racionalidade do sopesamento.

A aplicação das normas jurídicas não se resume à submissão lógica às premissas maiores abstratamente formuladas. Em um grande número de casos, a decisão que encerra o litígio, enquanto norma individual, não é deduzida logicamente das normas jurídicas vigentes e das afirmações de fatos tidos por verdadeiros ou provados. Isto requer um procedimento que permita analisar e identificar os bons dos maus argumentos no processo de justificação na aplicação de normas.

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy se apoia, fundamentalmente, na teoria do discurso de Habermas e pode ser caracterizada como uma teoria do procedimento, que diz respeito ao discurso prático. Isto significa que um enunciado normativo é correto, e portanto racional, apenas se pode ser resultado de um procedimento "P". Para sanar essa deficiência, Alexy propõe a associação entre as teorias morais e a teoria do discurso, o que é possível no âmbito de um modelo procedimental em quatro níveis: (1) discurso prático geral; (2) o processo legislativo; (3) discurso jurídico; (4) processo judicial.

A argumentação jurídica em direitos fundamentais requer a complementação do modelo de teoria da argumentação jurídica apresentado, que se dá com a substituição da lei pelas disposições de direitos fundamentais, que são, com frequência, abstratas, abertas e permeadas por ideologias, as quais têm natureza de princípios e enseja colisões.

Não é possível estabelecer uma ordenação ordinal ou cardinal entre os princípios, os quais estão numa relação de precedência apenas *prima facie*, o que conduz apenas a uma estruturação da argumentação baseada em princípios e não a uma ordem rígida. Torna-se recorrer-se às regras da argumentação prática geral, o que implica, sobretudo, que o discurso no âmbito dos direitos fundamentais, como discurso jurídico, compartilha da mesma insegurança, quanto ao resultado, que caracteriza o discurso prático geral.

Por isso, a insegurança quanto ao resultado do discurso no âmbito dos direitos fundamentais conduz à necessidade de decisões dotada de autoridade e esse papel deve ser cumprido por algum órgão que exerça a jurisdição constitucional, o qual não apenas argumenta, mas, também, deve decidir, considerando que a maioria parlamentar não pode ser juiz ou controlar, sozinha a sim mesma. Deste modo, se torna inteiramente racional, no âmbito dos direitos fundamentais, a instituição de uma jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional, no Brasil, é exercida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão do Poder Judiciário. Isto lhe confere um poder muito amplo, especialmente em questões relacionadas à aplicação das normas de direitos fundamentais que, positivadas no texto constitucional, possuem força imperativa e vinculam, também, os demais poderes da República. O que os direitos fundamentais exigem não está à disposição do parlamento ou do governo, e isto confere ao Supremo Tribunal Federal o poder de, por vezes, estar acima dos demais poderes do Estado.

Isto se dá num contexto em que o Estado perde parte de sua importância e a função jurisdicional passa a ocupar o papel central no sistema jurídico, pois, ao Poder Judiciário, sobretudo, cabe decidir sobre a constitucionalidade das leis, além do fato de que é constrangido a decidir sob pena de denegação de justiça, e, acima de tudo, suas decisões, especialmente em matéria constitucional, não estão sob controle de nenhuma outra instância ou poder, acabando por exercer uma função política fundamental, dar a última palavra sobre a legalidade e sobre a constitucionalidade das leis.

Um ordenamento jurídico que é cada vez menos coerente, completo e livre de ambiguidades faz com que se abram espaços, sobretudo, para a discricionariedade do Judiciário e o desenvolvimento de distorções, violações de direitos individuais e indefinição dos limites do sistema político, o que pode desaguar no arbítrio.

Este problema decorre da necessidade de se realizar as pretensões normativas de uma constituição que possui um extenso rol de direitos fundamentais e de princípios, que dependeriam, no mínimo, da atuação positiva do Legislativo e do Executivo e somente subsidiariamente do Judiciário.

A atribuição de poderes positivos ao Judiciário a fim de suprir omissões leva a dificuldades tanto técnicas, como de justificação de seu poder no âmbito de uma sociedade democrática, pois não é do perfil do juiz a tomada de decisões políticas, nem são eles legitimados democraticamente para isso.

Portanto, do ponto de vista político, a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal deve ser feita a partir da análise, também, de sua história política e suas relações de vinculação com os demais poderes da República, principalmente no que se refere aos interesses e valores que estão por trás de suas decisões e não são explicitados nos votos proferidos por seus ministros.

Se a forma de representação política deste Tribunal, dentro do sistema político, é por melhores argumentos, um possível controle sobre seus atos somente pode ser realizado a partir da análise argumentativa de suas decisões, considerando que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, incisos IX e X, enuncia a regra que obriga, sob pena de nulidade, a fundamentação e a motivação das decisões judiciais e administrativas.

Diante desta base teórica procurou-se analisar dois casos concretos que foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, selecionados de acordo com a importância jurídica econômica e política das questões envolvidas.

O primeiro diz respeito ao reconhecimento e regulamentação da União Estável entre pessoas do mesmo sexo.

Neste julgamento, várias teses foram sustentadas pelos ministros, embora sendo todas no sentido do reconhecimento do direito à regulamentação. Foram sustentadas as teses da interpretação conforme; a tese da interpretação extensiva do art. 226, §3º, da CF; a tese de uma nova forma de entidade familiar; a tese do direito deduzido diretamente da aplicação dos princípios constitucionais com argumento kelseniano de se não havendo proibição expressa, haverá permissão.

As teses da interpretação conforme e extensiva do texto constitucional (o texto fala em união estável “entre o homem e a mulher”) não foi bem sucedida, pois, a justificativa dada foi insuficiente para sustentar a conclusão de que, a partir do texto, é possível deduzir que a união estável entre pessoa do mesmo sexo poder ser amparada pelo texto da norma. Faltou o cumprimento do requisito de saturação.

Essa deficiência de fundamentação coloca em risco o próprio processo democrático, pois se o texto constitucional (em sua literalidade) não diz aquilo que o Supremo Tribunal Federal insiste, sem justificção racional, em dizer que se pode extrair dele, estar-se-á diante de um verdadeiro processo de mutação informal da Constituição Federal. Revela certa preocupação, também, alguns argumentos exteriorizados nos votos em relação à possibilidade de haver lacunas na Constituição, e isso é impensável na teoria constitucional, do mesmo modo que a existência de um poder com legitimidade para colmatar as supostas lacunas deixadas pelo constituinte originário.

O Tribunal reconheceu que deve atuar positivamente para concretizar direitos fundamentais, mesmo nos casos em que o tema deveria ser encaminhado pelo Poder Legislativo. É o reconhecimento expresso de que o Tribunal pode e deve,

quando o legislador for omissivo, substituí-lo na formulação da norma positiva exigida para o caso concreto, o que a dogmática vem classificando como “ativismo judicial”.

Este caso, sem dúvida, por ser classificado como um caso em que houve ativismo judicial, que é uma questão de hermenêutica, o que se conclui a partir dos argumentos contidos nos votos dos ministros. Além disso, uma das razões exteriorizadas, como fundamento, para que o Tribunal pudesse conceder a tutela jurisdicional, foi de ordem política, ou seja, as dificuldades encontradas nas discussões políticas dos projetos de lei que visavam solucionar o problema. O Tribunal procurou superar as dificuldades políticas que inviabilizavam a solução pelo parlamento, inclusive, passando por cima de instrumentos democráticos à disposição dos cidadãos, como é o caso da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, que seriam os instrumentos jurídicos cabíveis para que o Judiciário viesse a exercer o controle sobre a atuação do Legislativo.

Isso tem um lado bom. A concretização dos direitos fundamentais não pode ficar condicionada aos juízos de conveniência e oportunidade do Legislador. Como foi sustentado neste trabalho, é a posição de dignidade com a qual um sujeito se vê dotado no momento em que ele, pela concessão de direitos, é reconhecido como membro da sociedade de modo que ele pode estar seguro do valor social de sua identidade. Quando um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros da coletividade as condições que o capacitam para o processo político de formação da vontade geral, essa possibilidade de se referir positivamente a si mesmo é o que se pode chamar de autorespeito.

Por isso, a decisão do Supremo Tribunal Federal, a nosso ver, neste caso, elegeu a dignidade da pessoa humana como valor mais importante do ordenamento jurídico em detrimento de outros princípios, como o da separação de poderes, por exemplo.

Por outro lado, sendo ou não sendo um bom ativismo, o que foi bom hoje, pode não o ser amanhã. O processo democrático não pode conviver ou sobreviver se o Poder Judiciário tomar as rédeas da legislação, em substituição ao Legislativo, de modo que decisões políticas fiquem nas mãos de onze ministros e segundo suas convicções morais, por vezes casuísticas, como na questão tributária que foi analisada e será comentada adiante.

O segundo caso analisado se refere a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do Pis e da Cofins nas operações internas.

Segundo dito pelo historiador Marco Antonio Villa, apesar das novas e mais complexas atribuições dadas ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988, esse tribunal ainda mantém a mesma postura histórica de omissão e de obediência aos ditames do Poder Executivo.

A questão tributária analisada deixou isto muito claro.

O valor da disputa judicial é de quase 90 bilhões de reais envolvendo a tributação inconstitucional. A questão tributária tem o potencial de afetar diretamente o orçamento da União, reduzindo os recursos financeiros destinados aos gastos estatais de toda ordem e não somente com os serviços públicos essenciais. Não há dúvida de que a arrecadação também atende a inúmeros privilégios, regalias e muitas outras despesas que estão longe de serem essenciais aos cidadãos. Ainda que se possa argumentar que contribuições sociais têm destinação específica, no caso a Seguridade Social, o fato é que não há controle eficaz sobre a destinação efetiva destes recursos e, além disso, o que é arrecadado com contribuições sociais não entra na partilha de receitas com os demais entes federativos (Estados, Municípios e Distrito Federal), em que a arrecadação fica concentrada nos cofres da União, daí, emerge um maior interesse, inclusive, em não perder arrecadação.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, tem o dever de velar por sua incolumidade, ou seja, deve atuar para fazer valer as normas constitucionais, nos mesmos moldes da postura adotada no caso do julgamento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Sua atuação tendenciosa, e neste sentido, perigosa para o processo democrático, está no fato de que, por omissão, está permitindo a arrecadação de recursos dos cidadãos, com fundamento em lei inconstitucional, por quase vinte anos. Além disso, da análise feita, conclui-se, também, que o Tribunal, de certo modo, vem atuando em favor do governo, e com isso, está contribuindo para a arrecadação espúria ao valer-se de pedidos de vista, sem justificativa racional, para retardar o julgamento que já contava com maioria.

O Tribunal atuou favorável ao governo quando acolheu a medida liminar, na ação declaratória, para suspender o julgamento de ações sobre a matéria, o que, em última análise, é negar o direito de acesso à justiça dos cidadãos.

O sistema jurídico tem regras claras a respeito da possibilidade de restituição de tributos declarados inconstitucionais. Isto significa que o Supremo tem conhecimento de que quando a questão for decidida em definitivo, ainda que favorável aos contribuintes, o Estado não terá que devolver boa parte do que arrecadou, pois a restituição é limitada, em geral, ao período dos últimos cinco anos, e desde que não haja modulação de efeitos da decisão.

Não há dúvida de que o caso é de colisão complexa; de um lado a defesa dos cofres do governo e de outro a defesa do cidadão, que é protegido por normas constitucionais que impõe limite ao poder de tributar do Estado. A ideia de que a concessão da medida liminar, na ação declaratória, atendia ao princípio da segurança jurídica não foi devidamente justificada, já que a segurança jurídica seria melhor garantida com a pacificação do conflito, cuja solução mais rápida seria a conclusão do julgamento do recurso extraordinário.

Parece-nos que, neste caso, a atuação do Supremo na solução do problema foi tendenciosa, primeiro porque já teve a oportunidade de por um fim, de forma tempestiva, na controvérsia e não o fez. Os efeitos deletérios da arrecadação inconstitucional, em razão da omissão, não podem ser desfeitos, ao menos em sua totalidade, o que significa que a Constituição Federal já foi atingida de forma irreparável.

Com a postura do Supremo, ao invés de prevenir e coibir a voracidade arrecadatória do Estado, sua atuação é motivo de estímulo a novas tentativas de arrecadação por meio da edição de leis inconstitucionais, pois, por mais que o Estado seja compelido à devolução do arrecadou ilegalmente, sempre haverá um saldo positivo a seu favor.

Por fim, com os dois casos analisados, se de um lado o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, adotou a postura avançada de um órgão independente que pretendeu fazer valer a Constituição Federal, ainda que passando por cima de alguns princípios fundamentais, do outro, no julgamento dos interesses do governo, mostrou-se como um órgão tendencioso, subserviente, alinhado aos interesses do Executivo, onde a Constituição Federal é deixada de lado.

Quanto à questão de se é possível um controle racional das decisões do Supremo Tribunal Federal, nossa resposta é no sentido de que a teoria da argumentação jurídica fornece critérios para identificar os bons dos maus

argumentos, ao menos no âmbito da racionalidade proposta por Robert Alexy em sua teoria. O grau de racionalidade das decisões, no procedimento de aplicação do direito, tende a aumentar quanto mais se cumprirem as regras do discurso, incluindo o jurídico, porque possibilita a formação de consensos fundados. Ao contrário, quanto mais regras do discurso são deixadas de lado, mais irracional vai se tornando a decisão no procedimento de aplicação do direito. Neste sentido, nos casos em que a decisão não cumpre regras fundamentais do discurso, embora tal decisão não perca sua qualidade de ser “jurídica”, ela será defeituosa, conterà um defeito moral, mas que também é jurídico, pois não estará cumprindo a pretensão de buscar a correção, ou seja, a justiça.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.
- _____. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. **Constitucionalismo Discursivo**. 3º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. **Direito, razão, discurso: Estudo para a filosofia do direito**. Porto Alegre: Livraria dos advogado, 2010.
- _____. **Direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. MLHEIROS: São Paulo, 2011.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Tradução: Maria Cristina Gumarães Cupertino. 3º ed. São Paulo: Landy, 2006.
- BARROSO, Luíz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Opinião Jurídica**, fortaleza, 2005, ano 3, n.6 p. 213.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 2006.
- BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2º ed. Saraiva: São Paulo, 2011.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 5º ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **Law's Empire**. 11º ed. Cambridge/MA, Belknap, p. 211.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Org.). Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. **In EDIFIEO** (Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização), Osasco, 2006.

HÄRBELE, Peter. A dignidade humana como Fundamento da Comunidade Estatal. In: **Dimensão da Dignidade**; ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Org.: Ingo Wolfgang Sarlet. Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello e Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo, Editora 34: 2009.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. 6^o ed. Atlas: São Paulo, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4^o ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

MANZI, José Ernesto. **Da Fundamentação das Decisões Judiciais Cíveis e Trabalhistas**: funções, conteúdo, limites e vícios. São Paulo: LTr, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**: Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Almir. **Curso de Direitos Fundamentais**. 1^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Tratado da argumentação jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 13 ed. v.3. São Paulo: Saraiva, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico constitucional brasileiro. In LEITE, Jorge Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (coordenação). Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: **Revista dos Tribunais/Coimbra Editora**, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo et al. Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul.2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13229>>. Acesso em: 8 abr. 2013. Leia mais: <http://jus.com.br/revista/texto/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias#ixzz2PvPkW0kM>

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política**. São Paulo: RT, 1994.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

VILLA, Marco Antonio. **A histórica das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011.

Sites consultados:

<http://www.conjur.com.br/2013-fev-11/questoes-fiscais-pendentes-stf-stj-envolvem-350-bilhoes>

<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/05/protestos-contr-o-casamento-gay-terminam-em-confusao-na-franca.html>.

STJ Súmula nº 435 - 14/04/2010 - DJe 13/05/2010:<
http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0435.htm>.

ANEXO

1. Conectivos lógicos comumente usados

Negação (não): \neg , \sim

Conjunção (e): \wedge , $\&$, \square , \cdot

Disjunção (ou): \vee

Implicação material (se...então): \rightarrow , \square , \Rightarrow , \supset

Bicondicional (se e somente se): \leftrightarrow , \equiv , \square , $=$

Relação de semelhança: “sim”

2. Regras e formas da argumentação

2.1. Regras fundamentais

- (1.5) Nenhum falante pode contradizer-se;
- (1.6) Todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita;
- (1.7) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes;
- (1.8) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados;

2.2. Regras de Razão

(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que se afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação;

(2.1) Quem pode falar pode tomar parte no discurso;

(2.2) a) Todos podem problematizar qualquer asserção; b) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; c) todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.

(2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso.

2.3. Regras sobre a carga da argumentação

(3.1) Que pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo;

(3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso;

(3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos;

(3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades, que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior, tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação.

2.4. Formas de argumentos

(4) G
R.
—
N.

(4.1)	T	(4.2)	F
	R		R
	—		—
	N		N

<p>(4.3) $\frac{Fr}{R'}$ $\frac{\quad}{R}$</p>	<p>(4.4) $\frac{T'}{R'}$ $\frac{\quad}{R}$</p>
<p>(4.5) $R; PR \square$</p>	<p>$R \square' PR' \square$</p>
<p>(4.6) $(R \square PR \square) C$ ou</p>	<p>$(R' \square PR' \square) C$</p>

2.5. Regras de fundamentação

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas;

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-críticas.

Uma regra não faria esta prova se:

- (c) Se originalmente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou;
- (d) Se originalmente não se pode justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes;

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual;

(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.

2.6. Regras de transição

(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico);

(6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem;

(6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso;

3. Regras e formas de justificação interna

(J.1.1) .(1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
 . (2) Ta
 (3) Ora (1) . (2)

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal;

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal junto a outras proposições.

(J.1.2) . (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
 . (2) $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$
 . (3) $(x) (M^2x \rightarrow M^1x)$
 . (4) $(x) (Sx \rightarrow M^1x)$
 . (5) Sa
 . (6) ORa (1) (5)

(J.2.3) Sempre que houver uma dúvida se A é um T ou M¹, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

(J.2.4) são necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.

4. Regras e formas da justificação externa

4.1. Cânones da interpretação

- (J.1.2') . (1) $(Tx \rightarrow ORx)$ (R)
 . (2) $Mx \rightarrow TX$ (W)
 . (3) Ma
 . (4) ORa (1) (2)

(J.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação, o que impede, por isso, falas vazias.

(J.7) 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 se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

(J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) Devem-se levar em consideração todas os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.

4.2. Argumento semântico

(J.3.1) R' deve ser aceita como interpretação de R com base em $W \square$;

(J.3.2) R' não pode ser aceita como interpretação de R, pois não rege nem $W \square$ nem $W \square$;

(J.3.3) É possível aceitar R' como interpretação de R, pois não regem nem $W \square$ nem $W \square$.

4.3. Argumento genético

(J.4.1) . (1) R' (= $I \square w$) é querido pelo legislador.

(2) R'

(J.4.2) . (1) Com R o legislador pretende alcançar Z

. (2) $\neg R' (= I \square w) \rightarrow \neg Z$

(3) R'

4.4. Argumento teleológico

(J.5) . (1) OZ

. (2) $\neg R' (= I \square w) \rightarrow \neg Z$

. (3) R'

(J.5) pressupõe dois enunciados, um normativo (OZ) e um empírico ($\neg M \rightarrow \neg Z$), cuja verdade deste último requer, para sua fundamentação, argumentação empírica.

4.5. Argumentação dogmática

(J.10) Todo enunciado dogmático, quando posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático geral;

(J11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.

4.6. Uso de precedentes

(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo.

(J.14) Quem quiser afastar-se de um precedente assume a carga da argumentação.

4.7. Forma de argumentos jurídicos especiais

(J.15) . (1) $(x) (OGx \rightarrow Fx)$
 . (2) $(x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx)$

(J.16) . (1) $(x) (Fx \vee Fsim\ x \rightarrow OGx)$
 . (2) $(x) (Hx \rightarrow F\ sim\ x)$
 . (3) $(x) (Hx \rightarrow OGx)$ 1), 2

(J.17) . (1) $O \neg Z$
 . (2) $R' \neg Z$
 . (3) $\neg R'$

(J.18) As formas de argumentos jurídicos devem ser saturadas.

