

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC)

LISE ANNE DE BORBA FRANZONI GIL

O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy:
uma aproximação teórica

Florianópolis/SC

2006

LISE ANNE DE BORBA FRANZONI GIL

O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy:
uma aproximação teórica

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), área de concentração em Filosofia e Teoria do Direito, linha de pesquisa em Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Cademartori.

Florianópolis/SC

2006

LISE ANNE DE BORBA FRANZONI GIL

O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy:
uma aproximação teórica

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), área de concentração em Filosofia e Teoria do Direito, linha de pesquisa em Direito, Estado e Constituição.

_____ em 12 de junho de 2006.

Prof. Dr. Sérgio Cademartori (orientador)

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Ao Giovanni, meu amor...

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Anne e Mauro, pelo carinho e educação que me proporcionaram;

Ao Giovanni, pelo amor e compreensão;

Às minhas irmãs, simplesmente por existirem;

Ao Sérgio, pela confiança e orientação.

Aquele que se tenha erguido acima do cesto das esmolas e não se tenha contentado em viver ociosamente das sobras de opiniões suplicadas, que pôs a funcionar os seus próprios pensamentos para encontrar e seguir a verdade, não deixará de sentir a satisfação do caçador; cada momento da sua busca recompensará os seus dissabores com algum prazer; e terá razões para pensar que o seu tempo não foi mal gasto, mesmo quando não se puder gabar de nenhuma aquisição especial.

John Locke, in 'Ensaio Sobre o Entendimento Humano'

RESUMO

A teoria geral do garantismo jurídico elaborada por Luigi Ferrajoli pretende ser uma possível solução para crise do Direito. O garantismo pode ser entendido como um modelo normativo de Direito, uma teoria crítica do Direito, e uma filosofia do Direito e crítica da política. As constituições do século XX reconheceram outros direitos fundamentais e suas garantias, além dos direitos de liberdade inseridos no Estado de Direito pela tradição liberal. O garantismo redefine os conceitos do constitucionalismo, substancializando-os. A validade das leis infraconstitucionais tem como parâmetro material as normas constitucionais. Tutelar os direitos fundamentais é objetivo central do garantismo. Através da estrita legalidade, também o legislador está submetido à lei. Para aplicação da teoria garantista busca-se meios na argumentação jurídica de Robert Alexy. A argumentação prática geral racional serve de base à teoria da argumentação jurídica. O respeito às regras do discurso conduz a um resultado racional. Um enunciado jurídico deve ser racionalmente fundamentado dentro do próprio ordenamento jurídico. O discurso jurídico também apresenta limites. Para otimizar o procedimento discursivo Alexy estuda as normas de direitos fundamentais e elabora a teoria dos princípios. O ordenamento jurídico é composto por normas que se subdividem em regras e princípios. Os princípios são mandados de otimização que tem uma relação de prioridade *prima facie*. A teoria dos valores oferece critérios para a ponderação, que é a forma de aplicação dos princípios. As normas de direito fundamental influenciam todos os âmbitos do Direito. Procura-se uma aplicação correta da lei através dos procedimentos de argumentação. As teorias da argumentação buscam a correção dos argumentos. O garantismo é uma opção para concretização do modelo substancialista do Direito. Ferrajoli e Alexy formularam teorias voltadas ao Estado constitucional. O procedimento argumentativo é apoiado na razão prática. A relação entre Direito e Moral causa certo distanciamento teórico entre Ferrajoli e Alexy. A figura do juiz deve ser valorizada. A validade das normas pode ser aferida por meio do procedimento argumentativo.

Palavras-chave: Direito, Estado, garantismo jurídico, direitos fundamentais, normas, regras, princípios, validade, argumentação, razão, racionalidade, Constituição, constitucionalismo.

ABSTRACT

The general theory of the “legal garantism” elaborated by Luigi Ferrajoli intends to be a possible solution for Right crisis. The garantism can be understood as a normative model of Right, a critical theory of the Right, and a legal philosophy and critical of the politics. The constitutions of this century had recognized other basic rights and its guarantees, beyond the freedom rights inserted in the Rule of Law by the liberal tradition. The garantism redefines the concepts of the constitutionalism, imputing to it substance. The validity of the infraconstitutional laws has as material parameter the constitutional rules. Protect the basic rights is the central objective of the garantism. Through the strict legality, also the legislator is submitted to the law. To application of the garantist theory must be searched elements in the legal argument theory of Robert Alexy. The practical argument general rational serves of base to the theory of the legal argument. The respect to the rules of the speech leads to a rational result. A legal statement must rationally be based inside of the proper legal system. The legal speech also presents limits. To optimize the speech procedure Alexy studies the norms of basic rights and elaborates the theory of the principles. The legal system is composed for norms that if subdivide in rules and principles. The theory of the values offers criteria for the balance, that it is the application form of the principles. The norms of basic right influence all areas of the Right. A correct application of the law through the argument procedures is looked. The theories of the argument search the correction of the arguments. The garantism is an option for concretion of the substantial model of the Right. Ferrajoli and Alexy had formulated theories directed to the constitutional State. The argumentative procedure is supported in the practical reason. The relation between Right and Moral cause certain divergence between Ferrajoli and Alexy theories. The figure of the judge must be valorized. The validity of the norms can be surveyed by means of the argumentative procedure.

Word-key: Right, State, legal garantism, basic rights, norms, rules, principles, validity, argument, reason, rationality, Constitution, constitutionalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 GARANTISMO JURÍDICO	14
1.1 Delineamentos da teoria geral do garantismo jurídico	14
1.2 Acepções do termo garantismo	17
1.3 Elementos da teoria geral do garantismo	19
1.4 O garantismo como modelo normativo de Direito	20
1.5 Garantismo como teoria crítica do Direito	25
1.6 Garantismo como filosofia política	31
1.7 Observações sobre a desobediência civil segundo a visão garantista	37
1.8 Garantismo jurídico e direitos fundamentais	40
1.9 O constitucionalismo como modelo de Direito	47
2 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA RACIONAL EM ROBERT ALEXY	54
2.1 Construção teórica do discurso racional de Robert Alexy	55
2.1.1 A fundamentação das regras do discurso	57
2.1.2 As regras e formas do discurso prático geral	60
2.1.3 Limites do discurso prático geral	65
2.2 O discurso jurídico como caso especial do discurso prático – o delineamento de uma teoria da argumentação jurídica	67
2.2.1 Justificação interna	71
2.2.2 Justificação externa	75
2.2.2.1 A interpretação	77
2.2.2.2 A argumentação dogmática	81
2.2.2.3 O uso dos precedentes	84
2.2.2.4 O uso de formas especiais de argumentos jurídicos	86
2.2.3 Os argumentos práticos gerais no discurso jurídico	88
2.3 O discurso jurídico e o discurso prático geral	88

2.4 Os limites do discurso jurídico	90
2.5 A teoria dos direitos fundamentais e o delineamento de uma teoria dos princípios	93
2.5.1 Uma teoria dos princípios e a compreensão do sistema jurídico como um modelo combinado de regras e princípios	94
2.5.2 A teoria dos princípios e a teoria dos valores frente ao conceito de ponderação	97
2.5.3 O conceito amplo de direito fundamental	100
2.5.4 A argumentação de direito fundamental e o sistema jurídico	101
3 ARGUMENTAÇÃO E GARANTISMO: UMA FERRAMENTA HERMENÊUTICA PARA O NEOCONSTITUCIONALISMO	105
3.1 A teoria geral do garantismo jurídico como uma escolha substancial	107
3.2 A influência do constitucionalismo sobre Ferrajoli e Alexy: o início de uma aproximação teórica	109
3.2.1 O garantismo e a argumentação jurídica racional como teorias do Estado constitucional	112
3.3 O sistema de garantias e o modelo de ordenamento jurídico em três níveis – caminhos que conduzem à valorização dos direitos fundamentais	115
3.3.1 O procedimento pautado na razão	119
3.4 A moral como distanciamento teórico entre Ferrajoli e Alexy – uma reflexão necessária	121
3.5 O discurso jurídico racional como meio de aplicação da lei válida	124
3.5.1 A imperiosa valorização do juiz	128
3.5.2 O garantismo jurídico e os procedimentos de justificação	131
CONSIDERAÇÕES FINAIS	140
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	144

INTRODUÇÃO

*Se as coisas são inatingíveis... ora!
não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
a mágica presença das estrelas!*
Das Utopias (Mário Quintana)

A presente dissertação tem como objetivo buscar subsídios teóricos para, por meio da teoria da argumentação jurídica racional de Robert Alexy, possibilitar o enriquecimento da teoria geral do garantismo de Luigi Ferrajoli, especialmente no momento da aplicação das leis. Para tanto, procurou-se estabelecer pontos de aproximação entre as duas teorias.

Nesta pesquisa, faz-se uso do método de abordagem indutivo, do método de procedimento monográfico e da técnica de pesquisa bibliográfica.

A escolha da temática deve-se ao destaque que a teoria do garantismo jurídico vem ganhando dentre as teorias do Direito, uma vez que identifica a crise na efetividade do modelo de Estado constitucional de Direito vigente, decorrente do constante desrespeito a dignidade da pessoa e seus direitos fundamentais, e se propõe a buscar soluções dentro do próprio ordenamento jurídico, colocando-se como possibilidade de resposta a este caos do Direito e da razão jurídica. Como Ferrajoli desenvolveu uma teoria do Direito sem tratar especificamente de um procedimento de aplicação das normas, e é pacífica na atualidade a necessidade do recurso da argumentação jurídica como meio de justificação das decisões judiciais, entende-se que as teoria de Alexy e Ferrajoli podem ter muito para contribuir uma com a outra, através da instrumentalização conjunta dos mecanismos prático-discursivos e teóricos que oferecem.

A importância da abordagem realizada neste trabalho está, acredita-se, na utilização da teoria da argumentação jurídica racional, com toda sua amplitude e

complexidade, como ferramenta facilitadora da efetivação do objetivo central da teoria garantista, ou seja, a possibilidade de uma justificação argumentativa racional para a aplicação da lei válida e não aplicação da lei não válida, compreendendo-se validade sob a ótica garantista, como a condição das normas que estão materialmente de acordo com os preceitos constitucionais, em especial com os direitos fundamentais.

A dissertação é desenvolvida em três capítulos, sendo que no primeiro trata-se do garantismo jurídico, no segundo da teoria da argumentação jurídica racional de Alexy, e no terceiro da teoria da argumentação jurídica racional como ferramenta para a aplicação da lei no Estado garantista.

No primeiro capítulo é apresentada a teoria geral do garantismo jurídico, do autor italiano Luigi Ferrajoli, principal expoente contemporâneo a escrever sobre o tema, inicialmente na esfera do Direito Penal, mas que posteriormente criou espaço também para a construção de uma teoria geral do garantismo, com a aplicação de seus valorosos estudos aos outros ramos do Direito. O garantismo jurídico pretende ser uma possível solução para a crescente crise do Direito, sendo que para isso admite três acepções, podendo ser entendida como um modelo normativo de Direito, uma teoria crítica do Direito, e uma filosofia do Direito e crítica da política.

Ao reconhecer a importância do ponto de vista externo ao Direito, a teoria geral do garantismo jurídico reconhece também as expectativas dos indivíduos formadores da sociedade e, por consequência, seus direitos fundamentais. Com a distinção dos direitos fundamentais, direitos humanos, direitos públicos, direitos civis e direitos políticos, todos vinculados à democracia material e positivados ou acolhidos pela Constituição, resta claro o valor desta como forma de suprir a necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível, capaz de estruturar a sociedade nos âmbitos político, jurídico, privado e social. Assim, a troca de paradigma baseada na positivação dos direitos fundamentais e dos princípios ocasiona a

afirmação do princípio da legalidade substancial.

O segundo capítulo tem como objeto a teoria da argumentação jurídica e o discurso prático racional do alemão Robert Alexy, o qual propõe o uso do procedimento e da racionalidade como meios de justificação das proposições normativas, desenvolvendo o que denomina de argumentação prática geral racional, a qual serve de base à teoria da argumentação jurídica. A argumentação jurídica está vinculada ao direito vigente e os enunciados jurídicos apresentam pretensão de correção, o que quer dizer que não basta que eles sejam racionais, mas que possam ser racionalmente fundamentados no contexto de um ordenamento jurídico vigente. Um enunciado jurídico é passível de justificação interna e justificação externa, todavia, também o discurso jurídico apresenta limites.

Para otimizar o procedimento discursivo Alexy estuda as normas de direitos fundamentais e elabora a teoria dos princípios, com o objetivo de aumentar a compreensão da estrutura do ordenamento jurídico, o qual, segundo ele, é composto por normas que se subdividem em regras e princípios. Os princípios são mandados de otimização que tem uma relação de prioridade *prima facie* e que devem ser aplicados mediante a ponderação, que por sua vez, é uma contribuição da teoria dos valores, os quais entram no ordenamento através dos princípios, via de regra imbuídos de alguma moral. As normas de direito fundamental, expressadas em regras e princípios, influenciam todos os âmbitos do Direito, já que servem como parâmetro tanto para a fundamentação formal quanto para a fundamentação material das normas infraconstitucionais.

Finalmente, no terceiro capítulo, percebe-se que no Direito procura-se uma aplicação correta da lei através dos procedimentos de argumentação. Como Ferrajoli elabora uma teoria preocupada, entre outras coisas, com a fidelidade material das normas aos preceitos constitucionais, e Alexy formula um procedimento argumentativo racional que pretende justificar a correta aplicação dos enunciados jurídicos, acredita-se que um tenha

muito a oferecer ao outro. De início, constata-se que Ferrajoli e Alexy formularam teorias voltadas ao Estado constitucional, além de ambos apoiarem-se na racionalidade. O que causa um certo distanciamento teórico entre eles é a visão que têm da relação entre Direito e Moral. Para ambos o conceito de validade jurídica é fundamental e, em que pese não tratá-lo de forma idêntica, tendo em vista a questão moral ser um dos elementos da definição de Alexy, eles podem ser aproximados. Como resultado da concepção de validade material da norma, há uma valorização da figura do juiz, a quem caberá fazer a aferição da mesma, sendo que, neste caso, configura-se a utilidade do procedimento argumentativo racional.

1 GARANTISMO JURÍDICO

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.
Ruy Barbosa (Em discurso no Senado, 1914)

Neste capítulo serão delineadas as principais características da teoria geral do garantismo jurídico, proposta por Luigi Ferrajoli, membro aposentado da magistratura italiana e professor da Universidade de Camerino, na Itália. A fim de se alcançar os objetivos deste trabalho, serão fundamentais as idéias expostas por Ferrajoli na parte final da sua obra *Diritto e Ragione* (Direito e Razão), publicada em 1989 e traduzida para o espanhol em 1995, onde o autor define os traços de uma teoria geral do garantismo jurídico.

1.1 Delineamentos da teoria geral do garantismo jurídico

Ferrajoli foi o principal expoente contemporâneo a escrever sobre Garantismo Jurídico, tendo iniciado seus estudos no âmbito do Direito Penal, cuja teoria garantista penal tem suas raízes na época do Iluminismo, sendo que seu desdobramento para uma teoria geral proporciona grande potencial explicativo e propositivo para o jurista.¹

O autor verificou, ao longo de sua obra, que o modelo penal garantista, ainda

¹ Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 72.

quando recebido pela Constituição como parâmetro de racionalidade e legitimidade da intervenção punitiva, encontra-se desatendido na prática, causando divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e a ausência de efetividade nos níveis inferiores, o que transforma o modelo numa fachada com função meramente ideológica. Assim, o garantismo jurídico nasceu voltado para área penal como uma resposta ao crescimento contínuo da referida divergência, bem como em oposição às culturas jurídicas e políticas que a têm avalizado, ocultado e alimentado, via de regra tendo como bandeira a defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático.²

Contudo, Ferrajoli também dedicou parte de sua obra ao desenvolvimento de uma teoria geral do garantismo jurídico, a qual ganhou dimensões proporcionais à sua importância, sendo suas principais características apresentadas pelo professor Sérgio Cademartori:

Em nível epistemológico, esta teoria embasa-se no conceito de *centralidade da pessoa*, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. [...] Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos ao exercício do poder político. Propõe-se assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.³ (grifo do original)

A teoria garantista busca soluções para a crescente crise do Direito, como uma provável resposta ao grande caos jurídico experimentado pela sociedade por longos anos. Tal crise pode ser vista sob três aspectos: como uma crise da legalidade, ou seja, do valor vinculante associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, com a ausência e ineficiência dos controles; uma crise do Estado social, o qual não é efetivado em razão da inadequação estrutural das formas de Estado de Direito assinaladas por caracteres seletivos e

² Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995. p. 851.

³ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 72.

desiguais; e, por fim, uma crise do Estado nacional, que se manifesta na troca dos lugares da soberania, na alteração do sistema de fontes e, por consequência, em uma debilidade do constitucionalismo.⁴

Para Ferrajoli, os perigos para o futuro dos direitos fundamentais e da sua garantia dependem não só da crise do Direito, mas também da crise da razão jurídica, a qual erigiu o extraordinário paradigma teórico e normativo que é o Estado de Direito.⁵

Assim, o Estado de Direito atual, apesar de sua formulação garantista, apresenta algumas inclinações neo-absolutistas, as quais estão evidentes nas práticas antigarantistas embasadas em normatividades de emergência e de exceção, oriundas dos interesses setoriais da sociedade, o que acarreta o enfraquecimento do modelo de Estado de Direito que tem por escopo servir o corpo social. Diante disto, percebe-se que surge, por parte de Ferrajoli, a preocupação com o resgate da dimensão democrática do Estado de Direito Constitucional.⁶

Este resgate pode-se dar através do entendimento de que a razão jurídica da atualidade possui as vantagens resultantes dos progressos do constitucionalismo ocorridos no século XX, os quais permitem a configuração e construção do Direito como um sistema artificial de garantias, constitucionalmente preordenado à tutela dos direitos fundamentais.⁷

Assim esclarece Ferrajoli:

Este papel de garantia do Direito tornou-se hoje possível pela específica complexidade da sua estrutura formal, que é marcada, nos ordenamentos de constituição rígida, por uma dupla artificialidade: não só pelo caráter positivo das normas produzidas, que é a característica específica do positivismo jurídico, mas também pela sua sujeição ao Direito, que é a característica específica do Estado Constitucional de Direito, onde a própria produção jurídica é disciplinada por normas, já não apenas formais, como também substanciais, de Direito positivo.⁸

⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 15/16.

⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 92.

⁶ Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 73.

⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias, p. 93.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias, p. 93.

Graças ao modelo garantista, não apenas as formas de produção do Direito contemporâneo são programadas, mas também seus conteúdos substanciais, os quais são, mediante técnicas de garantia, vinculados normativamente aos princípios e valores previstos nas constituições. Disso resultam modificações no modelo juspositivista clássico, quais sejam: a) ao nível da teoria do direito, pela diferenciação entre validade e vigência e estabelecimento de uma nova relação entre a forma e a substância das decisões; b) ao nível da teoria política, aceitando uma revisão da concepção puramente processual da democracia e o reconhecimento da sua dimensão substancial; c) ao nível da teoria da interpretação e da aplicação da lei, comporta uma redefinição do papel do juiz e revisão das condições e formas como se dá sua sujeição à lei; e d) ao nível do papel da ciência jurídica, o qual passa a ser não mais simplesmente descritivo, mas também criativo e crítico em relação ao seu objeto.⁹

1.2 Acepções do termo garantismo

O desenvolvimento da teoria geral do garantismo e sua adequação para outros campos do Direito, além do Direito Penal, fez com que o termo ‘garantismo’ pudesse ser entendido de três formas diferenciadas, mas correlatas, sendo elas: um modelo normativo de Direito; uma teoria crítica do Direito; e uma filosofia do Direito e crítica da política.

Num primeiro momento, garantismo designa um modelo normativo de Direito, o que corresponde no Direito Penal ao princípio da estrita legalidade. Desta forma, o garantismo é entendido: no plano epistemológico como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela que pode minimizar a violência e maximizar a liberdade, e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do

⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias, p. 94.

Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Assim, o autor fala em graus de garantismo, ou seja, pode-se dizer que um sistema jurídico é mais ou menos garantista conforme o quanto suas práticas efetivas correspondem aos mandamentos da Constituição.¹⁰

Num segundo momento, garantismo designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade, termos diferenciados entre si e, também, no que diz respeito à existência ou vigência da norma. Neste sentido, a expressão garantismo mantém separados o ser e o dever ser no Direito. Funda-se uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, ou seja, entre Direito válido e Direito efetivo, ambos vigentes. Esta teoria compreende críticas internas, científicas e jurídicas, num universo limitado pelo Direito Positivo vigente, visando a legitimação ou deslegitimação interna do Direito, evidenciando suas antinomias ao invés de ocultá-las.¹¹ Trata-se, portanto, de uma teoria que proporciona a crítica e a deslegitimação interna das normas carentes de validade.

Finalmente, num terceiro momento, garantismo designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa, conforme aos bens e aos interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos. Neste último momento, portanto, garantismo pressupõe a distinção entre Direito e moral¹² e entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, sendo equivalente a um ponto de vista unicamente externo, característico do pensamento iluminista, e aos fins de legitimação e da deslegitimação ético-política do Direito e do Estado.¹³

¹⁰ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 851/852.

¹¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 852.

¹² “A base filosófico-política do garantismo de Ferrajoli é constituída, em última instância, pela doutrina liberal da separação entre direito e moral. (...) Observa Guastini que o liberalismo de Ferrajoli é um liberalismo *sui generis*, já que: a) de um lado, as preferências de Ferrajoli dirigem-se àquilo que ele chama de ‘Estado Social de Direito’, ou seja, um ordenamento que confere e garante não somente direitos de liberdade, mas também direitos sociais (coisa estranha a tradição política liberal, em suma, ao liberalismo clássico); b) de outro lado, o garantismo de Ferrajoli é, por assim dizer, mutilado, dado que não se estende ao direito de propriedade nem portanto às liberdades econômicas (de mercado, de iniciativa econômica) que a pressupõem.” CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 74/75.

¹³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 853.

1.3 Elementos da teoria geral do garantismo

Essas três formas de entendimento do garantismo proporcionam a visualização dos elementos caracterizadores de uma teoria geral do garantismo, que tem como principal pressuposto metodológico a separação entre Direito e moral, e entre ser e dever ser. Estes elementos são: o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico), e a correspondente divergência entre justiça e validade; a autonomia e a precedência do primeiro e um certo grau irreduzível de ilegitimidade política das instituições vigentes com respeito a ele.¹⁴

Ferrajoli completa dizendo que:

Estes elementos não valem somente no direito penal, mas também nos outros setores do ordenamento. Por consequência, é também possível elaborar para eles, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas ou critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade – direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho – estruturalmente análogos ao penal aqui elaborado. E também para eles as aludidas categorias, nas que se expressa o planejamento garantista, representam instrumentos essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das antinomias e das lacunas – jurídicas e políticas – que permitem pôr em manifesto.¹⁵

A teoria geral do garantismo, além de embasar uma crítica ao positivismo, lança também críticas às ideologias, sejam elas de caráter jusnaturalista ou ético-formalista, as quais confundem, no plano político externo, a justiça com o Direito, bem como as ideologias

¹⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 854.

¹⁵ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “Estos elementos no valen sólo en el derecho penal, sino también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad – derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral – estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lagunas – jurídicas y políticas – que permiten poner de manifesto.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 854.

jurídicas, tanto as normativistas quanto as realistas, que embaraçam, no plano jurídico interno, a validade com a vigência ou, ainda, a efetividade com a validade.¹⁶

1.4 O garantismo como modelo normativo de Direito

Na primeira das três acepções apresentadas, o garantismo é o principal traço funcional do Estado de Direito, o qual, segundo a distinção feita por Norberto Bobbio, pode se referir a um governo *per leges* ou a um governo *sub lege*.

O governo *per leges* tem como características: a generalidade da norma, quando está ligada a todos os sujeitos do ordenamento, reduzindo o risco de expressão desenfreada do poder; a abstração da lei, que impõe características que caibam a qualquer pessoa; e a proveniência da norma decorre da vontade geral, com fim de evitar que os governos absolutistas ou autoritários possam ser considerados Estados de Direito. Estes elementos conformam o potencial garantista da lei enquanto forma jurídica, uma vez que enquanto se apresenta de forma geral e abstrata responde às exigências de igualdade e enquanto fruto da vontade geral atende à exigência de liberdade como autonomia.¹⁷

Já, sobre o poder *sub lege*, que permite a superação da forma legislativa do Estado, ressalta Ferrajoli que:

Poder *sub lege* pode, por outro lado, ser entendido em dois sentidos diferentes: no sentido fraco, lato ou formal de que qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas ou procedimentos por ela estabelecidos; e no sentido forte, estrito ou substancial de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, que condiciona não somente suas formas senão também seus conteúdos. [...] No primeiro sentido são Estados de direito todos os ordenamentos, inclusive os autoritários ou, pior ainda, os totalitários, nos quais em todo caso *lex fact regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal; no segundo sentido, que implica o primeiro, o são, pelo contrário, somente os estados constitucionais – e, em particular, os de

¹⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 855.

¹⁷ Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 23.

constituição rígida como é tipicamente o italiano -, que nos níveis normativos superiores incorporam limites não somente formais senão também substanciais ao exercício de qualquer poder.¹⁸

Assim, o Estado de Direito sob um governo *sub lege*, no sentido fraco, pode ser associado à legalidade no sentido *lato*, ou validade formal, que exige somente que os sujeitos titulares e as formas de exercício de todo poder sejam predeterminados por lei. Já, o Estado de Direito sob um governo *sub lege*, no sentido forte, pode ser ligado à noção de legalidade em sentido estrito, ou validade substancial, a qual requer que as matérias de competência e os critérios de decisão estejam legalmente preordenados e circunscritos, mediante obrigações e proibições.¹⁹

Diante disto, dá-se o nome de Estado Garantista aos Estados de Direito Constitucionais, principalmente os que possuem uma constituição rígida, que nos níveis normativos superiores apresentam limites formais e substanciais ao exercício dos poderes.²⁰

Os limites formais são aqueles determinados pelo princípio da legalidade, ou seja, o que pressupõe que todo os atos do poder público são disciplinados por leis gerais e abstratas e submetidos ao controle do judiciário. Por outro lado, os limites substanciais representam a funcionalização dos poderes do Estado ao serviço das garantias dos direitos fundamentais dos cidadãos, a partir da inclusão nas Constituições de proibições de se lesionar os direitos e liberdades e de obrigações de se dar satisfação aos direitos sociais, bem como dos poderes dos

¹⁸ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “Poder *sub lege* puede por otra parte entenderse em dos sentidos diversos: em el sentido débil, lato o formal de que cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido em las formas u procedimientos por ella establecidos; y em el setido fuerte, estricto o sustancial de que cualquier poder debe ser limitado por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos. [...] En el primer sentido son estados de derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso *lex fact regem* y el poder tiene una fuente y una forma legal; en el segundo sentido, que implica el primero, lo son por el contrario sólo los estados constitucionales – y, en particular, los de constitución rígida como és tipicamente el italiano -, que en los niveles normativos superiores incorporam límites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 856.

¹⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 856.

²⁰ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 856.

cidadãos de ativarem, em seu benefício, a tutela judicial.²¹

A percepção da importância dos limites substâncias impostos pela Constituição faz-se necessária na medida em que se percebe:

Ao mesmo tempo um problema que é comum a todas as democracias avançadas: a crescente anomia do estado contemporâneo, gerada, de um lado, pela massiva expansão de suas funções – e dos correlativos espaços de discricionariedade – na vida social e econômica, e, de outro, pela redução da capacidade de regulação do direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e pela tendência do poder político em se libertar dos controles jurídicos e a deslocar-se a lugares invisíveis e extra-institucionais.²²

Portanto, um Estado garantista ideal nada mais é do que um Estado de Direito substancialmente democrático, ou seja, dotado de garantias efetivas e baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade.

Este novo Estado Democrático de Direito tem como características a constitucionalização de direitos naturais, presentes nas diversas declarações de direitos e garantias, cujo exercício e posse por parte do cidadão devem ser assegurados a fim de se evitar o abuso de poder por parte dos governantes. Tais direitos que são denominados fundamentais, incluindo os direitos de liberdade e os direitos sociais, passam a constituir a base das democracias modernas.²³

A fim de se entender qual é a relação entre Estado de Direito e democracia política nos ordenamentos modernos, faz-se necessária a distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial, ou seja, entre condições formais e condições substanciais impostas ao exercício válido do poder.

²¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 856/857.

²² Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “Al mismo tiempo un problema que es común a todas las democracias avanzadas: la creciente anomia del estado contemporáneo, generada, de una parte, por la masiva expansión de sus funciones – y de los correlativos espacios de discrecionalidad – en la vida social y económica, y, de otra, por la reducción de la capacidad regulativa del derecho, a inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantía y por la tendencia del poder político a liberarse de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extra-institucionales.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 10.

²³ Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 32.

Ferrajoli faz esta distinção nos seguintes termos:

Condições formais e condições substanciais de validade formam o objeto de dois diferentes tipos de regras: as regras sobre quem pode e como se deve decidir, e as regras sobre o que se deve e não se deve decidir. As regras do primeiro tipo fazem referência à forma de governo, as do segundo, à estrutura do poder. Da natureza das primeiras depende o caráter politicamente democrático (ou, pelo contrário, monárquico, oligárquico ou burocrático) do sistema político; da natureza das segundas depende o caráter de direito (ou, ao contrário, absoluto, totalitário ou mais ou menos de direito) do sistema jurídico.²⁴

Por conseguinte, as regras do primeiro tipo tratam de competências e procedimentos formais, enquanto as regras do segundo tipo garantem os direitos fundamentais dos cidadãos, sendo que a violação das primeiras causa a não vigência das normas, enquanto que o não cumprimento das segundas ocasiona a invalidade das normas, podendo, assim, existir normas vigentes, porém inválidas, uma vez que estejam conforme as regras do primeiro tipo e contrárias as do segundo tipo.

No Estado garantista deve-se ter em conta o respeito à regra segundo a qual não se pode decidir, ou não decidir, sobre tudo, nem sequer por maioria. Desta forma, nenhuma maioria pode decidir sobre suprimir uma minoria. Assim, o Estado de Direito garantista, compreendido como um sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos, visando garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, contrapõe-se ao Estado Absoluto, seja ele democrático ou autocrático.²⁵

Cabe lembrar que a tradição liberal concebeu o Estado de Direito limitado somente por proibições, em garantia aos direitos do indivíduo de não ser privado de suas liberdades, sendo que as garantias liberais ou negativas constituem deveres públicos de não fazer, os

²⁴ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “Condiciones formales y condiciones sustanciales de validez forman el objeto de dos diversos tipos de reglas: las reglas sobre quién puede y cómo se debe decidir, y las reglas sobre qué se debe y no se debe decidir. Las reglas del primer tipo hacen referencia a la forma de gobierno, las del segundo, a la estructura del poder. De la naturaleza de las primeras depende el carácter políticamente democrático (o, por el contrario, monárquico, oligárquico o burocrático) del sistema político; de la naturaleza de las segundas depende el carácter de derecho (o, al contrario, absoluto, totalitario o bien más o menos de derecho) del sistema jurídico.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 858.

²⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 859.

quais têm por conteúdo prestações negativas ou não prestações (direito de).²⁶

As constituições do século XX, contudo, além dos direitos tradicionais de liberdade, têm reconhecido outros direitos fundamentais, quais sejam: o direito à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à educação, etc. Estes direitos, que são chamados de sociais ou materiais (direito a), constituem expectativas de comportamentos alheios, as quais correspondem obrigações, ou deveres públicos de fazer. Há, portanto, uma ampliação da noção liberal de Estado de Direito para, através da incorporação de obrigações que requerem prestações positivas, constituir-se o Estado de Direito social.²⁷

Portanto, enquanto que no Estado liberal vigora a regra segundo a qual - nem sobre tudo se pode decidir, nem sequer por maioria -, no Estado social a regra determina que - nem sobre tudo se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria.

Ocorre, com a teoria garantista, uma redefinição do conceito de democracia, denominando-se democracia social ou substancial o Estado de Direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais. Por outro lado, chama-se de democracia formal ou política o Estado político representativo, o que significa dizer, aquele baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade. Há, portanto, uma prevalência dos princípios da democracia social, os quais definem a respeito do que não pode ser decidido e do que pode ser decidido, sobre os princípios da democracia política, os quais determinam quem decide.²⁸

Ferrajoli assevera que:

Um projeto de democracia social forma portanto um todo único com o de um Estado social de Direito: consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e, correlativamente, dos deveres do Estado, ou, se assim quiserem, na maximização das liberdades e das expectativas e na minimização dos poderes. Com uma fórmula sumária podemos representar a semelhante ordenamento como Estado liberal mínimo no lugar de Estado social máximo: Estado (e Direito) mínimo na esfera penal, graças à minimização das restrições das liberdades dos cidadãos e à correlacionada extensão dos limites impostos às suas atividades repressivas; Estado (e Direito) máximo

²⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 860.

²⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 861.

²⁸ Cf. ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002. p. 25/26.

na esfera social, graças à maximização das expectativas materiais dos cidadãos e a correlacionada expansão das obrigações públicas de satisfazê-las.²⁹

O Estado garantista busca, então, o aumento dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado, através da maximização das liberdades e expectativas e da minimização dos poderes públicos.

1.5 Garantismo como teoria crítica do Direito

Conforme a segunda acepção do termo, para o estudo de uma teoria geral do garantismo jurídico capaz de identificar um Estado que siga tal modelo, é preciso que se perceba claramente a importante distinção traçada entre vigência, validade e eficácia das normas. Tal diferenciação é imprescindível diante da fundamentação teórica garantista, que defende a legitimidade jurídica substancial das normas inferiores, ou seja, sua fidelidade às normas superiores também em conteúdo, e não só quanto à forma.

A valorização da forma, bem como a não diferenciação das definições de vigência e validade, devem-se ao positivismo jurídico, o qual teve como seu maior teórico o alemão Hans Kelsen, autor da Teoria Pura do Direito.

Kelsen fez das normas jurídicas o seu objeto de estudo na busca pela construção de uma teoria puramente formal, com o intuito de romper com o paradigma jusnaturalista, tendo

²⁹ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “Un proyecto de democracia social forma por tanto um todo único com el de un estado social de derecho: consiste en la expansión de los derechos de los ciudadanos y, correlativamente, de los deberes del estado, o, si se quiere, en la maximización de las libertades y de las expectativas y en la minimización de los poderes. Con una fórmula sumaria podemos representar a semejante ordenamiento como estado liberal mínimo y a la vez como estado social máximo: estado (y derecho) mínimo en la esfera penal, gracias a la minimización de las restricciones de las libertades de los ciudadanos y a la correlativa extensión de los límites impuestos a sus actividades represivas; estado (y derecho) máximo en la esfera social, gracias a la maximización de las expectativas materiales de los ciudadanos y a la correlativa expansión de las obligaciones públicas de satisfacerlas.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 866.

como pressuposto filosófico a Escola Neokantiana, a qual valorizava o método, a determinação racional da possibilidade e o limite do conhecimento puro precedendo ao conhecimento do real. Assim, Kelsen pretendia abstrair da teoria do Direito todos os aspectos morais, sociológicos, religiosos, afeitos à justiça, preocupando-se unicamente com o que dispunham as leis e as demais normas jurídicas formuladas e positivadas pelo Estado e, portanto, sendo fiel ao seu objeto e gozando, no desenvolvimento de seus estudos, de uma neutralidade pressuposta.³⁰

Para assegurar seu distanciamento das questões valorativas, Kelsen faz a distinção entre o mundo do ser, relacionado às ciências naturais, e o mundo do dever-ser, ao qual o Direito pertence. Desta forma, devido à impossibilidade de dedução do dever-ser a partir do ser, o mundo da vida é regido por leis de causalidade, enquanto que o mundo do Direito pela lei de imputação, segundo a qual a norma jurídica traz um juízo hipotético de determinada conduta que, uma vez concretizada, provoca a aplicação da respectiva sanção. As normas jurídicas são aplicadas conforme sua hierarquia, cuja estrutura é simbolizada por uma pirâmide normativa, a qual tem em seu topo a Norma Fundamental, inspiradora da Constituição. Desta feita, o cerne da teoria kelseniana está no conteúdo meramente formal da pirâmide normativa, sem que haja qualquer vinculação valorativa ou material entre seus componentes, apenas um ordenamento lógico.³¹

Consoante à teoria pura do Direito, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, hierarquicamente superior. Ocorre que, não há como se recorrer a uma norma superior indefinidamente, sendo necessária a pressuposição de certa norma como sendo a última, que deve ser pressuposta porque não pode ser posta por uma autoridade, tendo em vista que esta necessitaria de outra norma ainda mais elevada que a legitimasse. Tal norma, cujo fundamento de validade não pode ser colocado em questão, é

³⁰ Cf. ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003. p. 42-44.

³¹ Cf. ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?**, p. 46.

denominada de Norma Fundamental (*Grundnorm*), e se encontra no topo da pirâmide representativa do sistema jurídico, servindo de fonte e fundamento de validade comum de todas as demais normas pertencentes ao sistema. Não há que se confundir a Constituição na forma como é conhecida, com sentido jurídico-positivo, com Norma Fundamental, a qual tem um sentido lógico-jurídico, uma vez que esta última não é ela própria uma norma posta, mas pressuposta, ou seja, é o ponto de partida do processo de criação do Direito.³²

Assim, uma norma jurídica não é válida porque possui determinado conteúdo, mas sim porque é criada de uma forma determinada, a qual foi fixada, em última análise, pela norma fundamental pressuposta. Apenas obedecendo ao critério formal é que uma norma pode ser considerada inserida no sistema, independentemente do seu conteúdo. É o que ensina Kelsen:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido por uma via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.³³

Destaca-se, ainda, que o marco teórico da teoria kelseniana é verificado quando é enfatizado que a teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo em geral, e não de uma ordem jurídica especial, podendo transformar-se em instrumento de legitimação de inúmeras ordens político-jurídicas, desde os Estados do capitalismo liberal-burguês até os do socialismo burocrático. É, portanto, em princípio, uma teoria isenta de qualquer caráter ideológico, para a qual não interessa o conteúdo, as relações ou as contradições sociais que informam os padrões normativos.³⁴

³² Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. 5ª tirag. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 217.

³³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 221.

³⁴ Wolkmer assevera que, não obstante a rígida crítica à ideologia presente na Teoria Pura do Direito, fruto de sua inegável preocupação em manter resguardado o objetivismo do discurso jurídico positivista, mais tarde

Na mesma linha traçada por Kelsen, Bobbio trabalha com o termo validade com referência à existência da regra enquanto tal, esclarecendo que se trata de constatar se uma regra jurídica existe ou não. Há, todavia, uma certa substancialização do conceito, tendo em vista que seriam três as operações necessárias para verificação da validade de uma norma: 1) averiguação da legitimidade da autoridade de quem ela emanou (forma); 2) averiguação quanto a possibilidade da norma já ter sido revogada por outra norma posterior (forma); e 3) averiguação quanto a incompatibilidade com outras normas do sistema, em particular com alguma norma superior, ou ainda, se já não foi revogada implicitamente, por norma posterior de conteúdo contraditório (substância). Percebe-se, todavia, que Bobbio já insere em seu conceito de validade, na terceira operação sugerida, uma importante referência ao conteúdo da norma, porém, abstém-se de separar os conceitos de vigência e validade conforme o que é realizado pela teoria garantista.³⁵

Serrano, por sua vez, já apresenta um pensamento pós-positivista, afirmando que a validade de uma norma não depende apenas de sua promulgação ou de sua vigência espacial, material ou procedimental, mas também de um juízo de coerência estático, de conteúdo ou substancial, que confronta a norma com o sistema jurídico em sua totalidade, considerando inclusive sua historicidade. Portanto, a validade não depende de fatores externos ao sistema jurídico, sejam sócio-econômicos (eficácia) ou ético-políticos (justiça), mas depende de fatores internos ao sistema jurídico.³⁶

A teoria garantista, como uma teoria crítica do Direito, procura redefinir as categorias tradicionais das normas jurídicas, superando a concepção de Direito típica do

Kelsen passa a admitir o uso da noção de ideologia com diversos significados, não somente negativos como também positivos. Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 162-164.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2001. p. 46-47.

³⁶ Cf. SERRANO, José Luis. **Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 101.

positivismo kelseniano no aspecto ressaltado³⁷, ou seja, puramente ou preponderantemente formal, que se abstém de separar vigência e validade como conceitos de conteúdos complementares, sendo o primeiro formal e o segundo material.

Cademartori, como defensor da teoria garantista, conceitua e diferencia justiça, vigência, validade e eficácia de uma norma, esclarecendo que a mesma: é justa quando responde positivamente a certo critério de valoração ético-político; é vigente quando sua forma obedece ao procedimento prescrito, sendo isenta de vícios; é válida quando não contradiz nenhuma outra norma hierarquicamente superior; e é eficaz quando é de fato observada pelos seus destinatários e/ou aplicada pelos órgãos responsáveis.³⁸

A concepção puramente formal da validade é fruto de uma simplificação, herdada de uma compreensão “onipotente do legislador no Estado liberal e derivada de uma incompreensão da complexidade do termo legalidade no Estado constitucional de Direito” .³⁹ Com a constitucionalização de cadeias principiológicas, restaram estabelecidas normas referentes à produção legal não reduzidas apenas a suas condições formais, mas principalmente ao seu conteúdo. Neste íterim, é que se dá o distanciamento entre os conceitos de validade e vigência, os quais são assimétricos e independentes.⁴⁰

Aceito isto, cabe ao juiz aplicar e ao jurista interpretar a norma conforme os critérios garantistas de validade, pois é assim que se faz possível a manipulação de um Direito legítimo. Ocorre que o pensamento predominante das teorias positivistas não-garantistas sempre foi no sentido de que o juiz está obrigado a aplicar todas as leis vigentes. Todavia, a norma vigente pode também ser inválida, ou seja, não corresponder aos ditames

³⁷ Não é por ser uma teoria pós-positivista que o garantismo se defronta com o positivismo kelseniano em todos os aspectos, pelo contrário, a noção de hierarquia das normas e a separação entre ser e dever-ser lhe são bastante valiosas, contudo, há uma redefinição dos conceitos de Direito e norma, os quais adquirem substância/matéria/conteúdo.

³⁸ Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 79/80.

³⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de; e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3ª ed. amp. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 22.

⁴⁰ Cf. CARVALHO, Amilton Bueno de; e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3ª ed. amp. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 22.

constitucionais, o que desobriga o juiz de aplicá-la, segundo uma lógica garantista.

Ferrajoli entende ser tarefa científica do jurista valorar a validade ou a invalidez das normas, conforme os parâmetros formais e substanciais estabelecidos pelas normas jurídicas de nível superior.⁴¹

Conforme Ferrajoli:

A sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas uma qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a Constituição.⁴²

Assim, cabe ao jurista realizar a interpretação da lei conforme a Constituição, visando a defesa dos direitos fundamentais nela estabelecidos e, quando isso não for possível, ou seja, quando se tratar de contradição insanável, o juiz tem a obrigação legal de declarar a invalidez constitucional da norma hierarquicamente inferior.⁴³

É claro que este processo não é simples, pois, para ser considerada nula e ilegal uma lei deve ser julgada por um poder diverso daquele a criou, julgamento este que normalmente é carregado de um juízo de valor, afastando-se da interpretação tradicional, a qual deveria estar limitada aos requisitos legais formais e isenta de juízos de valor. Os parâmetros de validade num Estado de Direito Constitucional dependem de valoração, uma vez que as normas inseridas na Constituição, às quais o legislador deve fidelidade e está efetivamente subordinado, tratam de conceitos abertos, como liberdade e igualdade. O juiz tem a tarefa científica de valorar e censurar as leis ordinárias vigentes em contraste com a norma constitucional.⁴⁴

⁴¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 874.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias, p. 100/101.

⁴³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias, p. 101.

⁴⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 876.

Além disso, o problema é agravado quando essa limitação do intérprete à letra da lei, preocupando-se somente com o formalismo como determinante da validade ou invalidade da mesma e se esquecendo do conteúdo da norma, conjuga-se com o fato de que vivemos em uma sociedade cada vez mais repleta de conflitos transindividuais e o Direito continua cunhado apenas para enfrentar conflitos interindividuais.⁴⁵ Trata-se da inobservância, por parte do jurista, do cuidado de interpretar o Direito, não como um dogma com limitações pré-estabelecidas, mas sim como um todo, onde a norma, sempre que possível, deve ser adequada à realidade social vigente.

Neste ponto, percebe-se que, surpreendentemente, nossa Constituição – conjunto de leis elaboradas por homens racionais há mais de dezoito anos – que prevê liberdades que não podem ser violadas e direitos sociais que devem ser satisfeitos, encontra-se ainda preterida pela racionalidade jurídico interpretativa e pela racionalidade técnico legislativa que, por vezes, ignoram tais preceitos.

1.6 Garantismo como filosofia política

Na terceira acepção do termo garantismo, por fim, este se refere a uma doutrina filosófico-política que permite a crítica e a deslegitimação externa das instituições jurídicas positivas, levando em conta a rígida separação entre direito e moral, validade e justiça, ou ainda, ponto de vista externo (ético-político) e ponto de vista interno (jurídico). A opção entre estes dois últimos pontos de vista, o interno e o externo, significa a própria caracterização de uma teoria, pois se tratam de princípios de legitimação, jurídica ou moral. Dentro da filosofia política, como bem salienta Ferrajoli, tal distinção pode ser feita em maior escala, entre

⁴⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise** – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36/37.

doutrinas autopoieticas e heteropoieticas, expressões emprestadas de outros filósofos, como Niklas Luhmann.⁴⁶

Ferrajoli explica os dois conceitos:

Para as doutrinas autopoieticas, o Estado é um fim e assume valores ético-políticos de caráter supra-nacional e supra-individual, a cuja instrumentalização e reforço têm de instrumentalizar-se o Direito e os direitos. Para as doutrinas heteropoieticas, pelo contrário, o Estado é um meio legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, e politicamente ilegítimo se não os garantir ou, mais ainda, se o mesmo os viola.⁴⁷

As doutrinas políticas autopoieticas fundamentam os sistemas políticos em si mesmos, justificando o Direito e o Estado como bens ou valores intrínsecos, ou seja, o Estado e o Direito estão fundamentado sobre si mesmos. Sendo o Estado considerado um fim em si mesmo, que por este motivo tende a colocar o Direito a serviço de sua conservação, acaba havendo uma subordinação dos indivíduos e da sociedade como um todo à sua manutenção. Autopoieticas são, portanto, doutrinas de legitimação política que postulam princípios legitimadores de cima para baixo (*ex parte principis*), o que quer dizer que o princípio da legalidade não é considerado apenas um princípio jurídico interno, mas também como um princípio axiológico interno, representando uma perigosa redução da legitimidade política à legitimidade jurídica, e causando uma ausência de limites aos poderes políticos do Estado.⁴⁸ Como exemplos de doutrinas autopoieticas temos aquelas que justificam o poder do Estado em entidades metafísicas, como Deus ou natureza, ou em idealismos, como o stalinismo e o fascismo.⁴⁹

⁴⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 880/881.

⁴⁷ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “Para las doctrinas auto-poyéticas, el estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos. Para las doctrinas hetero-poyéticas, por el contrario, el estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aun, si el mismo los viola.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 881.

⁴⁸ Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 162/163.

⁴⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 881.

Já, as doutrinas políticas heteropoiéticas, por sua vez, entendem que o Estado é apenas um meio que recebe legitimação enquanto tem por finalidade a preservação e promoção de direitos e garantias individuais e, como tal, utiliza-se das instituições jurídicas e políticas apenas por necessidade, para satisfação dos interesses vitais dos cidadãos.⁵⁰ Heteropoiéticas são, enfim, doutrinas de legitimação do Estado e do Direito de baixo para cima, partindo da sociedade e dos indivíduos que a compõem (*ex parte populi*), sendo eles próprios o fim, dignos do respeito do Estado, este sim considerado como meio instituído para tutela social. São exemplos de doutrinas deste tipo o jusnaturalismo laico e o racionalismo iluminista, para os quais o Estado e o Direito foram criados pelo homem para proteção dos seus próprios interesses vitais.⁵¹

Conforme conclui Cademartori:

O estado de direito é caracterizado politicamente pelo garantismo de Ferrajoli como um modelo de ordenamento justificado ou fundamentado por fins completamente externos, geralmente declarados em forma normativa por suas Constituições, mas sempre de forma incompleta, e a política é vista como dimensão axiológica (externa) do agir social, servindo de critério de legitimação para a crítica e a mudança do funcionamento de fato e dos modelos de direito das instituições vigentes. (...) A aferição de legitimidade dos poderes realizada pelo garantismo é sempre *a posteriori* e contingente, relativa a cada um dos seus atos singulares. Assim, a legitimidade política é sempre mensurável em graus, dependendo da efetiva realização das funções externas de cada um dos poderes.⁵²

Portanto, o Estado Constitucional de Direito, segundo os preceitos garantistas, deve servir às finalidades externas a ele, mantendo seu caráter instrumental e fugindo de teorias que se concebem como fontes de legitimação do ser do Direito (democracia, liberalismo, socialismo), e que preterem o dever-ser político, primordialmente defendido pelo garantismo.⁵³

Ferrajoli reinterpreta o contratualismo clássico como esquema de justificação do

⁵⁰ Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 162/163.

⁵¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 881.

⁵² CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 164.

⁵³ Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 165.

Estado enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, e reconhece aquele como sendo a primeira doutrina democrática, referindo-se tanto à democracia formal, baseada no consenso dos contratantes, quanto na democracia substancial, fundamentada na garantia dos seus direitos. Para ele, a doutrina da democracia política da vontade geral, direta ou representativa, apenas resolve o problema da legitimação formal de quem decide, enquanto que, de outro modo, o problema da legitimação substancial do que deve ser decidido ou não constitui o objeto preciso das doutrinas liberal-contratualistas sobre a razão e sobre os limites do Estado, as quais elaboraram uma noção de direito fundamental que, mesmo limitada aos direitos burgueses de liberdade e propriedade, pode ser utilizada para todos os direitos considerados vitais, desde os liberais até os sociais e, assim, servindo de base para uma doutrina geral da democracia substancial.⁵⁴

Assim, entende-se que, em sentido filosófico, o garantismo:

Consiste essencialmente nesta fundamentação heteropoiética do Direito (...) Precisamente, consiste, por um lado, na negação de um valor intrínseco do Direito somente por estar vigente e do poder somente por ser efetivo e na prioridade axiológica referente a ambos do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado à sua crítica e transformação; por outro lado, na concepção utilitarista e instrumentalista do Estado, dirigido unicamente à satisfação de expectativas ou direitos fundamentais.⁵⁵

A teoria garantista tem como pressuposto geral ser pessimista em relação ao poder, considerando-o um mal, pois, por se tratar de uma atribuição carente de limitações, expõe qualquer um que o detenha a acabar por exercer o despotismo. Ao contrário, as doutrinas autopoiéticas costumam ser bastante otimistas em relação ao poder, considerando-o bom e dotado de eticidade, como é o caso de todo poder totalitário.

⁵⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 883/884.

⁵⁵ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “Consiste esencialmente en esta fundamentación heteropoiética del derecho (...) Precisamente, consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y, del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 884.

Hannah Arendt descreveu com clareza o que objetiva um governo totalitário, deixando também refletir o caráter de Estado-fim concebido pelas doutrinas autopoieticas e presente neste regime:

A luta pelo domínio total de toda a população da terra, a eliminação de toda realidade rival não-totalitária, eis a tônica dos regimes totalitários; se não lutarem pelo domínio global como objetivo último, correm o risco de perder todo o poder que porventura tenham conquistado. Nem mesmo um homem sozinho pode ser dominado de forma absoluta e segura a não ser em condições de totalitarismo global. Portanto, a subida ao poder significa, antes de mais nada, o estabelecimento de uma sede oficial e oficialmente reconhecida para o movimento (...), e a aquisição de uma espécie de laboratório onde o teste possa ser feito com realismo (ou contra a realidade) – o teste de organizar um povo para objetivos finais que desprezam a individualidade e a nacionalidade. O totalitarismo no poder usa a administração do estado para o seu objetivo a longo prazo de conquista mundial e para dirigir as subsidiárias do movimento (...) e, finalmente, erige campos de concentração como laboratórios especiais para o teste do domínio total.⁵⁶ (grifo nosso)

Para que a sociedade não seja surpreendida por um regime calcado em doutrina autopoietica, o Estado de Direito deve ser politicamente justificado por fins completamente externos a si mesmo, geralmente declarados de forma normativa nas constituições, porém, sempre satisfeitos de maneira irremediavelmente incompleta. Tal insuficiência deve-se à não realização total dos fins e valores justificantes e, conseqüentemente, provoca a irredutível imperfeição da legitimidade política do poder no Estado de Direito.⁵⁷

Forma-se, então, uma aporia, pois os poderes do Estado – legislativo, executivo e judiciário – não conseguem alcançar uma plena legitimidade, uma vez que o poder judiciário tem sempre alguma medida de discricionariedade, não se conformando ao seu modelo de justificação de poder legal de denotação e poder equitativo de compreensão. O poder legislativo, por sua vez, sofre aporia pela ausência de mandatos imperativos e pelas mediações burocráticas interpostas pelos partidos que o integram. Por fim, o poder executivo goza de

⁵⁶ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo** – anti-semitismo / imperialismo / totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. 3ª reimpresssão. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 442.

⁵⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 886.

autonomia muito ampla e ineficácia dos controles parlamentares.

A irreduzível ilegitimidade política de todos os poderes no Estado de Direito é uma aporia política do garantismo, a qual resulta da divergência estrutural entre ser e dever ser. Tal ilegitimidade pode ser considerada o caráter comum e fisiológico de todos os ordenamentos que seguem um modelo de legitimação heteropoiética. Assim, garantismo e democracia são sempre modelos normativos imperfeitos, de legitimidade política relativa e mensurável em graus, de acordo com a efetiva realização das funções externas que justificam os poderes.⁵⁸

Como esta aporia não é reconhecida pelos sistemas de governo, os quais deveriam autodenominar-se com honestidade como democracia imperfeita, socialismo imperfeito, ou ainda, liberalismo imperfeito, estes acabam se reduzindo a ideologias de legitimação que trocam os valores ideais do Estado e do Direito pelos reais, o dever ser político pelo ser jurídico e pelo ser de fato dos poderes institucionalizados. É quando o Estado e o Direito restam assim idealizados e eticamente valorizados que tende a ocorrer a perda de seu caráter instrumental e sua transformação em fim, ou seja, em poder auto-justificável.⁵⁹

A luta pela compreensão da teoria garantista objetiva, desta forma, a proteção do indivíduo e da sociedade, maiores sacrificados no caso de governos doutrinariamente autopoiéticos, como o totalitário, que tem por natureza exigir o poder ilimitado, o qual somente é alcançado se todos os homens, sem qualquer exceção, forem dominados em todos os aspectos de suas vidas.⁶⁰

O que as ideologias totalitárias visam é a transformação da própria natureza humana. “Os acontecimentos políticos, sociais e econômicos de toda parte conspiram silenciosamente com os instrumentos totalitários inventados para tornar os homens

⁵⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 887.

⁵⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 888.

⁶⁰ Cf. ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo** – anti-semitismo / imperialismo / totalitarismo. p. 507.

supérfluos”⁶¹, e o homem banalizado, sem alma ou vontade, sem possibilidade de realização de Direitos, é aquele que melhor serve de meio aos objetivos de um Estado-fim.

1.7 Observações sobre a desobediência civil segundo a visão garantista

O ponto de vista externo identifica-se com a primazia axiológica da pessoa, e a consequência disto é a autonomia do indivíduo em caso de conflito entre direito vigente e direito fundamental. Perguntando-se sobre como o tema da obrigação política é colocado em termos diversos nos modernos Estados de Direito, onde direitos fundamentais estão positivados nas constituições e lesões a eles deveriam ser passíveis de sanções impostas pelo próprio Direito, é que Ferrajoli, lembrando trechos belíssimos da literatura grega, acrescenta, ainda, que:

A questão tem ressonâncias, que evocam o conflito entre Direito e moral, por assim dizer, entre obrigação política de obedecer às leis ainda quando sejam injustas e autodeterminação moral das pessoas. A opção pela autonomia da pessoa frente ao Estado se encontra expressada de maneira exemplar na tradição grega pela figura de Antígona. Quer-se, não obstante, ver a opção oposta pelo legalismo ético e pelo dever moral de obediência na figura de Sócrates, que voluntariamente aceita a morte injusta a que é condenado: uma interpretação certamente sustentável sobre a base de Critón mas não da Apologia de Sócrates, onde Sócrates não expressa nenhum obsequio moral à lei, não faz ato algum de submissão, nem menos ainda apologia da obediência, e sim que, pelo contrário, aceita a morte e rechaça provocativamente a fuga, para que a condenação que lhe é imposta, homem justo por excelência, perdue como condenação e crítica prática da injustiça das leis e dos juizes que as aplicam.⁶²

⁶¹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo** – anti-semitismo / imperialismo / totalitarismo. p. 510.

⁶² Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “La cuestión tiene antiguas resonancias, que evocan el conflicto entre derecho y moral, es decir, entre obligación política de obedecer las leyes aun quando sean injustas y autodeterminación moral de las personas. La opción por la autonomía de la persona frente al estado se encuentra expresada de manera ejemplar en la tradición griega por la figura de Antígona. Se ha querido, no obstante, ver la opción opuesta por el legalismo ético y por el deber moral de obediencia en la figura de Sócrates, que voluntariamente acepta la muerte injusta a que se le condena: una interpretación ciertamente sostenible sobre la base del Critón pero no de la Apología de Sócrates, onde Sócrates no expresa ningún obsequio moral a la ley, no hace acto alguno de sumisión, ni menos aún apologia de la obediencia, sino que, por el contrario, acepta la muerte y rechaza provocativamente la fuga, para que la condena que se le impone a él, hombre justo por excelencia, perdue como condena y crítica práctica de la injusticia de las leyes y de los jueces que las aplican.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 920/921.

Portanto, a questão primordial que o autor se coloca é se nos ordenamentos constitucionais modernos, agraciados pela positivação de direitos fundamentais, existe obrigação de obediência a leis injustas, em que medida e sob qual natureza.

Desta forma, a fim de buscar uma solução para o problema proposto, a qual fuja do campo moral, pois o mesmo comporta todas as respostas possíveis, busca-se explicações e argumentos aceitáveis num plano de pesquisa meta-moral e meta-político, ou filosófico-político, dos discursos sobre os fundamentos morais e políticos do direito positivo. Para tanto, cabem duas questões, a primeira acerca do que consiste a obrigação moral e/ou política de obedecer às leis; a segunda, sobre quais sujeitos, em um Estado de Direito, estão submetidos à lei, ou seja, quem está obrigado.⁶³

Dentro do modelo garantista de Estado de Direito, somente os juízes, titulares dos poderes delegados para aplicação da lei, e nenhum outro sujeito, podem se dizer moralmente obrigados a respeitar as leis. Importante, também, assinalar que a obrigação moral atribuída aos magistrados não se confunde com uma possível obrigação rígida política ou jurídica, as quais devem ser orientadas pelos ditames constitucionais.⁶⁴

O que não pode ser defendido é a obrigação moral do cidadão comum de obediência às leis consideradas injustas, pois uma obrigação deste tipo, incondicionada, supõe uma concepção ética e totalitária do Estado, a qual exclui a autonomia da moral e exige desta uma conformidade cega com o direito positivo.

A tese de que o cidadão comum está moral e politicamente obrigado a obedecer às leis tem como argumento principal o fato de que a atitude contrária, a não obrigação, tornaria impossível o funcionamento de qualquer ordenamento. É claro que os ordenamentos, em especial os democráticos, que são baseados no consenso da maioria, carecem de aceitação

⁶³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 921.

⁶⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 926.

política e moral, de aceitação de todas leis por parte dos indivíduos, mas não se pode falar em totalidade, e sim da maioria da sociedade. Portanto, pode-se dizer que os ordenamentos democráticos são aqueles que usufruem da adesão moral da maioria, não entendida a adesão *a priori* abstrata, mas sim a adesão *a posteriori* a seu efetivo funcionamento concreto.⁶⁵

A história jurídica conta com exemplos de normatização do princípio do valor moral de desobediência quando as leis entram em conflito radical com os valores fundamentais e universais expressados nas constituições:

Este, por demais, é o princípio que foi inscrito nas primeiras Constituições e declarações de direitos, que como observa Norberto Bobbio têm a forma das concessões mas a substância do acordo em torno aos fins que justificam e vinculam os poderes do Estado. “Quando um governo resulta inadequado ou é contrário a estes fins”, diz o art. 3 da Declaração de direitos de Virgínia, “a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira que se julgue mais conveniente ao bem público”; e o art. 29 da Constituição francesa de 1793 estabelecia: “Em todo governo livre, os homens devem ter um meio legal para resistir à opressão, e, quando este meio seja impotente, a não sujeição é o mais santo dos deveres”.⁶⁶

Na maioria das constituições atuais não se encontram exemplos deste tipo de direitos e deveres, pois a ideologia de direito positivo dominante acredita na efetividade dos mecanismos garantistas colocados pelo Estado de Direito a fim de impedir juridicamente o poder ilegítimo das normas inválidas. Mas o problema surge quando os mecanismos legalmente previstos são insuficientes ou não surtem efeitos, ou ainda, quando ocorrem conflitos com valores fundamentais ainda não inseridos nas constituições. É neste momento que surge e resta claramente demonstrada a necessidade e existência do direito e dever de

⁶⁵Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 929.

⁶⁶ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “Éste, por lo demás, es el principio que fue inscrito en las primeras Constituciones y declaraciones de derechos, que como ha observado Norberto Bobbio tienen la forma de las concesiones pero la sustancia del acuerdo en torno a los fines que justifican y vinculan a los poderes del estado. ‘Cuando un gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos fines’, dice el art. 3 de la Declaración de derechos de Virginia, ‘la mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al público’; y el art. 29 de la Constitución francesa de 1793 establecía: ‘En todo gobierno libre, los hombres deben tener un medio legal para resistir a la opresión, y cuando este medio sea impotente, la insurrección es el más santo de los deberes’.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 929/930.

desobediência civil, em acordo com a concepção heteropoiética do Estado.⁶⁷

A obediência moral, portanto, depende do juízo que a consciência moral e política de cada pessoa faz das leis injustas e, uma vez que o indivíduo reconhece que uma lei está em conflito com valores fundamentais que ele julga superiores, este tem o dever moral de desobediência. Ferrajoli ressalta, ainda, que por se tratar de uma obrigação condicionada à autonomia do juízo moral e, portanto, não universalizável, deve-se chamá-la de liberdade de desobediência, termo mais apropriado à linguagem da moral.⁶⁸

O Estado de Direito, segundo o modelo garantista, exige dos cidadãos somente a obrigação jurídica de obediência às leis e cumprimento dos deveres dos cidadãos, e nenhuma obrigação política ou obrigação de adesão. Justamente por não fazer tais exigências, é quando os poderes satisfazem as expectativas e necessidades da sociedade (ponto de vista externo) e administram o Estado de acordo com os princípios e direitos fundamentais inscritos na Constituição, que este se torna merecedor da adesão moral e política de cada pessoa.

1.8 Garantismo jurídico e direitos fundamentais

Identificado o ponto fundamental do garantismo como filosofia política, qual seja, o caráter instrumental do Direito e do Estado frente às finalidades, aos interesses, às necessidades, aos valores e às vontades extra-estatais e meta-jurídicas, Ferrajoli relembra, ainda, que:

Depois de identificadas as técnicas institucionais mediante as quais o ponto de vista externo tem se introduzido no direito positivo nas formas do moderno Estado de Direito e, precisamente, na incorporação das normas constitucionais dos direitos fundamentais dos cidadãos como vínculos funcionais que condicionam a validade jurídica de toda a atividade do Estado. Estas formas, diz-se, ainda sendo tecnicamente inconcebíveis fora

⁶⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 930.

⁶⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 930.

do horizonte teórico e institucional do positivismo jurídico, tomaram do jusnaturalismo contratualista seu paradigma de justificação política: por um lado, a idéia hobbesiana da fundamentação de fora e de baixo do Direito e do Estado, enquanto artifícios postos pelos homens para a tutela de seus direitos; por outro lado, a idéia lockeana da conservação por parte dos homens da sua natural independência de poderes absolutos e arbitrários ainda depois do nascimento do Estado e da sociedade civil.⁶⁹

Quando fala de ponto de vista externo, Ferrajoli está se referindo ao ponto de vista das pessoas que compõem a sociedade, daí decorre a necessidade de se verificar quais são as expectativas destes indivíduos, quais são os direitos vitais que buscam ter satisfeitos, ou seja, seus direitos fundamentais.

O reconhecimento dos direitos fundamentais ocorreu de forma contínua ao longo da história, primeiro em relação aos direitos dos cidadãos de cada Estado. Já, os direitos do cidadão do mundo somente foram proclamados em 10 (dez) de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral da ONU, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual favoreceu, ainda que de forma obstaculizada, a irreversível emergência do indivíduo em um espaço anteriormente exclusivo dos Estados soberanos.⁷⁰

No contexto do garantismo jurídico, que objetiva a tutela de todos os direitos fundamentais, direitos liberais e direitos sociais, estes têm importância central, pois possibilitam a quantificação da concretização da Constituição e representam os alicerces da existência do Estado Democrático de Direito. Através deles é estabelecido o que pode ser deliberado pelo poder legislativo e o que deve ser garantido pelo poder judiciário, mediante o

⁶⁹ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “Después de identificado las técnicas institucionales mediante las que el punto de vista externo se ha introducido en el derecho positivo en las formas del moderno estado de derecho y, precisamente, en la incorporación a las normas constitucionales de los derechos fundamentales de los ciudadanos como vínculos funcionales que condicionan la validez jurídica de toda la actividad del estado. Estas formas, se ha dicho, aun siendo técnicamente inconcebibles fuera del horizonte teórico e institucional del positivismo jurídico, tomaran del iusnaturalismo contractualista su paradigma de justificación política: de una parte, la idea hobbesiana de la fundamentación desde fuera y desde abajo del derecho y del estado, en cuanto artificios puestos por los hombres para la tutela de sus derechos; de otra, la idea lockeana de la conservación por parte de los hombres de su natural independencia de poderes absolutos y arbitrarios aun después del nacimiento del estado y de la sociedad civil.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 905.

⁷⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 15ª tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

controle da constitucionalidade material das normas, para que os indivíduos do Estado Democrático de Direito sujeitem-se apenas às leis válidas – à democracia material – e impedindo que direitos construídos histórica e argumentativamente possam ser violados por eventuais maiorias.⁷¹

Cademartori coloca que, no Estado democrático de Direito, encontram-se as esferas do que pode ou não ser decidido, por maioria ou unanimidade, sendo que, de um lado não se pode afrontar os direitos individuais, e de outro eles devem ser garantidos na sua máxima extensão, sob pena de não legitimação das instituições estatais.⁷²

É na esfera do que não pode ser decidido que se encontram os direitos fundamentais, os quais refletem a supremacia constitucional e servem de limitações substanciais à matéria objeto da legislação, além de funcionarem “como verdadeiro marco divisório, impeditivo do avanço do Legislativo (...) é que se devem efetuar juízos de validade, em face do ordenamento infraconstitucional, espriando, desta maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do que não pode ser decidido, mesmo que parcial”⁷³.

Antes de dar início às discussões acerca dos direitos fundamentais, Ferrajoli, preliminarmente, apresenta uma proposta de definição teórica do termo, a qual adianta ser puramente formal e estrutural. Para ele, o Direito, como sistema de garantias, centra-se nos direitos fundamentais, ou seja, em:

Todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de fazer; entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesões) destinada a um sujeito por uma norma jurídica; e por status a condição de um sujeito, prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas.⁷⁴

⁷¹ Cf. ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?**, p. 29.

⁷² Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 161.

⁷³ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**, p. 27.

⁷⁴ Tradução feita pela mestranda a partir da tradução utilizada: “Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de

Este conceito é teórico na medida em que não cita a necessidade de que tais direitos estejam positivados, pois a positivação é apenas uma garantia de que os mesmos sejam vigentes em um determinado ordenamento, e não interfere no seu significado. Ainda, é um conceito formal porque não descreve a natureza dos interesses e das necessidades tutelados mediante seu reconhecimento, baseando-se unicamente no seu caráter universal, ou seja, no sentido lógico e não valorativo da quantificação universal da classe dos sujeitos titulares dos mesmos.

Tendo em vista o caráter universal dos direitos fundamentais, ligados indissociavelmente aos sujeitos, sem possibilidade de exclusão de qualquer natureza pessoal, alienação ou prescrição, é que os mesmos representam papel relevante no Estado constitucional, no qual estão acolhidos em constituições rígidas e são reclamáveis por todos e cada um.⁷⁵

Por outro lado, o termo ‘todos’ inserido no conceito proposto é logicamente relativo às classes dos sujeitos a quem sua titularidade está normativamente reconhecida. Desta forma, se a intenção da igualdade depende da quantidade e da qualidade dos interesses protegidos como direitos fundamentais, a extensão da igualdade e com isso o grau de democracia de determinado ordenamento depende, conseqüentemente, da extensão daquelas classes de sujeitos identificadas pelo status. Todavia, o conceito apresentado por Ferrajoli pretende ser válido para qualquer ordenamento, independentemente dos direitos fundamentais previstos ou não nele, inclusive em ordenamentos totalitários e pré-modernos. Além disso,

ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.” FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 19.

⁷⁵ Cf. ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?**, p. 32.

trata-se de um conceito ideologicamente neutro, sendo válido em qualquer filosofia política, jurídica, positivista ou jusnaturalista, liberal ou socialista, antiliberal ou antidemocrática.⁷⁶

O autor considera que o caráter formal do conceito por ele elaborado não o torna insuficiente para identificar nos direitos fundamentais a base da igualdade jurídica, um valor primário da pessoa e, portanto, um princípio de tolerância, cujos elementos constituem o moderno princípio da igualdade jurídica, o qual inclui as diferenças pessoais e exclui as diferenças sociais.

A igualdade formal ou política ocorre quando o princípio, enquanto valoriza as diferenças pessoais, consiste no “igual valor destinado a todas as diferentes identidades que fazem de cada pessoa um indivíduo diferente dos demais e cada indivíduo uma pessoa como todas as demais”⁷⁷, e é daí que surge a imprescindibilidade da tolerância entre as diversas identidades. Já, a igualdade substancial ou social ocorre quando este princípio não dá valor às diferenças sociais e econômicas, o princípio da igualdade busca eliminar as discriminações e privilégios sociais que determinam as desigualdades entre as pessoas e, portanto, tornam-se intoleráveis quando ultrapassam certos limites.⁷⁸

Assim, por um lado, as desigualdades formais ou políticas são denominadas diferenças, as quais devem ser reconhecidas para que possam ser respeitadas e garantidas, por outro lado, as diversidades substanciais ou sociais são chamadas de desigualdades, que também precisam ser reconhecidas, mas para que sejam eliminadas ou compensadas no que for possível.⁷⁹

Os direitos de igualdade estão estreitamente ligados aos direitos de liberdade, uma vez que ambos evoluíram paralelamente, sendo que o princípio de que os homens são iguais é

⁷⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 20/22.

⁷⁷ Tradução feita pela mestranda a partir da tradução utilizada: “igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 906.

⁷⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 906.

⁷⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 907.

o que vale no que se refere aos direitos de liberdade. O grande inspirador da Declaração Universal dos Direitos do Homem, John Locke⁸⁰, descreve um Estado de Natureza em que todos os homens são iguais, e no qual por igualdade se entende que são iguais no gozo da liberdade, sendo que um indivíduo não pode desfrutar de maior liberdade do que o outro.⁸¹

De acordo com o texto da Declaração:

Artigo 1º. *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.*

Artigo 2º. *Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação.*⁸² (grifo nosso)

A igualdade jurídica pode ser definida, portanto, como a igualdade dos direitos fundamentais, pois nestes a igualdade é perseguida tanto formal quanto substancialmente. Direitos fundamentais podem ser também definidos, então, como aqueles direitos cuja garantia é igualmente necessária para satisfazer o valor das pessoas e para realizar sua igualdade, formando-se uma relação de duplo sentido, ou seja, tanto a igualdade jurídica é constitutiva dos direitos fundamentais, quanto estes são constitutivos da igualdade jurídica.⁸³

⁸⁰ John Locke, autor de obras importantes, entre elas o célebre “Segundo tratado sobre o governo”, publicado em 1690, foi um vanguardista nas idéias sobre igualdade e liberdade, em que pese o longínquo tempo e as diferenças conceituais que disto derivam – a liberdade de Locke admitia, por exemplo, a escravidão, mas apenas entre o cativo e o conquistador legítimo enquanto permanecesse o estado de guerra (p. 36) – por outro lado, apresentava uma inteligência adiante do seu tempo, como no trecho em que defende: “mesmo em se tratando de um estado de liberdade, não implica em licenciosidade; apesar de ter o homem naquele estado de liberdade incoercível para dispor da própria pessoa e posses, não a tem para destruir a si mesmo ou a qualquer criatura de sua posse, a não ser quando um fim mais nobre do que a mera conservação o exija. O estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses” (p. 24). Locke exerceu grande influência sobre o pensamento ocidental, doando suas teses às bases das democracias liberais: seu primeiro e segundo tratados sobre o governo civil justificaram a revolução burguesa da Inglaterra; no século XVIII, suas idéias inspiraram os iluministas responsáveis pela Revolução Francesa; suas teorias serviram de apoio a Montesquieu na formulação da teoria da separação dos três poderes; e também aos pensadores que colaboraram para a declaração da Independência Americana, em 1776. Ver LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003. 176 p.

⁸¹ Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 70.

⁸² DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Proclamada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de Dezembro de 1948. <http://afilosofia.no.sapo.pt/cidadania1.htm>

⁸³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 908.

Os direitos fundamentais proporcionam, também, a mensuração da concretização da Constituição, estabelecendo quais matérias são afeitas ao poder legislativo e o que o poder judiciário deve garantir, mediante o controle de constitucionalidade material das normas. Neste sentido, Alexandre Rosa disserta que os direitos fundamentais:

Por um lado, indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e de outro, limitam negativamente a ação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos, jamais alienados pelo pacto social. (...) longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da *democracia material-constitucional*. Significam a extensão de liberdades e de direitos sociais em sentidos opostos, mas direcionados, ambos, para realização das promessas constitucionais. Seriam válidos em qualquer filosofia política ou jurídica, vinculando os poderes pelo princípio hierárquico e da legalidade, espraiando efeitos aos governos futuros.⁸⁴ (grifo do original)

Ferrajoli indica quatro classes de direitos. Por direitos humanos, entende os direitos primários das pessoas que atingem indistintamente a todos os seres humanos, como o direito à vida ou o direito à liberdade. Direitos públicos são os direitos primários que são reconhecidos somente aos cidadãos, como os direitos de residência e circulação no território. Os direitos civis, por sua vez, são direitos secundários adscritos a todas as pessoas com capacidade de fazer, como a liberdade contratual e, em geral, todos os direitos potestativos que se exteriorizam no âmbito da autonomia privada e sobre os quais se funda o mercado. Por fim, os direitos políticos são os direitos secundários reservados unicamente aos cidadãos com capacidade de fazer, como o direito ao voto e todos os direitos potestativos nos quais se manifesta a autonomia política e sobre os quais se funda a representação e a democracia política.⁸⁵

Como as quatro classes de direito apresentadas estão vinculadas à democracia material e positivadas ou acolhidas na Constituição, fica clara a relevância desta como documento constituinte da sociedade. É isso o que a teoria garantista representa, o resgate e a

⁸⁴ Cf. ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**, p. 32.

⁸⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 23.

valorização da Constituição, como forma de suprir a necessidade da existência de um núcleo jurídico irreduzível capaz de estruturar a sociedade nos âmbitos político, jurídico, privado e social.⁸⁶

1.9 O constitucionalismo como modelo de Direito

Ainda a partir da definição de direitos fundamentais por ele inicialmente proposta, Ferrajoli elabora quatro teses que considera essenciais para uma teoria da democracia constitucional. Estas teses, na verdade, resultam da contraposição teórica entre direitos fundamentais e outras categorias importantes, quais sejam: direitos patrimoniais; democracia substancial; cidadania; e garantias.

Entre direitos fundamentais e patrimoniais encontram-se diferenças marcantes que devem ser ressaltadas. Os primeiros são reconhecidos a todos os seus titulares em igual forma e medida, são direitos inclusivos e formam a base da igualdade jurídica, já os segundos pertencem a cada um de maneira diversa, tanto pela quantidade como pela qualidade, ou seja, são exclusivos e formam a base da desigualdade jurídica. Os direitos fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis, personalíssimos e permanecem invariáveis; os direitos patrimoniais são disponíveis, negociáveis, alienáveis e podem ser acumulados. Além disso, os direitos fundamentais têm seu título imediatamente na lei, são normas, e os patrimoniais são predispostos por leis, tendo como títulos atos negociais singulares. Finalmente, enquanto que aos direitos fundamentais constitucionais correspondem proibições e obrigações estatais, cuja violação é causa da invalidade das leis e das demais decisões públicas e observância é condição de legitimidade dos poderes públicos; aos direitos

⁸⁶ Cf. ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?**, p. 33/34.

patrimoniais, por sua vez, corresponde a genérica proibição de não lesão (direitos reais) ou obrigações de dever (direitos pessoais).⁸⁷

Na segunda relação que faz, o autor contrapõe o termo direito fundamental ao termo democracia substancial e, neste caso, não visa identificar diferenças, mas sim demonstrar que os direitos fundamentais imprimem a conotação substancial ao Estado de Direito e à democracia constitucional, interligando-os intimamente. Tanto os direitos fundamentais de liberdade, que geram proibições, como os sociais, que geram obrigações ao legislador, são substanciais, pois não se referem à forma (quem e como), mas sim ao conteúdo, ao que é lícito ou não decidir. Assim, a democracia não é apenas um sistema político fundamentado em uma série de normas que asseguram a onipotência da maioria, uma vez que os direitos fundamentais circunscrevem a esfera substancial - do que se deve decidir e do que não se pode decidir – das obrigações públicas determinadas pelos direitos sociais.⁸⁸

No que se refere à categoria cidadania, Ferrajoli chama atenção para o fenômeno histórico de internacionalização dos direitos fundamentais, ressaltando que:

Depois do nascimento da ONU, e graças à aprovação de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos, estes direitos são fundamentais não somente dentro dos Estados em cujas constituições se encontram formulados, são direitos supra-estatais aos que os Estados estão vinculados e subordinados também no plano do direito internacional; não, pois, direitos de cidadania, e sim direitos das pessoas com independência de suas diversas cidadanias.⁸⁹

Assim, não pode ser negado o fato de que quase todos os direitos fundamentais são universais a todas as pessoas, excetuando-se apenas os direitos políticos e alguns direitos sociais, os quais dirigem-se especificamente aos cidadãos.

⁸⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil, p. 45-50.

⁸⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil, p. 51.

⁸⁹ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “Después del nacimiento de la ONU, y gracias a la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, estos derechos son fundamentales no sólo dentro de los Estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supra-estatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional; no, pues, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanías.” FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil, p. 55.

A última confrontação teórica envolvendo o termo ‘direitos fundamentais’ é feita em relação ao termo garantias. A confusão feita entre estas duas categorias ocorre quando alguns teóricos afirmam que os direitos escritos em cartas internacionais, bem como os direitos sociais, não seriam direitos por estarem desprovidos de garantias – obrigações e proibições que se encontram normativamente estabelecidas. Estes dois conceitos não podem se confundir desta forma, pois acabarão desqualificando no plano jurídico as duas conquistas mais importantes do constitucionalismo do século XX, quais sejam, a internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais, reduzindo-as a vagos programas políticos juridicamente irrelevantes.⁹⁰

Tem-se, portanto, que fugir da determinação conceitual realista e reducionista do direito de fato e, em defesa da democracia substancial, lutar pelos direitos fundamentais no plano universal, e pelas suas garantias no plano estatal, sem deixar de considerar a possibilidade teórica de existência de garantias em nível internacional.⁹¹

Como os direitos são elementos limitadores do poder do Estado, sendo que o seu grau de garantia se constituiu como parâmetro de mensuração da legitimidade e qualidade de uma democracia, as garantias funcionam como técnicas de tutela dos direitos, exercitáveis perante o Estado.⁹² Cademartori acrescenta que:

No léxico político, quando se fala em garantia, e em garantismo, pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico, e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e direitos sociais e coletivos. Quando se fala em garantismo, fala-se na defesa e suporte dessas liberdades e direitos. Uma ulterior restrição do significado do termo provém da tradição jurídica: as garantias das liberdades e direitos que surgem sob o rótulo de ‘garantismo’ são defesas e tutelas de caráter jurídico; são, pois, os instrumentos com os quais o direito assegura um certo número de liberdades e direitos, que são precisados, definidos ou instituídos pelo próprio direito.⁹³

⁹⁰ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil, p. 59.

⁹¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil, p. 64/65.

⁹² Cf. ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?**, p. 35.

⁹³ Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 86.

Cria-se, então, “um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado, ou seja, (...) o próprio Estado sofre uma limitação garantista ao seu poder”⁹⁴. Nesta concepção, a Constituição deixa de ser simplesmente formal e procura ter seu conteúdo priorizado, fazendo com que a materialidade da norma seja considerada essencial na busca pela efetivação do modelo de Estado de Direito constitucionalmente previsto, o qual deve respeitar um elenco sistêmico de garantias.

Com a análise destes quatro pontos, Ferrajoli conclui que o constitucionalismo resultante da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma alteração interna do paradigma positivista clássico, pois:

Com efeito, o postulado do positivismo jurídico clássico é o princípio de legalidade formal, ou, se assim quiser, de mera legalidade, como meta-norma de reconhecimento das normas vigentes. Conforme a ele, uma norma jurídica, qualquer que seja seu conteúdo, existe e é válida em virtude, unicamente, das formas de sua produção.⁹⁵

Por outro lado, com a generalização das constituições rígidas e com a sujeição dos Estados às convenções internacionais sobre direitos humanos, surge o constitucionalismo como um novo modelo que resulta de uma profunda transformação interna ocorrida no positivismo, iniciada no direito pré-moderno, passando pelo direito moderno e chegando a constitucionalismo. No direito pré-moderno vigorava o modelo da separação entre direito e moral, ou seja, entre validade e justiça, uma vez que vigia um direito artificial e convencional. No direito moderno, fruto de uma primeira revolução interna do modelo positivista, expressada mediante a afirmação da onipotência do legislador, ou seja, do princípio da

⁹⁴ MAIA, Alexandre da. **Ontologia jurídica**: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 93.

⁹⁵ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “En efecto, el postulado del positivismo jurídico clásico es el principio de legalidad formal, o, si se quiere, de mera legalidad, como metanorma de reconocimiento de las normas vigentes. Conforme a él, una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente, de las formas de su producción.” FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil, p. 66.

legalidade formal como meio de reconhecimento da existência das normas, a validade de uma norma não dependia de sua justiça ou racionalidade intrínsecas, mas somente de sua positividade por uma autoridade competente e na forma prevista para sua produção. Já, o constitucionalismo, resultante da positividade dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito através de uma alteração interna do modelo positivista clássico.⁹⁶

Enquanto o princípio da legalidade formal produziu a separação entre validade e justiça, bem como a cessação da presunção de justiça do direito existente, o princípio da legalidade substancial produziu a separação entre validade e vigência e a cessação da presunção da validade do direito vigente. Essa troca de paradigma pode ser historicamente situada no momento que seguiu a Segunda Grande Guerra e a derrota do nazi-fascismo, quando se descobriu o significado da Constituição como limite e vínculo aos poderes públicos estabelecidos. A Constituição rígida reencontra, então, seu valor como conjunto de normas substanciais dirigidas a garantir a divisão de poderes e os direitos fundamentais de todos, corroborando justamente os princípios que haviam sido negados e violados pelo fascismo e que são a negação deste.⁹⁷

Ferrajoli esclarece que a troca de paradigma não significa retroagir, colocando em crise a separação entre Direito e moral realizada pelo primeiro positivismo, mas sim, tenciona completar o paradigma positivista e o Estado de Direito, passando da mera à estrita legalidade, e deixando também o legislador submetido à lei. Neste sentido, conclui o autor que:

A jurisdição já não é a simples sujeição do juiz à lei, senão também análise crítica de seu significado como meio de controlar sua legitimidade constitucional. E a ciência jurídica deixou de ser, supondo-se que alguma vez foi, simples descrição, para ser crítica e projeção de seu próprio objeto: crítica do direito inválido, ainda que vigente, quando se separa da Constituição; reinterpretação do sistema normativo em sua totalidade à luz

⁹⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 53.

⁹⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 54.

dos princípios estabelecidos naquela; análises das antinomias e das lacunas; elaboração e projeção das garantias, ainda inexistentes ou inadequadas, não obstante sejam exigidas pelas normas constitucionais.⁹⁸

Desta forma, a revolução baseada na positivação dos direitos fundamentais e dos princípios ocasiona a afirmação do princípio de estrita legalidade, ou da legalidade substancial, ou seja, a sujeição da lei a vínculos não somente formais, mas também substanciais, relativos a seus conteúdos e significados. Portanto, se a realidade jurídica brasileira encontra-se vivenciando este momento histórico, em que a Constituição prevê princípios e direitos fundamentais, só resta aos juristas, teóricos e práticos, desdobrarem-se para fazer efetivo um Estado substancialmente democrático, defendendo a aplicação do Direito de forma a garantir o cumprimento do disposto na Constituição, ou melhor, procurando sempre a aplicação de leis válidas, conforme preceitua a doutrina garantista.

Na busca por uma teoria da argumentação fortalecedora dos preceitos do garantismo jurídico, bem como favorável à sua aplicação prática, encontra-se a teoria desenvolvida por Robert Alexy. Por se tratar de uma teoria racional da argumentação jurídica, com bases solidificadas em uma teoria da argumentação prática geral, também racional, uma vez que conta com regras e formas de discurso racionalmente formuladas e aplicadas a questões práticas ou jurídicas, torna-se possível encontrar respostas que são possíveis e corretas em cada caso. O que dá a certeza da correção das respostas é a fidelidade ao procedimento discursivo adotado, a qual pode ser verificada através da subsunção às regras e fórmulas propostas por Alexy.

⁹⁸ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales.” FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 55.

O que se pretende, portanto, é que este estudo sirva para observação de ambas as teorias de forma paralela, percebendo-se quando elas se aproximam e quando se afastam e se, em algum momento e em qual medida, será possível dizer que a aplicação da lei válida, conforme os parâmetros do garantismo jurídico, pode se dar com a utilização benéfica da teoria discursiva trazida por Alexy, autor cujo trabalho será objeto do segundo capítulo.

2 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O DISCURSO RACIONAL EM ROBERT ALEXY

Está instaurada a dúvida. / A metódica dúvida epistemológica. / Neste mundo a terra não está no centro / nenhum saber é saber completo. / Seja bem-vinda era da razão. / Não há que se temer a revisão. / Nada que se diga ou que foi dito / merece estatuto de dogma irrestrito. / Cuidado com a verdade / que se pretende maior que a realidade, / pois, os fatos são os fatos / e fluem diante de nós / que estupefatos / assistimos ao espetáculo.
Galileu Galilei

A obra a ser analisada no presente trabalho resultou da tese apresentada pelo Autor em 1976, na Faculdade de Direito da Universidade Georg-August de Göttingen, Alemanha, a qual foi publicada dois anos mais tarde sob o título “Teoria da argumentação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica”.⁹⁹

Alexy organizou seu estudo em três partes: a primeira examina diversas teorias do discurso prático na procura de material para formulação de uma teoria da argumentação prática geral; na segunda parte tal teoria é apresentada através de regras e formas de argumentos, uma vez tratar-se de uma teoria essencialmente procedimental; a terceira e última parte trata da elaboração de uma teoria da argumentação jurídica, sendo esta apresentada como caso especial da teoria da argumentação prática geral.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy versa sobre o que se deve entender por argumentação jurídica racional, bem como o contexto em que ela é possível. Para tanto, o autor desenvolve regras e procedimentos de justificação, expondo como entende possível uma racionalidade jurídico-argumentativa.

A fim de possibilitar a compreensão do raciocínio elaborado por Alexy e, no

⁹⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica: Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005. p. 5/6.

terceiro capítulo, buscar as ligações possíveis entre a sua teoria e o garantismo jurídico, neste capítulo será feito o mapeamento de seus estudos, sem a pretensão de exaurir o tema com a apresentação de todos os argumentos do autor e contra argumentos de seus opositores, mas sim com a intenção de trazer as principais idéias desenvolvidas em sua teoria da argumentação e as conclusões alcançadas.

O presente capítulo foi organizado de forma a respeitar a ordenação teórica seguida pelo autor em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, sendo que seu encerramento dar-se-á com considerações acerca da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida pelo autor, a fim de ampliar os parâmetros para futura comparação e aproximação com Ferrajoli.

A seguir, portanto, mergulha-se definitivamente na obra de Alexy, procurando-se compreender como ele chegou a idéias tão inovadoras no âmbito da racionalidade como meio de justificação da argumentação jurídica.

2.1 Construção teórica do discurso racional de Robert Alexy

Com o objetivo de elaborar um esboço de uma teoria do discurso prático geral, para posteriormente construir sua teoria da argumentação jurídica, na primeira parte de sua obra Alexy utiliza como fontes várias teorias da ética analítica, como as de Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin e Baier, além da teoria do discurso de Habermas, da teoria da deliberação prática da escola de Earlangen e da teoria da argumentação de Perelman.¹⁰⁰

A principal influência sofrida pelo autor no processo de elaboração de sua teoria

¹⁰⁰ Para estudo mais detalhado acerca de cada um destes autores ver parte I da obra *Teoria da argumentação jurídica*, de Robert Alexy, e/ou suas próprias produções bibliográficas, uma vez que no desenvolvimento do presente trabalho não há espaço para tal aprofundamento.

do discurso prático geral, no entanto, foi dada pela teoria do discurso de Habermas¹⁰¹, o qual parte de um conceito amplo de razão e sustenta a tese de que as questões práticas são passíveis de decisões racionais.¹⁰²

Alexy assevera que as proposições normativas não podem ser examinadas nem com referência a alguma entidade não-empírica, como sugere o intuicionismo, nem conforme os métodos das ciências empíricas, como ensina o naturalismo. Ocorre que os juízos de valor e de dever devem se unir a uma pretensão de correção, para que então seja possível dar início a uma discussão acerca de sua justificação. Essa discussão, por sua vez, somente parece viável quando existem critérios ou regras que possibilitam diferenciar os argumentos válidos dos inválidos, caso contrário existiria apenas a oportunidade para o uso dos melhores ou piores

¹⁰¹ Para Habermas, as diferenças existentes entre a lógica da argumentação teórica e a da argumentação prática não são suficientes para retirar esta do campo da racionalidade. Ele acredita, ainda, que as questões prático-morais podem ser decididas com o uso da razão e da força do melhor argumento, que o resultado do discurso prático pode ser racionalmente motivado, e que, desta forma, as questões práticas são suscetíveis de verdade, entendendo-se verdade no sentido amplo fixado na sua teoria consensual da verdade. Para diferenciar os enunciados verdadeiros dos falsos deve-se referir ao juízo de todos aqueles com quem pudesse ser iniciada uma discussão, encontrando-se a verdade com o assentimento potencial de todos. Já, num sentido estrito do conceito de verdade os enunciados normativos não seriam classificados como verdadeiros ou falsos, mas sim como corretos ou incorretos. O que o autor faz é transferir o conceito de verdade do nível semântico, no qual a verdade tem como referência o sentido das proposições ou normas, para o nível pragmático, ou seja, a verdade tem como referência os atos que se realizam ao se dizer algo, como as afirmações e promessas, são os atos de fala. Para Habermas, em todo ato de fala dirigido à compreensão mútua o falante tem uma pretensão de validade, anseia que o dito por ele seja válido ou verdadeiro num sentido amplo. Após classificar alguns tipos de atos de fala, o autor conceitua os atos de fala consensuais, aqueles que tem como meta a obtenção de um consenso, e diz que nestes atos de fala estão pressupostos o reconhecimento recíproco de quatro pretensões de validade: o falante tem que escolher uma expressão inteligível que possibilite o entendimento mútuo entre ele e o ouvinte; o falante deve ter a intenção de comunicar um conteúdo proposicional verdadeiro, para que o ouvinte possa participar de seu conhecimento; o falante deve querer manifestar suas intenções de forma verdadeira para que possa ter a confiança do ouvinte; e o falante deve escolher a manifestação correta, com relação às normas e valores vigentes, a fim de que o ouvinte aceite sua manifestação e de forma que ambos possam coincidir entre si quanto ao cerne normativo conhecido. É quando ocorre alguma problematização das pretensões de verdade ou de correção, que se verifica a passagem da ação comunicativa para o discurso, entendido este como uma série de atos de fala, ou seja, o falante deve dar razões para que suas afirmações sejam verdadeiras, no que se refere ao discurso teórico, ou que uma determinada ação ou norma de ação seja correta, no que se refere ao discurso prático. Assim, o discurso, para Habermas, é uma forma peculiarmente improvável de comunicação, em que todos os participantes encontram-se em uma situação ideal de fala, com total liberdade e simetria entre si, a fim de chegar a um consenso racional, resultado da submissão ao peso da evidência e da força da argumentação. Sobre isso ver Habermas, Jürgen. *Direito e democracia I – entre facticidade e validade*. vol. I e II. 2ª Ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 160-163.

¹⁰² Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 160.

meios de persuasão.¹⁰³

Surge um problema, contudo, quando se pensa na fundamentação como algo infinito, ou seja, inicialmente toda fundamentação também precisaria, a seu turno, ser fundamentada, seguindo-se uma linha interminável de proposições e fundamentações. Uma saída para este dilema é apontada por Alexy, entendendo este que com o uso do procedimento e da racionalidade é possível resolver a questão.

Ensina Alexy:

A situação pode-se evitar se a exigência de uma fundamentação de cada proposição através de outra proposição se substitui por uma série de exigências na atividade de fundamentação. Essas exigências podem formular-se como regras do discurso racional. As regras do discurso racional não se referem, como as da lógica, só às proposições, mas também ao comportamento do falante. Nesse sentido, podem designar-se como 'regras pragmáticas'. O cumprimento destas regras certamente não garante a certeza definitiva de todo o resultado, mas caracteriza o resultado como racional. A racionalidade, por conseguinte, não pode equiparar-se à certeza absoluta. Nisso consiste a idéia fundamental da teoria do discurso prático racional.¹⁰⁴

Desta forma, o respeito às regras do discurso leva a um resultado racional, mas isto não garante que o resultado encontrado seja sempre o único e absolutamente correto.

2.1.1 A fundamentação das regras do discurso

Uma teoria do discurso racional é uma teoria do discurso normativa, uma vez que nela são estabelecidos e fundamentados critérios para a racionalidade do discurso, ou seja, normas para a fundamentação de normas. Para chegar às regras do discurso Alexy analisa, em princípio, quatro vias de fundamentação possíveis: a técnica, a empírica, a definitória e a

¹⁰³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 182.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 183.

pragmático-universal.¹⁰⁵

A via da fundamentação técnica consiste em considerar as regras do discurso como sendo técnicas, que são aquelas que prescrevem os meios para determinados fins. Esta fundamentação sofre duas objeções, sendo elas: que o fim também deveria ser fundamentado, mas tem que se pensar em como isso seria possível se é justamente o fim que fundamenta todas as regras; e que o fim capaz de fundamentar o cumprimento de todas as regras do discurso seria muito geral, possibilitando a proposição de normas incompatíveis entre si como meios igualmente úteis; ou ainda, a gama de coisas apontadas como fim seria definido pelo próprio cumprimento destas normas. A via técnica vale, assim, para a fundamentação de regras concretas através de fins delimitados, os quais devem ser justificados.¹⁰⁶

A via da fundamentação empírica seleciona as regras que são efetivamente seguidas em número suficiente, demonstrando que seus resultados correspondem às convicções normativas existentes. O problema, neste caso, é que há uma inversão científica, ou seja, considera-se o ser como dever-ser, o que significa aceitar a premissa de que a práxis existente sempre é racional. Como a história mostrou em vários momentos que a prática usual nem sempre é o melhor caminho possível, o ideal seria partir de uma análise da práxis. Assim, a fundamentação empírica não pode ser definitiva e depende das correções de outros métodos de fundamentação.¹⁰⁷

A terceira via de fundamentação analisada por Alexy é a definitória, no qual o sistema de regras que definem uma práxis é considerada a motivação da decisão de aceitá-la. Em que pese permitir a construção de novos sistemas de regras, verifica-se uma fraqueza nesta via, pois não são apresentadas razões em favor do sistema de regras a serem fundamentadas, sendo as mesmas apenas apresentadas.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 184.

¹⁰⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 185.

¹⁰⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 186.

¹⁰⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 188.

Finalmente, tem-se a via da fundamentação pragmático-transcendental – nomenclatura esta preterida pelo autor por causar equívocos em relação ao termo transcendental – ou pragmático-universal, segundo a qual a validade de certas regras é condição de possibilidade da comunicação lingüística. Esta forma de fundamentação também apresenta alguns problemas, pois além de serem questionáveis a “quais regras corresponde o caráter de pressupostos gerais e iniludíveis de possíveis processos de comunicação, e quais regras são constitutivas para quais atos de fala, e quais atos de fala são necessários para as formas de comportamento especificamente humanas”¹⁰⁹, ainda deve ser questionada sua possibilidade científica. De qualquer forma, essa fundamentação é possível se ficar demonstrado que “determinadas regras estão pressupostas de maneira geral e necessária na comunicação lingüística, ou que são constitutivas de formas de comportamento especificamente humanos”¹¹⁰, servindo apenas para algumas regras fundamentais.

Após analisar essas quatro vias de fundamentação, Alexy conclui que elas apresentam fragilidades, bem como as demais existentes, uma vez não tratarem de uma relação taxativa. Por outro lado, todas também apresentam pontos que podem ser bem aproveitados, inclusive quando se ressalta o fato de que, em que pese todas as críticas já levantadas contra essas regras, nenhuma foi suficientemente forte para provocar o abandono de qualquer outra delas. Assim, as quatro formas de fundamentação de um discurso sobre regras do discurso apresentadas formam o que o autor entendeu por bem denominar de discurso teórico-discursivo, sendo que sua aplicação em situações particulares fica a cargo dos participantes do discurso.¹¹¹

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 189.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 189.

¹¹¹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 189/190.

2.1.2 As regras e formas do discurso prático geral

Partindo das idéias apresentadas, Alexy formula as regras de um discurso prático, dividindo-as em seis grupos: 1) regras fundamentais; 2) regras da razão; 3) regras sobre a carga da argumentação; 4) formas dos argumentos; 5) regras de fundamentação; e 6) regras de transição.

1) As *regras fundamentais* devem ser válidas em todos os casos de comunicação lingüística em que se pretenda correção ou verdade, sendo aplicáveis tanto ao discurso prático quanto ao discurso teórico. A formulação das regras fundamentais, as quais garantem ao discurso lógica, sinceridade, universalidade, clareza e sentido, é a que segue:

- 1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- 1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- 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.
- 1.3') Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que são iguais em todos os aspectos relevantes.
- 1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.¹¹²

2) As *regras da razão* definem um ideal que deve ser perseguido com o auxílio da prática e de medidas organizadoras. Essas regras são definidoras das principais condições da racionalidade do discurso¹¹³, a primeira delas é a regra geral de fundamentação, a qual rege o ato da fala de asserção, pois um discurso prático sempre é composto por asserções que devem ser justificadas. As demais regras equivalem às condições da situação ideal de fala habermasiana¹¹⁴. Eis a formulação proposta por Alexy:

- 2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que 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.

¹¹² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 191.

¹¹³ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 166.

¹¹⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 193.

- 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.¹¹⁵

Uma peculiaridade deste grupo de regras que deve ser ressaltada é a que se refere a sua função como instrumento de crítica das situações em que se verifica a ocorrência de injustificadas restrições de direitos e de oportunidades de participação no discurso.¹¹⁶

3) As *regras sobre a carga da argumentação* visam a regulamentação da argumentação no que diz respeito a perguntas e a expressões de dúvida, têm caráter basicamente técnico e pretendem facilitar a argumentação¹¹⁷, são elas:

- 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.
- 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 apresentam como argumento a uma manifestação anterior, tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação.¹¹⁸

Cabe aqui ressaltar que o item 3.3 tem a finalidade de evitar que o interlocutor precise oferecer razões continuamente, pois o mesmo só estará obrigado a uma nova resposta em caso de um contra-argumento, caso contrário o oferecimento de apenas uma razão que fundamente sua afirmação é o suficiente.

4) As *formas dos argumentos* são específicas dos discursos práticos e não são regras, todavia, Alexy ensina que tais formas podem ser transmutadas em regras que prescrevem o emprego de argumentos de forma específica. Com a utilização destas formas e o não uso de adulações, ameaças ou meios similares, verifica-se uma maior racionalidade dos

¹¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p.194/195.

¹¹⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 196.

¹¹⁷ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 167.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p.197/198.

argumentos. Finalmente, convém lembrar que, também no que tange às formas e sub-formas, as estruturas dos argumentos são sempre finitas, já que nunca todas as regras poderão ser justificadas, pois algumas sempre devem ser aceitas, possibilitando a ação da justificação.¹¹⁹

Há, portanto, uma forma geral e quatro sub-formas, nos moldes seguintes:

Forma geral:

$$4) \begin{array}{c} G \\ \underline{R} \\ N \end{array}$$

Sub-formas:

$$4.1) \begin{array}{c} T \\ \underline{R} \\ N \end{array} \quad 4.2) \begin{array}{c} F \\ \underline{R} \\ N \end{array} \quad 4.3) \begin{array}{c} Fr \\ \underline{R'} \\ R \end{array} \quad 4.4) \begin{array}{c} T' \\ \underline{R'} \\ R \end{array}$$

$$4.5) Ri P Rk \text{ ou } R'i P R'k$$

$$4.6) (Ri P Rk) \text{ ou } (R'i P R'k) C$$

Na forma geral, G é o fundamento geral de um enunciado normativo qualquer N . Nas sub-formas 4.1 e 4.2, procura-se a fundamentação das proposições normativas singulares N , as quais são objeto imediato do discurso prático racional. Nestas formas T descreve as características, estado de coisas ou acontecimentos que justificam a aplicação de uma regra pressuposta como válida R , e F representa as conseqüências de seguir no imperativo implicando N , ou seja, as conseqüências da ação posta em questão. Em 4.3 e 4.4, Fr surge quando se fala em conseqüências da regra R , R' é uma regra de segundo nível que diz que a razão indicada em Fr é uma razão para regra R , e T' é a condição exigida por uma regra R , quando aquela não pode ser classificada como uma conseqüência desta. Um exemplo da ocorrência de T' seria a indicação, moralmente relevante, de que certa regra foi estabelecida

¹¹⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 199-202.

de certa maneira.¹²⁰

As sub-formas 4.5 e 4.6 representam as regras de prioridade, pois, uma vez que nas sub-formas anteriores a aplicação de uma regra conduz a um resultado, pode acontecer que regras diferentes levem a resultados incompatíveis em fundamentações de mesma forma ou de formas diferentes, faz-se necessário uma decisão sobre qual fundamentação tem prioridade, e as regras que fundamentam tais decisões são as regras de prioridade. Nestas sub-formas, *C* refere-se às condições em que certas regras têm preferência *P* sobre outras, e surge apenas quando tal preferência não está livre de qualquer condição. Ainda, em caso de conflito entre regras de prioridade, aplicam-se regras de prioridade de segundo nível *R'i* ou *R'k*.¹²¹

5) As *regras de fundamentação* referem-se diretamente às características da argumentação prática e regulamentam como se dá a fundamentação baseada nas formas anteriores, elas surgem porque as formas apresentadas anteriormente deixam em aberto um amplo campo de indeterminação, pois podem servir de fundamentação para qualquer regra ou proposição normativa. Num primeiro subgrupo de regras Alexy formula três variações do princípio da generalizabilidade (sic) / universalidade, sendo que, neste caso, a primeira forma difere da segunda porque a primeira parte das concepções normativas de cada falante, enquanto que a segunda se refere às opiniões comuns a serem alcançadas no discurso.¹²²

As regras citadas resultaram das teorias de três filósofos, Hare, Habermas e Baier¹²³, respectivamente, e foram assim formuladas:

5.1) Regras de generalizabilidade (sic)

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

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

¹²⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 199/200.

¹²¹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 201/202.

¹²² Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 169.

¹²³ Os filósofos citados estão entre aqueles que serviram de base ao estudo de Alexy sobre as teorias do discurso prático, e podem ser objeto de estudo mais aprofundado com a leitura da primeira parte da obra *Teoria da argumentação jurídica*.

5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.¹²⁴

As regras de generalizabilidade ainda não garantem um acordo racional, o que leva Alexy a buscar amenizar este problema com um procedimento que tenciona garantir a racionalidade das regras através de sua gênese social e individual, sendo a primeira inspirada em idéias hegelianomarxistas e a segunda em Freud.¹²⁵

O segundo sub-grupo de regras de fundamentação é o que segue:

5.2) Argumento genético.

5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação:

a) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou

b) Se originariamente não se pôde 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. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.¹²⁶

Por fim, a última regra de fundamentação tem por fim assegurar a solução das questões práticas reais, ou seja, o cumprimento do objetivo do discurso prático:¹²⁷

5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.¹²⁸

6) As *regras de transição*, por sua vez, auxiliam quando aparecem problemas que não são solucionáveis com a argumentação prática, obrigando o recurso a outros tipos de discurso. Essas situações podem surgir com problemas sobre fatos – discurso teórico, problemas lingüísticos e conceituais – discurso de análise da linguagem, ou problemas sobre a discussão prática – discurso da teoria do discurso.¹²⁹

¹²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 204.

¹²⁵ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 169.

¹²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 205.

¹²⁷ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 170.

¹²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 206.

¹²⁹ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 170.

São 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.¹³⁰

As regras e formas do discurso apresentadas anteriormente e formuladas por Alexy, contudo, não garantem que haja acordo em cada questão prática, situação denominada por ele de problemas de conhecimento, ou mesmo que todos acatariam o resultado de um possível acordo, problemas de cumprimento. As razões de tal limitação serão o objeto de abordagem do próximo ponto.

2.1.3 Limites do discurso prático geral

A insuficiência prática das regras do discurso deve, quando não se consegue alcançar um acordo para uma questão prática, ser creditada a três razões, quais sejam: as regras 2.1 a 2.3¹³¹ do discurso só podem ser cumpridas de forma parcial; nem todos os passos da argumentação estão determinados; e todo discurso parte das convicções normativas dos participantes, as quais foram historicamente formadas e, por esta razão, nem sempre coincidem. De qualquer forma, as regras organizadas por Alexy possibilitam uma maior segurança de um resultado racional numa questão prática, pois tornam possível sua revisão através das próprias regras da razão (2.1-2.3).¹³²

O que também pode ocorrer em um discurso prático é que duas proposições

¹³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 206.

¹³¹ Conforme item 2.1.2/2 desta dissertação: 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.¹³¹

¹³² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 207.

normativas incompatíveis sejam passíveis de fundamentação de acordo com as regras do discurso, neste caso configura-se a possibilidade discursiva. Em casos de possibilidade discursiva são necessárias regras que dêem maior segurança à solução, bem como que determinem sua aceitação. As regras do poder legislativo ou as regras jurídicas são exemplos de meios necessários que possibilitam o alcance de decisões vinculantes. Portanto, a transição para o discurso jurídico deve-se aos limites do discurso prático geral, sendo que as regras jurídicas têm dupla função, tanto visam permitir soluções em casos onde não há acordos discursivos, quanto garantem os pressupostos que tornam os discursos possíveis.¹³³

Atienza resume bem o raciocínio seguido por Alexy para justificar esta transição do discurso prático geral para o discurso jurídico, esclarecendo que o sistema jurídico vem preencher a lacuna da racionalidade existente no discurso prático. O Direito justifica-se nas dimensões normativa e coativa, compondo-se de três tipos de procedimentos jurídicos que precisariam ser acrescentados ao procedimento do discurso prático geral: a *criação estatal de normas jurídicas*, que tem a finalidade de selecionar apenas algumas normas discursivamente possíveis dentre todas as existentes; a *argumentação jurídica ou discurso jurídico*, que surge quando a lógica não é capaz de, sozinha, resolver algum caso concreto, em razão das indefinições da linguagem jurídica ou da imprecisão das regras do método jurídico; e o *processo judicial*, que visa preencher a lacuna de racionalidade existente quando o discurso proporciona mais de uma solução correta à questão levantada, e que, após percorrido, deve apontar apenas uma resposta entre as discursivamente possíveis. Ao contrário do que acontece com o procedimento do discurso prático geral e com o discurso jurídico, os dois outros procedimentos têm caráter institucionalizado, ou seja, estão regulados por normas jurídicas que lhes asseguram um resultado definitivo e obrigatório, pois além de conterem um aspecto de argumentação, também contém um aspecto de decisão.¹³⁴

¹³³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 208.

¹³⁴ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 171.

Atienza acredita ainda que, embora não seja claro quanto a isso, Alexy de alguma forma faça distinção entre a argumentação jurídica em sentido estrito, que se desenvolve no contexto do discurso jurídico – a argumentação da dogmática jurídica, e a argumentação jurídica em sentido amplo, que incluiria também a argumentação legislativa, do juiz, das partes no processo e da opinião pública, etc.¹³⁵ O fato é que Alexy, ao menos nas obras objeto deste trabalho, parece utilizar as expressões discurso jurídico e argumentação jurídica de uma forma ampla, sem caracterização precisa da distinção apontada por Atienza.

2.2 O discurso jurídico como caso especial do discurso prático – o delineamento de uma teoria da argumentação jurídica

Para Alexy faz-se mister a determinação do que diferencia a argumentação jurídica da argumentação geral, transformando o discurso jurídico num caso especial do discurso prático geral, já que no discurso jurídico são discutidas, dentro de certas condições de limitação, questões práticas. Ocorre que, numa discussão jurídica, nem todas as questões estão abertas ao debate, havendo limites, em maior ou menor grau, a serem respeitados, principalmente em razão de que a argumentação jurídica é caracterizada por seu relacionamento com a lei vigente. Além disso, as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, ou seja, com o que deve ou não ser feito e, por fim, essas questões são discutidas com a exigência de correção – a pretensão de justiça seria um caso de pretensão de correção, sendo que não existe a pretensão de se afirmar que uma proposição é mais acertada do que a outra, mas apenas que ela pode ser racionalmente fundamentada dentro do ordenamento jurídico vigente.¹³⁶

¹³⁵ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 172.

¹³⁶ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 172.

Cabe, aqui, a transcrição do conceito de Direito formulado por Alexy:

O Direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição em geral eficaz e não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas promulgadas de acordo com essa Constituição e que possuem um mínimo de eficácia ou de probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e ao que (3) pertencem os princípios e os outros argumentos normativos nos que se apóia o procedimento da aplicação do direito e/ou tem que se apoiar a fim de satisfazer a pretensão de correção.¹³⁷

É baseado neste entendimento do que é o Direito que Alexy constrói toda a parte da sua teoria voltada para o jurídico, uma vez que a formulação do autor inclui a noção de validade, e, correspondendo as três partes do conceito, (1) aos argumentos da correção, (2) da justiça e (3) dos princípios.

A caracterização da argumentação jurídica pela sua vinculação ao direito vigente é um ponto de diferenciação entre este tipo de argumentação e a argumentação prática geral, e esta particularidade é, na visão do autor em estudo, uma questão central da teoria do discurso jurídico. A vinculação da argumentação ao direito vigente, no entanto, não tem sempre a mesma dimensão, há variações de acordo com a forma de discussão jurídica em tela. A forma mais livre é a discussão da Ciência do Direito, e mesmo nela não é permitida a livre passagem da discussão jurídica à discussão prática sem que restrições sejam observadas, e a forma mais limitada de discussão jurídica é, indiscutivelmente, o processo, repleto de normas que prevêm direitos, deveres e sanções, todos inclusos em procedimentos previamente bem definidos.¹³⁸

Quando se fala em pretensão de correção dos enunciados jurídicos “não se

¹³⁷ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección.” ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 123.

¹³⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 210.

pretende que o enunciado jurídico normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado”¹³⁹, como é exigido pela legislação brasileira, por exemplo, que prevê a necessidade de fundamentação da decisão do juiz, conforme o artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988.

Prevê o texto constitucional:

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.*¹⁴⁰ (grifo nosso)

No mesmo sentido dispõe o Código de Processo Civil Brasileiro:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.¹⁴¹

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

(...)

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

O discurso não está presente só na decisão, mas também no processo judicial, o qual não compreende apenas ação estratégica, pois as partes, mesmo perseguindo interesses subjetivos, pretendem argumentar racionalmente de forma a que toda pessoa racional esteja de acordo com suas argumentações, o que liga o conceito de processo à idéia de discurso e racionalidade. Essas considerações estão relacionadas à noção de que os debates jurídicos

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 212.

¹⁴⁰ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil - 1988. São Paulo: Edições Vértice, 2005. p. 70/71.

¹⁴¹ CÓDIGO de Processo Civil Brasileiro – 1973. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 194/234.

ocorrem sob pretensão de correção, tendo como referência condições ideais.¹⁴²

Assim, a base da teoria que coloca o discurso jurídico como caso especial do discurso prático, a chamada tese do caso especial, é a afirmação de que a pretensão de correção também está presente no discurso jurídico. Entretanto, esta pretensão não se refere a simples racionalidade das proposições normativas em debate, mas sim a que as mesmas possam ser racionalmente fundamentadas dentro da moldura do ordenamento jurídico vigente. Conclui o autor que a argumentação jurídica é totalmente dependente da argumentação prática geral e, por isso, pode-se falar que as formas de argumentação prática geral constituem a base da argumentação jurídica. Desta forma, a argumentação jurídica é uma forma especial da argumentação prática geral, que ocorre segundo regras especiais e em condições especiais, não sendo aquela simplesmente redutível a esta.¹⁴³

O discurso jurídico, por estar baseado nas regras do discurso prático geral, nunca poderá eliminar a fraqueza a este inerente, mas isto não condena a seriedade da teoria de Alexy, pois não existe nenhum procedimento que garanta totalmente a certeza do resultado. O caráter racional da jurisprudência não é constituído pela geração de certeza, porém muito mais pela sua conformidade a essas condições, critérios ou regras que constituem o caráter racional da argumentação jurídica.¹⁴⁴

Esclarece o autor:

A explicação do conceito de argumentação jurídica racional neste exame consiste na apresentação de um número de regras que a argumentação tem de seguir e de um número de formas que a argumentação tem de assumir, se é para tornar boa a exigência implícita nela. Quando uma discussão está de acordo com estas regras e formas, então o resultado oferecido por ela pode ser chamado 'correto'. As regras e formas do discurso jurídico assim constituem um critério para a correção das decisões jurídicas.

Um caso especial de discurso prático geral, o discurso jurídico inclui regras e formas do discurso prático geral. Sua aplicação como critério para decisões corretas inclui regras e formas do discurso prático geral. Sua aplicação como critério para decisões corretas necessita referência a discursos hipotéticos e consenso hipotético. Na medida em que os

¹⁴² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 216.

¹⁴³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 217.

¹⁴⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 273.

argumentos práticos gerais são requeridos pela argumentação jurídica, a teoria do discurso jurídico racional sofre as incertezas da teoria do discurso prático geral como critério hipotético para a correção das afirmações normativas. Naturalmente, essas incertezas não tornam a teoria do discurso inoperante como critério de correção – pode ser particularmente de serviço como critério negativo – mas significam que um julgamento quanto à correção de uma decisão (exceto no âmbito do discursivamente necessário) sempre é provisório por natureza – isto é, sempre pode ser contestado.¹⁴⁵

A teoria do discurso jurídico racional oferece, então, um critério específico no contexto da racionalidade de procedimentos de tomada de decisão, sendo que sua função como definição de um ideal não deve ser subestimada.¹⁴⁶

O que a teoria traçada por Alexy procura explicar/descobrir é o que seria uma fundamentação racional no sistema jurídico vigente, sendo que, para tanto, o autor adota outra expressão similar ao termo fundamentação, passando a falar em *justificação* como sendo a fundamentação das decisões jurídicas. Assim, a teoria da argumentação jurídica possui dois traços básicos, já que se relaciona com a justificação de um caso especial de afirmações normativas, são eles: a justificação interna e a externa. Na justificação interna, observa-se se a decisão é acompanhada logicamente pelas premissas colocadas como fundamentação, e na externa, verifica-se a correção das referidas premissas¹⁴⁷.

Ambas as formas de justificação serão abordadas mais detalhadamente nos pontos seguintes desta dissertação.

2.2.1 Justificação interna

Para o processo de verificação da presença ou não das premissas colocadas como fundamentação de uma decisão, são apresentadas duas formas para justificação interna, uma

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 273.

¹⁴⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 274.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 217.

simples e outra mais complexa.

Para montagem destas fórmulas fez-se uso dos métodos da lógica moderna¹⁴⁸, a fim de garantir-lhes a característica da universalidade. Conforme este método, os símbolos utilizados nas formas, que serão apresentadas logo abaixo, têm os seguintes significados: *T* é um predicado que representa o caso concreto da norma .1 (um) enquanto propriedade de pessoas; *O* é um operador deôntico (dever-ser) tradicionalmente utilizado; *R* é um predicado que exprime o que deve ser feito pelo destinatário da norma; *X* é uma variável de indivíduo compreendendo as pessoas naturais e jurídicas; *A* é uma constante de indivíduo¹⁴⁹; “.” (um ponto) à direita da linha indica que se trata de uma premissa; e, finalmente, o símbolo “→” exprime uma condicional se...então¹⁵⁰.

Segue a primeira forma:

J.1.1)

.1) $(x) (x \rightarrow ORx)$

.2) Ta

.3) ORa (1),(2)

(...)

Exemplo:

.1) O soldado deve dizer a verdade em questões de serviço. (...)

.2) O senhor M é um soldado.

.3) O senhor M deve dizer a verdade em questões de serviço.¹⁵¹

A função da justificação jurídica, estruturada internamente em regras e formas de justiça formal, está em assegurar a universalidade da teoria e, para tanto, há a exigência que a decisão jurídica decorra logicamente da regra observada na fundamentação.

São regras que representam o princípio da universalidade na 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

¹⁴⁸ Não faz parte do objeto desta dissertação transmitir ao leitor ensinamentos sobre lógica, portanto, o texto limitar-se-á a passar informações imprescindíveis sobre o método utilizado, que possibilitem a compreensão da teoria da argumentação jurídica de Alexy. Tal procedimento não deverá prejudicar o entendimento do tema, principalmente porque o autor costuma utilizar regras que complementam e explicam quais suas intenções com as formulações, além de apresentar também alguns exemplos esclarecedores.

¹⁴⁹ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 173.

¹⁵⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 88.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 218.

norma universal, junto a outras proposições.¹⁵²

O primeiro esquema de fundamentação é, todavia, insuficiente para solução de casos complexos, como quando uma norma contém várias propriedades alternativas do fato, quando a norma precisa ser complementada por normas jurídicas explicativas, extensivas ou limitativas, quando há a possibilidade de diferentes conseqüências jurídicas, ou ainda quando a norma é constituída de expressões ambíguas.

Nesse caso, faz-se necessário um modo mais geral de justificação, o qual estabelece diversos passos de desenvolvimento, e traz novos símbolos necessários para o método lógico que o autor se propõe a seguir, são eles: *Sa* significa a descrição dos fatos; *M* e seus expoentes¹⁵³ representam as várias propriedades alternativas do fato a serem enquadradas na norma. O ideal a ser perseguido, portanto, é que *Mⁿ* seja igual a *Sa*, o que significaria maior precisão do conteúdo normativo desenvolvido e possibilitaria um esclarecimento progressivo do caso concreto.¹⁵⁴

Esta forma mais complexa é a seguinte:

- J.1.2)¹⁵⁵
- .1) (x) (Tx → ORx)
 - .2) (x) (M¹x → Tx)
 - .3) (x) (M²x → (M¹x))
 - .
 - .
 - .
 - .4) (x) (Sx → Mⁿx)
 - .5) Sa
 - .6) ORa (1)-(5)

Atienza apresenta um exemplo didático de como se daria a aplicação da forma acima:

- .1) Quem comete um assassinato deve ser castigado com a pena de

¹⁵² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 219/223.

¹⁵³ Em 'M¹', por exemplo, '1' significa que se trata de uma característica do primeiro nível de desenvolvimento, e o índice '4', que M é a quarta de várias características.

¹⁵⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 224.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 223.

reclusão maior.

.2) Quem mata traiçoeiramente comete assassinato.

.3) Quem se aproveita da falta de defesa ou da boa fé de outrem age traiçoeiramente.

.4) Quem mata uma pessoa enquanto ela está dormindo, aproveita-se do seu estado de falta de defesa.

.5) X matou Y enquanto este estava dormindo.

.6) Deve-se impor a X a pena de prisão maior.¹⁵⁶

A forma descrita embasa mais três regras da justificação interna:

J.2.3) Sempre que houver dúvida sobre 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.¹⁵⁷

A forma complexa exige, ainda, dedutibilidade lógica, mas isto não significa que as premissas têm que ser sempre deduzidas de normas positivas. A parte criativa da aplicação do Direito não deve ser ocultada, pelo contrário, as premissas não extraídas do direito positivo devem aparecer de forma explícita, mas precisam ser fundamentadas pela justificação externa.¹⁵⁸

Não há que se confundir o processo de justificação, que procura fazer com que as deliberações do aplicador da norma levem a uma justificação que corresponda as formas apresentadas, com o processo de descobrimento, que se refere ao curso das deliberações efetuadas de fato pelo órgão decisório. A justificação interna possibilita o esclarecimento sobre quais premissas têm de ser externamente justificadas, obrigando a formulação explícita de tais pressuposições e aumentando a possibilidade de descoberta e crítica de possíveis erros. A articulação de regras universais, deste modo, aumenta a integridade da decisão e contribui para a justiça e a segurança jurídica¹⁵⁹.

¹⁵⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 173/174.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 224.

¹⁵⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 224.

¹⁵⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 225.

2.2.2 Justificação externa

Enquanto as regras da justificação interna procuram formar uma ponte que sobreponha o abismo existente entre a norma e a descrição do fato, a justificação externa se ocupa das premissas utilizadas no processo de justificação interna, sendo elas: regras de direito positivo, que devem ter sua validade demonstrada de acordo com os critérios do sistema; enunciados empíricos; e premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva.¹⁶⁰

É na justificação externa, então, onde ocorre o juízo de racionalidade da decisão, sendo que as premissas foram apenas expostas detalhadamente na justificação interna. A cada modalidade de premissa corresponde um método de fundamentação, assim sendo: nas premissas de direito positivo a fundamentação consiste em demonstrar a conformidade das premissas com os critérios de validade do ordenamento jurídico; nas premissas empíricas ela se dá através dos métodos das ciências empíricas e; nas premissas que não são nem empíricas nem do direito positivo a fundamentação ocorre pela argumentação jurídica, recorrendo-se às regras e formas da justificação externa.¹⁶¹

Sobre a relação entre as formas de procedimento, Alexy faz considerações sobre a fundamentação e os critérios de validade das normas nas premissas de direito positivo, observações estas que serão retomadas na terceira parte desta dissertação, mas precisam ser assinaladas desde já:

“Na fundamentação de uma norma segundo os critérios de validade de um ordenamento jurídico pode ser necessário interpretar as regras que definem os critérios de validade. Isto tem especial importância se, entre os critérios de validade, encontram-se limites constitucionais; por exemplo, um rol de direitos fundamentais. A argumentação jurídica pode ser de importância decisiva não só na interpretação de uma norma válida, mas também no estabelecimento da validade dessa norma.”¹⁶²

¹⁶⁰ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 174.

¹⁶¹ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 174.

¹⁶² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 227.

A importância do conceito de validade das normas está presente em Alexy com intensidade similar a que tem em Ferrajoli, e este será um dos principais pontos de ligação a ser estabelecido entre as duas teorias.

As regras de justificação externa e as formas de argumentos referem-se, então, a fundamentação das premissas que não são nem regras de direito positivo e nem enunciados empíricos, e são classificadas em seis grupos específicos¹⁶³: 1) argumentação empírica; 2) interpretação; 3) argumentação da Ciência do Direito (dogmática jurídica); 4) o uso dos precedentes; 5) formas especiais de argumentos jurídicos e; 6) argumentos práticos gerais.

A argumentação prática geral (6) constitui a própria base da argumentação jurídica, sendo que suas regras e formas foram o objeto do estudo até aqui desenvolvido neste capítulo.

A argumentação empírica (1) é relevante, tanto na argumentação jurídica quanto na argumentação prática geral, destacadamente, nesta última, através da regra de transição 6.1, que diz: “para qualquer falante é, em qualquer momento, possível passar a um discurso teórico (empírico)”¹⁶⁴. Todavia, neste tipo de argumentação Alexy não elabora formas e regras específicas.¹⁶⁵

Ocorre que, a argumentação empírica é muito abrangente, exigindo aplicação do método interdisciplinar para ser considerada na argumentação jurídica, e ainda assim surge a problemática quanto a certeza do conhecimento empírico, o qual sempre se revela insuficiente. Assim, não seria possível a redução do discurso jurídico a um discurso empírico,

¹⁶³ Segundo Alexy, cada um destes grupos poderia ser designado por apenas uma palavra da seguinte forma: 1) argumentação empírica - *empíria*; 2) interpretação - *lei*; 3) da argumentação da Ciência do Direito (dogmática jurídica) - *Ciência do Direito*; 4) o uso dos precedentes - *precedente*; 5) formas especiais de argumentos jurídicos - *formas especiais de argumentos jurídicos*; e 6) argumentos práticos gerais - *razão*. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 227.

¹⁶⁴ Cf. supra, nota 130.

¹⁶⁵ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 174.

sendo que a relevância da argumentação empírica está na relação entre as formas de argumentação jurídica e as formas de argumentação prática geral.¹⁶⁶

Cada um dos quatro outros grupos de regras de justificação externa será analisado a seguir.

2.2.2.1 A interpretação

Hart diz que os cânones de interpretação são regras gerais para o uso da linguagem que não podem eliminar totalmente as incertezas dos casos complexos – embora possam diminuí-las, já que eles próprios utilizam termos gerais que, por sua vez, também exigem interpretação.¹⁶⁷ Já Alexy, prefere seguir as idéias de Perelman e considerá-los como sendo formas de argumentos que caracterizam a estrutura do ordenamento jurídico.¹⁶⁸

Admitindo que os cânones da interpretação constituem uma matéria muito conturbada, com várias teorias quanto ao seu número, sua formulação precisa, sua hierarquia e seu valor, Alexy se abstém de tomar parte e determina, como fundamento de seu estudo, um modelo simplificado de justificação interna:¹⁶⁹

- J.1.2)¹⁷⁰
- .1) $(Tx \rightarrow ORx) (R)$
 - .2) $(Mx \rightarrow Tx) (W)$
 - .3) Ma
 - .4) ORa (1)-(2)

Partindo da regra R (.1)) e da regra de uso das palavras W (.2)), segue-se a regra R', que pode ser designada como interpretação de R através de W (I^r_w):¹⁷¹

¹⁶⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 229.

¹⁶⁷ Cf. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 129.

¹⁶⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 240.

¹⁶⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 229.

¹⁷⁰ Os símbolos da lógica utilizados têm seus significados explicados no ponto sobre a justificação interna, neste capítulo.

¹⁷¹ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 175.

2') (x) (Mx → ORx) (R')

A fundamentação destas interpretações, justificar a passagem de R para R', é uma das principais funções dos cânones de interpretação, os quais Alexy divide em seis grupos de argumentos: 1) históricos; 2) comparativos; 3) sistemáticos; 4) semânticos; 5) genéticos; e 6) teleológicos.¹⁷²

1) Nos *argumentos históricos* o que se expõem, como razões favoráveis ou contrárias a certa interpretação, são fatos referentes à história do problema jurídico em questão. Este tipo de argumento pode servir para o raciocínio do aprendiz proporcionado pela situação já vivenciada, na qual a solução dada não produziu o resultado desejável, mas neste caso, deve-se fundamentar a premissa normativa pressuposta na afirmação de que o resultado ulteriormente conseguido não foi satisfatório.

2) Nos *argumentos comparativos* são consideradas como referências situações jurídicas de outras sociedades e, como ocorre na forma de argumento histórico, estão envolvidas várias premissas empíricas e ao menos uma premissa normativa.

3) Os *argumentos sistemáticos*, em sentido estrito¹⁷³, surgem quando se faz uma relação lógica entre normas, sendo que sua forma mais importante é a indicação de uma contradição normativa.¹⁷⁴

4) Com relação aos *argumentos semânticos*, Alexy propõe formas de argumentos para justificar, criticar ou mostrar que uma interpretação R' de R é admissível, sendo que com a regra W ele designa uma especificação da linguagem natural ou da linguagem técnica (da Ciência do Direito). Conforme as regras, J.3.1 e J.3.2 serão argumentos definitivos se ficar semanticamente estabelecido que A é redigido ou não pela norma R. Já, em J.3.3 conclui-se que

¹⁷² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 230.

¹⁷³ Em sentido amplo, os argumentos sistemáticos compreendem também relações teleológicas e, neste caso, está-se diante de um argumento sistemático-teleológico, melhor entendido no contexto da argumentação teleológica, conforme o item 6 deste ponto.

¹⁷⁴ 1, 2 e 3 Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 234/235.

apenas com meios semânticos não é possível alcançar decisão alguma, sendo necessários outros recursos.¹⁷⁵

Eis as regras de interpretação por argumentos semânticos:

- J.3.1) R' *deve* ser aceita como interpretação de R, com base em W_i .
- J.3.2) R' *não pode ser* aceita como interpretação de R, com base em W_k .
- J.3.3) É *possível* aceitar R' como interpretação de R e é *possível* não aceitar R' como interpretação de R, pois não regem nem W_i nem W_k . (grifo do original)¹⁷⁶

5) Segundo os *argumentos genéticos*, uma interpretação R' de R justifica-se por corresponder à vontade do legislador.¹⁷⁷

As formas de argumentos genéticos são as que seguem:

- J.4.1)¹⁷⁸
 - .1) R' ($=I^r_w$) é querido pelo legislador
 - .2) R'
- J.4.2)
 - .1) Com R o legislador pretende alcançar Z
 - .2) $\neg R' (=I^r_w) \rightarrow \neg Z$
 - .3) R'

Na primeira forma (J.4.1) a interpretação é o objeto direto da vontade do legislador, na segunda forma (J.4.2), afirma-se que o legislador perseguiu com R os fins Z_1, Z_2, \dots, Z_n na combinação K ($[Z_1, Z_2, \dots, Z_n]K$), o que é abreviado como Z, sendo que a validade de R' é necessária para a realização de Z. O símbolo \neg tem o significado de validade. No segundo caso, portanto, o objetivo do legislador é alcançar um fim determinado, servindo a interpretação como meio para tanto.¹⁷⁹

Alexy esclarece que as argumentações semântica e genética são casos especiais da argumentação empírica, pois “tanto na determinação da vontade dos que participam no processo e na legislação como na especificação de um uso de linguagem, o que se busca é o

¹⁷⁵ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 230/231.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 230/231.

¹⁷⁷ Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, p 175.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 232.

¹⁷⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 232.

estabelecimento dos fatos”¹⁸⁰.

6) Os *argumentos teleológicos* têm sua forma fundamental (J.5) semelhante a forma de argumento genético (J.4.2), mas com uma diferença no que se refere ao fim (Z), que nos argumentos teleológicos se fundamenta por referência a uma norma ou a um grupo de normas.¹⁸¹

A forma fundamental do argumento teleológico é:

- J.5)¹⁸²
 .1) OZ
 .2) $\neg R' (=I^T_w) \rightarrow \neg Z$
 3) R'

As formas de interpretação até aqui descritas normalmente mostram-se incompletas, pressupondo, implicitamente, enunciados que as completariam. Surge, então, o conceito de requisito de saturação, segundo o qual certo argumento de determinada forma só será completo se contiver todas as premissas pertencentes a esta forma. A exigência de saturação assegura a racionalidade do uso dos cânones, obrigando a apresentação de premissas empíricas ou normativas, as quais podem ter sua verdade ou correção como objeto de nova discussão a qualquer momento.¹⁸³

A partir deste conceito o autor elabora a seguinte regra:

- J.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação.¹⁸⁴

O maior problema dos cânones de interpretação, contudo, é que os resultados alcançados variam de acordo com o cânone utilizado. Visando minorar esta dificuldade, embora reconheça a impossibilidade de se determinar uma hierarquia precisa para aplicação

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 234.

¹⁸¹ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 176.

¹⁸² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 237.

¹⁸³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 240.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 241.

dos cânones de interpretação, Alexy elaborou regras que favorecem os argumentos semânticos e genéticos, e que estendem o uso dos cânones à vigência do princípio da universalidade, o qual exige que a relação entre as formas de argumentos, estabelecida conforme regras, seja fundamentável racionalmente.¹⁸⁵

As regras referidas são:

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 dêem 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 todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação.¹⁸⁶

Enfim, os cânones não garantem que se encontre um único resultado correto, mas nem por isso devem ser relegados a simples instrumentos de legitimação secundária de uma decisão, pois são fundamentais quando o que se pretende é a correção da argumentação jurídica, o que envolve especialmente a vinculação à lei.¹⁸⁷

2.2.2.2 A argumentação dogmática

Na visão da dogmática jurídica tradicional o sentido do Direito seria encontrado na simples exegese dos textos legais, sendo que “a interpretação da lei é considerada como uma operação lógica, capaz de engendrar um silogismo no qual cabe ao juiz adaptar o suporte fático normativo ao conteúdo significativo pré-existente na moldura legal”¹⁸⁸. Infelizmente, esta não é uma ótica totalmente ultrapassada, pois, ao menos na prática do dia-a-dia dos fóruns e tribunais, ainda é possível encontrar decisões que a tomam como base.

¹⁸⁵ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 176.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 242/243.

¹⁸⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 244.

¹⁸⁸ ROCHA, Leonel Severo, prefácio à obra de MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. xxi.

Em que pese a questão sobre o que exatamente se entende por dogmática jurídica ainda ser complexa e controvertida entre os filósofos, Atienza traz um conceito de acordo com as atuais tendências do Direito, asseverando que “a dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe distinguir essencialmente as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”¹⁸⁹.

Segundo a corrente crítica que ganha força no Brasil, a dogmática jurídica, especialmente diante da crise de legalidade que assola o país, pode e deve indagar, criar e construir, ou seja, o Direito não é somente uma racionalidade instrumental, sendo necessária a mudança de posicionamento dos que assim o vêem.¹⁹⁰

Após ponderar sobre a dificuldade existente em conceituar o termo ‘dogmática jurídica’, pois não há uma teoria a respeito aceita pela maioria, Alexy elabora um conceito que considera adequado para definição de argumentos dogmáticos.

Conforme as concepções do autor, dogmática jurídica é:

(1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo.¹⁹¹

Todavia, resta ainda a questão a respeito de que tipos de enunciados devem ser considerados como sendo da dogmática jurídica. Para respondê-la, Alexy formula uma classificação de caráter provisório, segundo a qual são considerados enunciados da dogmática do Direito: 1) as definições dos conceitos jurídicos genuínos, cujo conteúdo depende das normas jurídicas; 2) as definições de outros conceitos presentes nas normas jurídicas e empregados em suas interpretações, quando tais definições forem estabelecidas, aceitas ou

¹⁸⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 19.

¹⁹⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise** p. 26.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 249.

discutidas em uma Ciência do Direito que funcione institucionalmente; 3) os enunciados que expressam uma norma não extraída da lei, quando aceitos ou discutido no âmbito da Ciência do Direito; 4) as descrições e caracterizações de estados de coisas, quando sua produção, eliminação ou conservação sirva a normas individuais ou grupos de normas, ou para determinação de relações de prioridade entre tais estados de coisas; e 5) as formulações de princípios, os quais são enunciados normativos bastante genéricos que, via de regra, precisam de premissas normativas adicionais e são limitados por outros princípios.¹⁹²

No uso dos enunciados dogmáticos podem acontecer duas situações. Na primeira, chamada fundamentação dogmática pura, eles se seguem de outros enunciados dogmáticos, que podem ser apenas enunciados empíricos ou com a adição de normas jurídico-positivas. Na segunda situação, denominada de fundamentação dogmática impura, são necessárias premissas normativas adicionais. Ainda, o enunciado dogmático pode ter um uso não-justificativo, que ocorre quando ele não é posto em dúvida, por constituir uma opinião dogmática. Ter-se-á um uso justificativo do enunciado dogmático quando este for utilizado em uma fundamentação e justificado com outros argumentos.¹⁹³

A dogmática jurídica ainda tem, na teoria explicitada, uma série de funções, quais sejam: de estabilização, devido sua influência sobre certas decisões por períodos duradouros de tempo; de progresso, por ampliar o campo das discussões jurídicas; de descarga, uma vez que não é necessário retornar à mesma discussão repetidamente; técnica, pois a matéria serve a fins de ensino e transmissão sistematizada do conhecimento; de controle, por envolver a eficácia dos princípios da universalidade e da justiça; e heurística, uma vez que contém modelos de solução e sugerem novas perguntas e respostas.¹⁹⁴

Por fim, deve-se ressaltar que os enunciados dogmáticos, em último caso, devem

¹⁹² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 249-252.

¹⁹³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 253.

¹⁹⁴ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 177.

ser fundamentados por enunciados práticos do tipo geral. Além disso, deve ser possível comprová-los sistematicamente, tanto em sentido estrito quanto em sentido amplo, no primeiro caso verifica-se se o enunciado se ajusta aos enunciados dogmáticos já existentes e às normas jurídicas vigentes, no segundo caso investiga-se se as decisões a serem fundamentadas, com o auxílio de enunciados dogmáticos e normas jurídicas, são compatíveis entre si, conforme pontos de vista práticos de tipo geral.¹⁹⁵

Diante do exposto, são estas as regras da argumentação dogmática:

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

J.11) 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.¹⁹⁶

Na medida em que cumprem as funções citadas anteriormente, e que remontam a argumentos práticos de tipo geral, os argumentos dogmáticos são racionais. Todavia, quando a dogmática passa a ser utilizada para encobrir o verdadeiro motivo ou o verdadeiro objetivo da decisão, deixa de ter este caráter racional. Esta não é uma característica específica da dogmática, pois nos argumentos práticos de tipo geral também é possível haver fundamentações aparentes.¹⁹⁷

2.2.2.3 O uso dos precedentes

Os precedentes fazem parte da teoria do discurso porque decisões mutáveis e incompatíveis não poderiam preencher o campo do discursivamente possível. O seu uso significa a aplicação de uma norma e, conseqüentemente, é uma extensão do princípio da

¹⁹⁵ Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, p 177.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 257/264.

¹⁹⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 263.

universalidade, o qual o fundamenta, já que a exigência de se tentar tratar igualmente aos iguais faz parte da concepção de justiça. Em que pese a exigência de respeito aos precedentes, admite-se que uma decisão se afaste dele, mas quem fizer tal opção fica com a carga da argumentação.¹⁹⁸

Os precedentes estão muito próximos dos enunciados dogmáticos, inclusive quanto às funções de estabilização, progresso e descarga, mas é preciso diferenciá-los. A dogmática tem seus enunciados elaborados de forma sistemático-conceitual pela Ciência do Direito, propondo soluções alternativas para casos futuros/abstratos. As decisões judiciais que criam precedentes, pelo contrário, não apenas comunicam propostas, mas também servem para execução de atos.¹⁹⁹

Alexy formula assim as regras sobre o uso dos precedentes:

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

J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.²⁰⁰

Ao utilizar um precedente o jurista está aplicando a norma que fundamenta a decisão deste precedente. Surge, então, a questão controvertida sobre o que se deve considerar uma norma, do ponto de vista do precedente. Alexy opta pela apresentação de dois fatores: o *distinguishing*, uma técnica que serve para interpretação estrita da norma considerada sob a perspectiva do precedente, sendo esta a condição para que o precedente seja respeitado; o *overruling*, por outro lado, é uma técnica que consiste na rejeição do precedente. Ambas as técnicas precisam ser fundamentadas e, para tanto, são admissíveis todos os argumentos possíveis no discurso jurídico, mas são especialmente relevantes os argumentos práticos de

¹⁹⁸ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 178.

¹⁹⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 266.

²⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 267.

tipo geral.²⁰¹

O uso de precedentes é racional, pois é um procedimento de argumentação exigido por razões prático-gerais - o princípio da universalidade e a carga da argumentação - expostos nas formulações apresentadas. Argumentos adicionais, em especial argumentos práticos de tipo geral, ficam pressupostos no uso dos precedentes.²⁰²

2.2.2.4 O uso de formas especiais de argumentos jurídicos

Alexy apresenta três formas especiais de argumentos jurídicos que são utilizados especialmente na metodologia jurídica, sendo elas o argumento a contrário (J.15), a analogia (J.16) e a redução ao absurdo (J.17). Tais formas são a aplicação à argumentação jurídica das formas de inferência lógica de validade geral, e por isso são alvos de muitos conflitos doutrinários.²⁰³

As formas especiais de argumentos jurídicos são:

J.15)²⁰⁴

- .1) $(x) (OGx \rightarrow Fx)$
- .2) $(x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx) (1)$

J.16)

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

J.17)

- .1) $O \neg Z$
- .2) $R' \rightarrow Z$
- 3) $\neg R'$

No argumento a contrário (J.15), um esquema de inferência válido logicamente, pressupõe-se que a norma da qual se parte tem a forma traduzida em *.1)*, sendo que, somente

²⁰¹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 268.

²⁰² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 268.

²⁰³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 270.

²⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 269.

se x for F é que se deve seguir a consequência jurídica em tela.²⁰⁵

A forma J.16 representa a analogia, sendo que “ $F \text{ sim } x$ ” significa “ x é semelhante a F ” e, neste caso, $.I$) geralmente difere da norma legal, a qual teria como forma $(x) (Fx \rightarrow OGx)$. A segunda premissa de J.16 tem por fim determinar a semelhança relevante juridicamente (H) que aproximará o fato concreto – que não tem previsão legal específica – de uma solução jurídica, sendo esta questão, referente a quais características devem prevalecer nesta aproximação, geradora dos maiores conflitos teóricos. A analogia se baseia, assim, nos princípios da universalidade e da igualdade, pressupondo como regra que “os fatos hipotéticos semelhantes do ponto de vista jurídico devem ter as mesmas consequências jurídicas”.²⁰⁶

No argumento de redução ao absurdo (J.17) são levadas em consideração as consequências, demonstrando-se, principalmente através do uso de argumentos práticos de tipo geral, que o resultado inaceitável Z é considerado proibido. Com o uso de argumentos empíricos, deve-se também demonstrar que R' (R' é a regra que explicita a impossibilidade da fundamentação de uma interpretação I de uma norma R ocorrer através de uma regra de uso das palavras W , $I^r_w = R'$) tem realmente Z como consequência.²⁰⁷

Como acontece com os cânones da interpretação, o uso das formas especiais de argumentos jurídicos só é racional quando elas são saturadas, sendo que os enunciados inseridos para saturação devem sempre ser fundamentados no discurso jurídico.²⁰⁸

Assim, a seguinte regra é válida na utilização das formas especiais de argumentos jurídicos:

J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas.²⁰⁹

²⁰⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 269.

²⁰⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 270.

²⁰⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 272.

²⁰⁸ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p. 179.

²⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 273.

2.2.3 Os argumentos práticos gerais no discurso jurídico

Conforme aludido até aqui, a argumentação prática geral pode ser necessária nos casos de fundamentação das premissas normativas requeridas para a saturação das diferentes formas de argumentos; da eleição de diferentes formas de argumentos que levam a diferentes resultados; de enunciados dogmáticos, para os quais também serve para comprovação; dos *distinguishing* e *overruling*; e diretamente dos enunciados a serem utilizados na justificação interna. Nestes casos, contudo, é possível a introdução de enunciados dogmáticos ou precedentes, mas na ausência de ambos, recorre-se aos argumentos práticos de tipo geral, e em nenhum dos casos haverá sempre enunciados dogmáticos ou precedentes disponíveis. Além disso, é de fundamental relevância, mesmo havendo o deslocamento da argumentação para enunciados dogmáticos ou precedentes, será um deslocamento apenas provisório, pois para sua fundamentação sempre serão necessários, em última instância, os argumentos práticos de tipo geral. Daí o imprescindível destaque da importância discursiva dos argumentos práticos de tipo geral, os quais constituem, por consequência, o fundamento da argumentação jurídica.²¹⁰

2.3 O discurso jurídico e o discurso prático geral

Tomando por base a formulação da teoria da argumentação jurídica de Alexy, percebe-se como esta se aproxima da teoria do discurso prático geral, por ele apresentada como racional. Tal proximidade pode ser destacada em quatro aspectos²¹¹, os quais serão

²¹⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 273/74.

²¹¹ 1, 2, 3 e 4 Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 275/279.

pormenorizados a seguir.

1) A necessidade do discurso jurídico surge em razão da natureza débil das regras e formas do discurso prático geral, cujos resultados, quando ocorrem, não trazem segurança definitiva. A referida debilidade deve-se à indefinição das premissas normativas que devem servir de ponto de partida para os participantes do discurso, ao fato de que nem todas as etapas da argumentação estão fixadas, e à possibilidade de não se alcançar um acordo, já que algumas regras do discurso apenas podem ser aproximadamente cumpridas. Diante disso, as normas jurídicas, elaboradas segundo os princípios da representação e da maioria, surgem como um procedimento capaz de limitar racionalmente o campo do discursivamente possível. Todavia, as normas jurídicas não são capazes de determinar completamente todas as decisões jurídicas, pois, a linguagem do Direito é vaga, admite a possibilidade de conflitos normativos, existem casos em que não há regulação jurídica suficiente nas normas vigentes, e há possibilidade de decisões que contrariam a literalidade da norma. Para solução destes problemas de incerteza surgem as formas e regras especiais da argumentação jurídica, a dogmática e os precedentes, que em conjunto com a argumentação prática geral têm a finalidade de limitar ainda mais o discursivamente possível.

2) A pretensão de correção é característica de ambos os discursos, mas nos discursos jurídicos não se refere à necessidade absoluta de racionalidade dos enunciados normativos, como ocorre no discurso prático, e sim à sua capacidade de ser fundamentada racionalmente dentro do ordenamento jurídico vigente.

3) Há coincidência estrutural entre as regras e formas do discurso jurídico com as do discurso prático geral, como segue: a) ambos têm como fundamento de suas regras e formas o princípio da universalidade (regra 1.3'), que no discurso jurídico corresponde à subordinação ao princípio da justiça formal; b) em ambos a argumentação empírica tem papel relevante (regra 6.1), a pesar dos problemas quanto a incerteza do saber empírico que, por

isso, exige regras de presunção racional; c) quanto aos argumentos nomeados de cânones da interpretação, que hora dão caráter vinculante racional à argumentação jurídica, e hora são variantes de formas de argumentos práticos de tipo geral (argumento teleológico (forma J.5) / argumento consequencialista geral (regra 4.3)); d) a Ciência do Direito dogmática pode ser compreendida, sob a condição da existência de um ordenamento jurídico, como institucionalização estável do discurso prático; e) como os princípios da universalidade e da inércia, também os princípios práticos gerais servem de fundamento para o uso do precedente; e f) também no uso das formas de argumentos jurídicos especiais há coincidência estrutural entre as regras e formas, como é o caso do argumento a contrário, que é hipótese de aplicação de uma regra lógica (1.1), a analogia é um caso especial de aplicação do princípio da universalidade (1.3), e o argumento de redução ao absurdo é uma variante da forma básica do argumento consequencialista (4.3).

4) A necessidade da argumentação prática geral no contexto da argumentação jurídica deve-se ao fato desta ser uma forma especial daquela, sendo que a argumentação jurídica: é exigida por razões práticas de tipo geral; é dependente, quanto à sua estrutura, de princípios gerais; não pode prescindir da argumentação prática geral; ocorre segundo formas especiais em acordo com regras especiais e sob condições especiais, o que aumenta sua eficácia; e não pode ser reduzida à argumentação prática geral.

2.4 Os limites do discurso jurídico

Como a argumentação jurídica depende, em última análise, da argumentação prática geral, é forçoso admitir que mantém as incertezas e inseguranças nela presentes, as quais, mesmo bastante reduzidas, jamais poderão ser totalmente eliminadas. Este, contudo,

não é um fator a ser ressaltado para corroborar a rejeição da teoria apresentada por Alexy, uma vez que o caráter racional da Ciência do Direito não está na qualidade da segurança produzida, mas sim no cumprimento de um procedimento sistematicamente previsto, formado por uma série de regras essenciais para uma efetiva racionalidade.²¹²

Um problema poderia ser apontado na direção da dificuldade em se dizer quais seriam os critérios para definição das regras e condições a serem seguidas, mesmo que um acordo sobre o conteúdo mínimo destas regras seja facilmente alcançado, já que algumas características como as exigências de não contradição e de racionalidade dos fins são unânimes. Estas características, contudo, isoladamente, são insuficientes para análise de um conceito de argumentação jurídica racional. Para tanto, são necessários critérios mais fortes, como os expostos em regras e formas no decorrer da teoria proposta por Alexy. Portanto, se numa discussão essas regras e formas são respeitadas, pode-se dizer que o resultado alcançado é *correto*, uma vez que as mesmas constituem um critério de correção para as decisões jurídicas. É válido lembrar que, devido às debilidades dos argumentos práticos gerais presentes no discurso jurídico, o juízo sobre a correção de uma decisão tem caráter apenas provisório, podendo ser contestado.²¹³

Não há apenas uma resposta correta, ou discursivamente possível, pois, além de limitada pelas regras e formas do discurso jurídico, a pretensão de correção é também relativa aos participantes do discurso, dependendo diretamente das suas convicções normativas naquele momento temporal em que se dá a discussão. Todavia, a possibilidade de mais de uma resposta que satisfaça a pretensão de correção do discurso jurídico não o desqualifica, já que uma única resposta correta somente seria possível com uma teoria dos princípios forte e completa, sendo que o autor defende a existência de uma teoria fraca de princípios. Além disso, as convicções normativas dos participantes faticamente existentes servem de ponto de

²¹² Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 279.

²¹³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 280.

partida para uma discussão, sendo estas convicções, inclusive, alvos de possíveis alterações oriundas das argumentações racionais utilizadas no debate. A possibilidade de alteração da resposta em momento diverso também pode ser considerada uma vantagem, já que permite a eliminação de deficiências anteriores. Por fim, mesmo que em muitos casos não seja possível uma verificação prática da resposta correta, este procedimento pode ser realizado hipoteticamente, ou seja, mentalmente.²¹⁴

As regras e formas do discurso jurídico, além de explicarem o conceito de argumentação jurídica racional e servirem de critério de correção hipotético, constituem também um critério para análise das limitações necessárias na busca da decisão jurídica (v.g. no processo), já que apresentam exigências sobre as argumentações que ocorrem de fato. Tais exigências formam um critério para a racionalidade dos processos de decisão, bem como para a racionalidade das decisões deles oriundas.²¹⁵

Alexy entende, ainda, que uma teoria da argumentação jurídica somente tem valor prático inserida em uma teoria geral do Estado e do Direito, a qual tenha capacidade para reunir dois modelos de sistema jurídico. O primeiro, sistema jurídico como sistema de procedimentos, representa o lado ativo e é composto pelo discurso prático geral, pela criação estatal do Direito, pelo discurso jurídico e pelo processo judicial. O segundo, sistema jurídico como sistema de normas, é o lado passivo e deve mostrar que o Direito não é composto apenas por normas, mas também por princípios.²¹⁶

O autor trabalha, então, com uma teoria dos princípios, desenvolvida dentro de seu estudo sobre a estrutura das normas de direito fundamental. A seguir, serão apresentadas, de forma sucinta, as conclusões de Alexy relacionadas aos direitos fundamentais e, por conseguinte, aos princípios, às regras e aos valores.

²¹⁴ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 180.

²¹⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 281.

²¹⁶ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 181.

2.5 A teoria dos direitos fundamentais e o delineamento de uma teoria dos princípios

A teoria dos direitos fundamentais, objeto dos estudos de Alexy, é uma teoria jurídica geral caracterizada por ser: 1) uma teoria dos direitos fundamentais da Lei Fundamental, ou seja, é uma teoria de determinados direitos fundamentais positivados; 2) uma teoria jurídica, por ser uma teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico – uma teoria dogmática; e 3) uma teoria geral, por se referir a todos os direitos fundamentais ou todos os direitos fundamentais de determinado tipo. A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico, indicando uma teoria integrativa que alcance, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais verdadeiros ou corretos, que possam ser formulados nas três dimensões, e os vincule otimamente. Como uma teoria ideal, sua realização deve ser sempre perseguida pelas teorias fáticas.²¹⁷

Os direitos fundamentais são positivados através de normas de direitos fundamentais, as quais são todas aquelas passíveis de uma fundamentação de direito fundamental correta. Estas normas podem ser de duas formas: diretamente estatuídas, que são aquelas expressadas diretamente através de enunciados da Constituição, e cuja fundamentação pode se dar com uma simples referência ao texto constitucional; e indiretamente estatuídas ou adscritas, que são as normas não estatuídas diretamente pelo texto constitucional, mas sim acrescentadas às diretamente estatuídas. Uma norma adscrita é de direito fundamental quando, para sua adscrição, é possível uma fundamentação de direito fundamental correta.²¹⁸

Conceituadas as normas de direitos fundamentais, deve-se considerar sua estrutura e, para tanto, o autor entende que a distinção entre regras e princípios é essencial, apresentando uma teoria dos princípios.

²¹⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Galzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1993. p. 28/35.

²¹⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 73.

2.5.1 Uma teoria dos princípios e a compreensão do sistema jurídico como um modelo combinado de regras e princípios

Para Alexy, tanto as regras como os princípios podem ser concebidos como normas e são diferenciados pelo grau de generalidade, o qual é relativamente alto quando se fala em princípios e relativamente baixo quando se fala em regras.²¹⁹ Segundo este critério, as regras são normas que, quando válidas e não sendo objeto de exceção, exigem um cumprimento pleno, e podem ser simplesmente cumpridas ou não, sendo sua forma de aplicação a subsunção. Já os princípios, por outro lado, consistem em normas que determinam a realização de algo na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas da situação. Como podem ser cumpridos em diversos graus, os princípios são mandados de otimização, sendo que sua forma de aplicação é a ponderação.²²⁰

O autor entende que os princípios são sempre razões *prima facie*, já que apresentam razões que podem ser desprezadas quando opostas por outras razões, carecendo de determinação, e que as regras são, a menos que se tenha estabelecido alguma exceção, razões definitivas. De qualquer forma, não só as regras podem ser razões para outras regras, como os princípios podem ser razões para juízos concretos de dever ser, ou seja, para decisões. Neste último caso, contudo, o princípio é uma razão para uma regra que representa uma razão definitiva para a decisão, mantendo seu caráter *prima facie*.²²¹

Os princípios podem, ainda, referir-se tanto a direitos individuais quanto a bens

²¹⁹ Cf. ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Revista Doxa, n. 5, 1998, p. 141.

²²⁰ Com esta conclusão Alexy entende estar apontando o critério decisivo para distinção entre regras e princípios, suprimindo, segundo ele, uma deficiência da teoria de Dworkin, o qual ignora a questão sobre o porquê da ocorrência de colisão entre princípios e, por isso, defende equivocadamente a tese da única resposta correta. Alexy julga que a tese defendida por Dworkin precisaria ter como base uma teoria forte dos princípios, teoria esta que ainda não se mostrou possível, pois necessitaria da definição de todos os princípios do sistema jurídico em questão, bem como de todas as relações de prioridade entre eles. Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 180.

²²¹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 102-103.

coletivos²²², sendo que no último caso ordenam a criação e manutenção de situações que satisfaçam, na maior medida possível e de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, critérios que vão além da satisfação de direitos individuais.²²³

Quanto à elevação dos princípios à categoria de normas, numa reflexão aperfeiçoadora do sistema jurídico, própria do advento do pós-positivismo, Bonavides ressalta a contribuição de Alexy:

Para tanto, contribuíram sobretudo o alemão Alexy e também alguns publicistas da Espanha e Itália, receptivos aos progressos da Nova Hermenêutica e às tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional, cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico, conjugando, assim, em bases axiológicas, a Lei com o Direito, ao contrário do que costumavam fazer os clássicos do positivismo, preconceitualmente adverso à juridicidade dos princípios e, por isso mesmo, abraçados, por inteiro, a uma perspectiva lastimavelmente empobrecedora da teoria sobre a normatividade do Direito.²²⁴

Assim, o sistema jurídico deve ser entendido como um modelo combinado de regras e princípios. Ao nível dos princípios pertencem todos os princípios relevantes/válidos para as decisões de direitos fundamentais tomadas sob o lume da Constituição, sendo que esta relevância/validade é detectada quando o princípio pode ser apresentado como argumento favorável ou contrário à decisão, atendida a pretensão de correção. O acervo básico dos princípios que outorgam direitos fundamentais pode ser determinado pelas disposições de direito fundamental que conferem um direito subjetivo, pois a cada uma delas está ligado, pelo menos, um princípio deste tipo. Os princípios podem estar ou não adscritos às disposições constitucionais, dependendo de seu conteúdo, existindo cláusulas de restrição que

²²² A relação, ordenação e diferenciação entre direitos individuais e bens coletivos não será objeto de estudo neste trabalho, sendo apenas ressaltada a dificuldade em se alcançar um consenso acerca deste assunto, já que isto depende diretamente de um acordo em relação ao que é ou não justo, portanto, enquanto existir dissenso no âmbito da teoria da justiça, a ordenação de direitos individuais e bens coletivos continuará sendo polêmica. Alexy, em princípio, advoga em defesa de uma precedência *prima facie* dos direitos individuais sobre os bens coletivos. Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Traducción de Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 179/207.

²²³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 109.

²²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 238.

autorizam a limitação de direitos fundamentais com base em princípios. Assim, diz-se que um princípio tem hierarquia constitucional de primeiro grau quando pode limitar um direito fundamental garantido sem reserva, e que tem hierarquia de segundo grau se somente em conjunto com uma norma de competência estatuída em uma disposição de reserva pode limitar um direito fundamental.²²⁵

Ao nível das regras pertencem aquelas verificadas quando, através de uma disposição de direito fundamental, tem-se alguma determinação relacionada com as exigências de princípios contrapostos. As disposições de direito fundamental têm, portanto, um caráter duplo, pois instituem os dois tipos de normas, regras ou princípios, sendo possíveis normas de direito fundamental que sejam regras com previsão de cláusula restritiva referente a princípios e, portanto, sujeitas à ponderação.²²⁶

Como são, tanto os princípios como as regras, normas constitucionais, não existe uma relação específica de preferência entre os dois níveis. Mas, de forma geral, segundo Alexy, vale a regra de precedência conforme a qual o nível das regras precede o dos princípios, exceto se as razões para decisões diversas das tomadas no nível das regras sejam tão fortes que também invoquem o princípio de sujeição à Constituição. Sobre a força das razões em questão recorre-se à argumentação de direito fundamental.²²⁷

Para se entender melhor a teoria dos princípios é preciso aproximá-la da teoria dos valores (juízo de valor/critério de valoração), e desta forma mostrar que o problema das relações de prioridade entre princípios corresponde com o problema de uma hierarquia dos valores.²²⁸

²²⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 130-132.

²²⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 134-135.

²²⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 135.

²²⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. p. 145.

2.5.2 A teoria dos princípios e a teoria dos valores frente ao conceito de ponderação

As semelhanças entre princípios e valores são muitas, pois, por um lado, como ocorre nos princípios, no âmbito dos valores também é possível falar-se em colisão e ponderação entre os mesmos. Por outro lado, o cumprimento gradual dos princípios tem equivalência na realização gradual dos valores. Os princípios, por se tratarem de mandados de dever ser e de otimização, têm um conceito deontológico. Já os valores, por não terem a característica de mandado, mas sim de *bom*, bem como de critérios para que algo seja qualificado como *bom*, têm um conceito axiológico. Portanto, como o modelo dos valores corresponde ao modelo dos princípios, a diferença entre ambos fica reduzida a uma característica, qual seja, o caráter axiológico – âmbito do bom – do primeiro e o caráter deontológico – âmbito do dever ser – do último. Enquanto o modelo dos valores define o que é *prima facie* melhor, o modelo dos princípios indica o que é *prima facie* devido.²²⁹

Dentro da teoria dos valores, deve ser feita a diferenciação entre juízo de valor e critério de valor, a fim de facilitar o entendimento dos termos. O juízo de valor expressa que algo tem um valor, e pode ser de três formas: é classificatório quando algo é qualificado como bom, mau ou neutro; o comparativo permite valorações mais diferenciadas, sendo utilizado para dizer se um objeto tem um valor superior ou igual ao de outro objeto; e o métrico permite uma valoração mais exata, pois faz uso de números para indicar a valoração atribuída ao objeto, como acontece com a moeda. Já, os critérios de valor, por sua vez, podem ser de vários tipos mesmo quando relacionados com um mesmo objeto, o que ocasiona colisão entre eles e exige que seja estabelecida uma relação, a fim de determinar qual a valoração global daquele objeto. Por objetos de valoração são compreendidos aqueles passíveis de serem submetidos aos critérios de valoração, e podem ser, inclusive, situações de regulação jurídica,

²²⁹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 139/141.

sendo importante ressaltar que não é o objeto, mas sim o critério de valoração, que recebe a designação de valor.²³⁰

Para o Direito Constitucional os juízos de valor comparativos são os mais importantes, pois a relação entre eles e os critérios de valoração conduzem à determinação da relação entre princípios e valor. Quando restam contrapostos dois critérios de valoração, e não é aplicável o juízo de valor métrico, aplica-se a ponderação, sendo que a solução será o resultado de uma valoração global, a qual considera todos os critérios vigentes de valoração.²³¹

A ponderação é necessária diante da dificuldade em se determinar uma hierarquia de valores de ordem estrita ou forte, ou seja, não é possível ordenar os valores de forma que cada caso seja conduzido precisamente a um resultado, uma vez que os pesos e intensidades de realização de todos os princípios e valores não podem ser expressados de forma calculável. Diante desta dificuldade, Alexy diz ser possível a elaboração de uma ordem hierárquica fraca/débil entre os valores e princípios, ou seja, de uma teoria fraca, desde que sejam considerados três elementos, quais sejam: um sistema de condições de prioridade; um sistema de estruturas de ponderação; e um sistema de prioridades *prima facie*.²³²

Um sistema de condições de prioridade faz com que a resolução de colisões entre princípios, em casos concretos, possa estabelecer relações de prioridade que sejam importantes para as decisões de novos casos, revelando, também, sua identidade com o princípio da universalidade.²³³

Alexy explica a utilidade deste sistema e sua relação com um procedimento de argumentação jurídica:

As condições de prioridade estabelecidas até o momento em um sistema jurídico e as regras que lhe correspondem, proporcionam informação sobre

²³⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 143-144.

²³¹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 146.

²³² Cf. ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. p. 146.

²³³ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 182.

o peso relativo dos princípios. Todavia, devido à possibilidade de novos casos com novas combinações de características, não se pode construir com sua ajuda uma teoria que determine para cada caso precisamente uma decisão. Mas de qualquer maneira, abrem a possibilidade de um procedimento de argumentação que não se daria sem elas. Este procedimento, desde já, deve ser incluído em uma teoria completa da argumentação jurídica.²³⁴

Num sistema de estruturas de ponderação, estas derivam da consideração dos princípios como mandados de otimização que exigem, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, uma realização na maior medida possível. Enquanto as possibilidades fáticas remetem aos princípios de adequação e de necessidade, nas possibilidades jurídicas a obrigação de otimização corresponde ao princípio da proporcionalidade explícito na lei de ponderação, segundo a qual, quanto mais alto for o grau de descumprimento de um princípio, maior deverá ser a importância do cumprimento do outro. Com isso entende-se que o princípio da proporcionalidade, formado pelos princípios de adequação, de necessidade e da ponderação, segue-se logicamente do caráter principal das normas, sendo que o raciocínio inverso também é verdadeiro. Isso significa que uma teoria dos princípios conduz a estruturas da argumentação racional, ficando claro o quanto a teoria dos princípios precisa ser complementada por uma teoria da argumentação jurídica.²³⁵

O último elemento de uma teoria fraca de princípios é um sistema de prioridades *prima facie*, no qual a prioridade de um princípio sobre outro não é definitiva e pode ser alterada, desde que quem pretenda modificar essa prioridade se encarregue da importância da prova. Mais uma vez resta clara a dependência existente entre a teoria fraca de princípios e a

²³⁴ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “Las condiciones de prioridad establecidas hasta el momento en un sistema jurídico y las reglas que se corresponden con ellas proporcionan información sobre el peso relativo de los principios. Sin embargo, a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características, no se puede construir con su ayuda una teoría que determine para cada caso precisamente una decisión. Pero de todos modos, abren la posibilidad de un procedimiento de argumentación que no se daría sin ellas. Este procedimiento, desde luego, debe ser incluido en una teoría completa de la argumentación jurídica.” ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. p. 147.

²³⁵ Cf. ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. p. 147.

argumentação.²³⁶

Diante destas considerações, mesmo defendendo a impossibilidade de uma teoria forte dos princípios, Alexy não perde a esperança e nem a confiança em sua teoria da argumentação, afirmando que se considerados em conjunto os níveis das regras e dos princípios, bem como a teoria da argumentação jurídica, não é preciso abandonar por completo a idéia de uma única resposta correta. Os participantes de um discurso jurídico, cujas afirmações e fundamentações têm um sentido pleno, devem elevar a pretensão de que a sua resposta é a única correta, sem considerar se isto é ou não possível. Desta forma, os debatedores consideram a sua resposta como uma idéia reguladora, pressupondo que em alguns casos é possível que haja uma única resposta correta, mas que não se sabe em quais casos isso ocorre, de modo que vale a pena procurar encontrar a única resposta correta em cada caso.²³⁷

2.5.3 O conceito amplo de direito fundamental

Após a formulação dos conceitos até aqui mostrados, o autor entende que o termo direito fundamental não deve ser visto apenas como aquele referente aos direitos individuais, e, numa perspectiva ampliada, reconhece a existência do direito fundamental como um todo, o qual é um feixe de distintas posições de direito fundamental, posições estas que têm em comum sua adscrição a uma disposição de direito fundamental. Assim, à união de um feixe de posições em um direito fundamental corresponde a adscrição de um feixe de normas a uma disposição de direito fundamental, sendo que estas normas podem ser tanto regras como princípios.²³⁸

²³⁶ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 182.

²³⁷ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. p. 151.

²³⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 241.

As referidas normas e posições podem ser divididas em três tipos, de acordo com: 1) as posições no sistema das posições jurídicas básicas; 2) seu grau de generalidade; e 3) seu caráter de regras ou princípios, ou seja, se são definitivas ou *prima facie*. Entre as relações que podem resultar entre estas normas e princípios, estão: a relação de precisão existente entre a liberdade jurídica de fazer e a liberdade de eleição da abordagem do problema e das máximas metodológicas; a relação de meio/fim, que atribui um papel decisivo às normas de procedimento e organização; e a mais importante, a relação de ponderação, a qual corresponde à lei de colisão entre uma posição *prima facie* e uma posição definitiva. Para que se efetive a passagem da posição *prima facie* para definitiva devem ser comparadas várias posições *prima facie*, bem como estas e princípios referentes a bens coletivos, desde que sejam relevantes no caso em análise.²³⁹

Conforme o exposto, percebe-se que o direito fundamental como um todo, conceituado por Alexy, inclui em seu feixe tanto posições definitivas como *prima facie*, vinculadas reciprocamente nas três formas de relação e adscritas a uma disposição de direito fundamental. Este conceito é, ainda, dinâmico, está necessariamente vinculado com o complexo normativo, e traz fundamentos/razões para suas próprias posições definitivas.²⁴⁰

2.5.4 A argumentação de direito fundamental e o sistema jurídico

As normas de direito fundamental são importantes para o sistema jurídico sob dois aspectos, o da sua fundamentação formal e o da sua fundamentação material. A fundamentação formal resulta da posição que elas ocupam no topo da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, e deve, em conjunto com a fundamentação material, servir de base para um sistema jurídico misto material-procedimental. Este modelo de sistema jurídico tem o

²³⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 243.

²⁴⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 244.

núcleo de sua parte procedimental formado pelas normas sobre o procedimento legislativo, e, entre seus elementos materiais, a determinação dos fins do Estado. Assim, os direitos fundamentais e as normas de direito fundamental são materialmente fundamentais porque com eles são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica da sociedade e do Estado.²⁴¹

A questão a ser respondida versa sobre como as normas de direito fundamental exercem um papel central no sistema jurídico e o que isto significa para a estrutura do sistema. Para esta análise é relevante entender que, além de ser um sistema de normas, o sistema jurídico é também um sistema de posições e relações. Na formulação das respostas às questões apresentadas urge considerar que a influência dos direitos fundamentais não se restringe à relação entre Estado e cidadão, mas alcança, entre outros, os direitos de proteção frente aos concidadãos, referindo-se, portanto, também à relação entre cidadãos, e influenciando a interpretação do direito privado. A esta relação o autor chama de efeito horizontal do direito fundamental²⁴², ou seja, seu efeito contra terceiros.²⁴³

As normas de direito fundamental influenciam todos os âmbitos do Direito, e isso gera efeitos de grande alcance para o caráter do sistema jurídico. O primeiro destes efeitos consiste na limitação dos conteúdos possíveis do direito ordinário, fazendo do sistema jurídico um sistema materialmente determinado pela Constituição. Outro efeito resulta do tipo da referida determinação material do sistema, a qual depende das normas de direito fundamental que, por sua vez, necessitam do recurso da ponderação viabilizando sua aplicação. Como a ponderação é um procedimento aberto, já que nem sempre conduz a uma única solução, da mesma forma o sistema jurídico se apresenta como um sistema aberto. O último efeito especialmente relevante se refere ao tipo de abertura do sistema, pois, em sendo ele composto

²⁴¹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 505.

²⁴² O modelo de efeito horizontal do direito fundamental apresentado por Alexy divide-se em três níveis que têm uma relação de implicação recíproca, sendo eles: o dos deveres do Estado; o dos direitos frente ao Estado; e o das relações jurídicas entre sujeitos de direito privado. Sobre isso, ver *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 515 e seguintes.

²⁴³ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 506.

por normas de direito fundamental, é também um sistema aberto para a moral, já que trata de conceitos básicos da filosofia prática, como dignidade, liberdade e igualdade, cuja ponderação nos conduz, ainda, aos problemas relativos à justiça.²⁴⁴

A determinação material aberta do sistema jurídico leva ao raciocínio acerca do equilíbrio entre as competências do legislador e do Tribunal Constitucional, que no caso brasileiro é o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe controlar, inclusive, o âmbito do legislativo. Para a determinação do alcance da competência de controle do Tribunal Constitucional faz-se o uso conjunto de três níveis de argumentação: segundo a *argumentação material*, a medida da competência de controle nos casos concretos é determinada pela importância dos princípios de direito fundamental neles decisivos; conforme a *argumentação de nível funcional ou de competência*, são consideradas as propriedades reais ou supostas dos sujeitos de decisão; e, por fim, trata-se de *argumentação metodológica e epistemológica* quando, fazendo-se uso de diversas teses ou teorias, são expostos argumentos favoráveis ou contrários à fundamentação racional das decisões de direito fundamental. Portanto, a competência de controle do Tribunal Constitucional depende principalmente da segurança com a qual se pode fundamentar a existência de uma posição de direito fundamental, o que conduz a uma relação entre argumentação e decisão.²⁴⁵

A problemática acerca da racionalidade da fundamentação jurídica está estreitamente ligada à questão sobre a fundamentação dos juízos práticos gerais, ou dos juízos morais. Como não são possíveis teorias morais materiais que ofereçam uma única resposta a cada questão moral, mas são possíveis teorias morais procedimentais que formulem regras ou condições da argumentação ou da decisão prática racional. Uma versão promissora de teoria moral procedimental, conforme a proposta de Alexy, é a do discurso prático geral.²⁴⁶

²⁴⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 525.

²⁴⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 527-529.

²⁴⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 530.

Em tempo, ao procurar estabelecer diferenças entre as propriedades dos sujeitos de decisão (legislativo e Tribunal Constitucional) a serem consideradas na argumentação funcional ou de competência, Alexy utiliza como exemplo, de um lado, a força da legitimação democrática do legislador parlamentar, uma maior capacidade para julgar adequadamente casos complexos, a maior aceitação de suas decisões, e de outro lado, o maior nível de imparcialidade do Tribunal Constitucional, sua aptidão específica para decidir questões de direitos e sua menor submissão às pressões do momento. Tais exemplos fazem com que, voltando-se o pensamento para a realidade brasileira, sejam lembradas as críticas que o Supremo Tribunal Federal vem recebendo ao longo dos últimos anos, mostrando-se cada vez mais passível de sofrer influências externas de vários tipos, inclusive pressões políticas.²⁴⁷

Não obstante a polêmica que pode circundar a atuação de um Tribunal Constitucional, compete a ele a argumentação e a decisão em questões de direito fundamental, pois, como geralmente vige a tese segundo a qual somente inserida na moldura do sistema jurídico é que a razão prática, a qual vincula racionalmente a argumentação e a decisão, pode prosperar. Assim, é razoável a institucionalização de uma justiça constitucional cujas decisões devem ser justificadas e criticadas em um discurso de direito fundamental racional.²⁴⁸

Com base nos dados trazidos até aqui, no terceiro capítulo procurar-se-á realizar a aproximação teórica entre Alexy e Ferrajoli, principalmente no âmbito da identificação que uma teoria racional da argumentação jurídica pode ter com uma teoria do Direito que segue os moldes da desenhada pelo garantismo jurídico.

²⁴⁷ Nesse sentido ver a crítica formulada por CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 178/179.

²⁴⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 531.

3 ARGUMENTAÇÃO E GARANTISMO: UMA FERRAMENTA HERMENÊUTICA PARA O NEOCONSTITUCIONALISMO

*Razão, irmã do Amor e da Justiça,
Mais uma vez escuta a minha prece.
É a voz dum coração que te apetece,
Duma alma livre só a ti submissa.
Por ti é que a poeira movediça
De astros, sóis e mundos permanece;
E é por ti que a virtude prevalece,
E a flor do heroísmo medra e viça.
Por ti, na arena trágica, as nações
buscam a liberdade entre clarões;
e os que olham o futuro e cismam, mudos,
Por ti podem sofrer e não se abatem,
Mãe de filhos robustos que combatem
Tendo o teu nome escrito em seus escudos!
Hino à Razão (Antero de Quental)*

A atividade judiciária é essencial à ordem jurídica, seja ela qual for, e especialmente no Estado moderno, no qual o Poder Judiciário tem como função primordial a interpretação e aplicação da lei nos dissídios possíveis entre cidadãos ou entre estes e o Estado. O que caracteriza o judiciário como um poder estatal é a sua autonomia na esfera da competência que lhe é atribuída pela Constituição, ou seja, a de julgar. Nos Estados modernos, portanto, não existe poder legalmente – não obstante a possibilidade de que isto ocorra de forma escusa – capaz de obrigar tribunais e magistrados a proferirem sentenças que fujam ao que regem suas consciências.²⁴⁹

Todavia, em que pese a separação entre os poderes estatais, executivo, legislativo e judiciário, efetivamente ocorre uma interpenetração de funções, o que resulta em dificuldades quando se tenta estabelecer uma rígida diferenciação entre legislação e poder judicante, e é

²⁴⁹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 34ª ed. São Paulo: Globo, 1995. p. 200-201.

por este motivo que boas leis precisam de bons juízes para lhes conferirem o devido valor. Saber o que é ser um bom juiz, como este precisa agir para fazer o Direito progredir e para adaptar a ordem jurídica formulada à evolução das circunstâncias, como haverá de concorrer à pacificação dos litígios, em que medida suas próprias concepções influenciarão no exercício de suas funções, ou ainda, qual a metodologia apta a torná-lo socialmente útil e eficaz na composição dos conflitos²⁵⁰, são questões que afligem juristas e a sociedade em geral. Tais questionamentos, acredita-se, não chegam a ser retóricos, todavia, ainda não foram encontradas respostas capazes de exaurir a discussão, longe disso, trata-se de um campo próspero, fértil, de onde podem ser extraídos longos debates e interessantes conclusões.

Nesta dissertação, imbuída pelo espírito intrigante que os questionamentos levantados criam naqueles que se interessam por um Direito correto para todos, foram eleitas como foco as teorias do garantismo jurídico, de Luigi Ferrajoli, e da argumentação jurídica racional, de Robert Alexy, por se tratarem de autores que buscam, através da leitura do sistema jurídico vigente, a realização da democracia, dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

No decorrer deste último capítulo, procurar-se-á fazer uma aproximação entre as duas teorias, a fim de se investigar a viabilização da aplicação da teoria garantista através da teoria da argumentação jurídica racional. Mais pontualmente, tratar-se-á do discurso jurídico como meio de aplicação da lei válida e da relação entre o garantismo jurídico e as regras e formas de justificação propostas por Alexy.

3.1. A teoria geral do garantismo jurídico como uma escolha substancial

²⁵⁰ Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 13-14.

A teoria geral do garantismo jurídico faz uma leitura do sistema constitucional vigente em países que, como o Brasil, adotaram constituições rígidas, que prevêm a organização de um Estado social, a constitucionalização dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos, bem como a valorização do conteúdo da norma legal, representando uma organização político-jurídica ideal, cuja realização deve ser perseguida por estas sociedades regidas por uma legislação garantista pós-positivista, já que sua concretização, conforme o modelo ideal teorizado, infelizmente, ainda está distante de se tornar realidade, devido a problemas relacionados à práxis político-jurídica estagnada no modelo positivista formal contaminado por ideologias típicas da elite.

Como assevera Zagrebelsky:

Se o positivismo não tem sido abandonado na teoria nem na prática jurídica do tempo presente, e se os juristas continuam considerando seu labor basicamente como um serviço à lei, ainda que integrada com a 'lei constitucional', não é porque ainda possa ser válido na nova situação, senão porque as ideologias jurídicas são adaptáveis. A supervivência ideológica do positivismo jurídico é um exemplo da força de inércia das grandes concepções jurídicas, que, com frequência, continuam operando como resíduos, inclusive quando já perderam sua razão de ser em decorrência da troca das circunstancias que originalmente as justificaram.²⁵¹

Quando se fala em ideologia, não se está olvidando de que este termo possui duas conotações, uma boa e outra ruim, todavia, no caso da ideologia exercida pela parte da sociedade interessada em fazer uma leitura do Estado Democrático de Direito que ignore a ineficácia da legislação social e tenha a atual realidade defasada como dever-ser, aí sim o termo se apresenta da forma mais negativa possível. Como classificaria Bobbio, está-se diante de uma ideologia conservadora, em oposição à progressista, pois no lugar de dar resultado a

²⁵¹ Tradução feita pela mestrandia do original: "Si el positivismo todavía no há sido abandonado ni en la teoría ni en la práctica jurídica del tiempo presente, y si los juristas continúan considerando su labor basicamente como un servicio a la ley, aunque integrada con la 'lei constitucional', no es porque aún pueda ser válido en la nueva situación, sino porque las ideologias jurídicas son adaptables. La supervivencia 'ideológica' do positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como resíduos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originalmente las habían justificado." ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos e justicia**. Trad. Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995. p. 41.

uma avaliação negativa da realidade atual e buscar influir sobre ela para mudá-la, a ideologia do tipo conservador faz uma avaliação positiva e se propõe a exercer influência no sentido de conservá-la.²⁵²

Bonavides relembra, ainda, que o positivismo jurídico puramente formal kelseniano, ao fazer válido todo conteúdo constitucional que respeita os procedimentos legalmente previstos, ocasiona a coincidência absoluta dos termos legalidade e legitimidade, fazendo legítimo Estado de Direito todo ordenamento estatal ou jurídico, inclusive o Estado nacional-socialista de Hitler, assim sendo, a juridicidade pura transformou-se em ajuridicidade total.²⁵³

Ensina, ainda, que:

Urge sobretudo que a ‘juridicidade’ das Constituições não seja diminuída; ‘juridicidade’, que não é abstrata nem insulável, porquanto reside já na força normativa da Constituição-lei, já na própria normatividade da esfera fática, reino da Constituição-realidade. Pela teoria material da Constituição, a Constituição-realidade se comunica à Constituição-lei para fazer firme e incontestável a observância, a autoridade e a força imperativa desta última, produzindo uma perfeita adequação do constitucional ao real.²⁵⁴

Assim, não basta que os Estados sociais formulem as constituições, mas é necessário que lhes reconheçam a legitimidade e as cumpram substancialmente, para que não restem relegadas à categoria de constituições do texto e da forma, e sim que se concretizem como constituições da realidade e do Direito.²⁵⁵ Afinal, na ausência de atendimento aos direitos sociais básicos, o que faz parte da devastadora realidade brasileira, configura-se o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais do Estado social, e, desta maneira, vão-se revelando as grandes causas de instabilidade e ilegitimidade das constituições.

Resgatar e valorizar a Constituição como documento que constitui a sociedade é o

²⁵² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Compilação Nello Morra. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 223.

²⁵³ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 151.

²⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 162.

²⁵⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 162.

que o garantismo busca representar, primordialmente em decorrência da necessidade da existência de um núcleo jurídico fundamental capaz de reger a vida em comunidade, e que tem a função de fixar “a forma e a unidade política das tarefas estatais, os procedimentos para resolução de conflitos emergentes, elencando os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinando o processo de formação político/jurídico do Estado”²⁵⁶.

Segundo explica Streck:

A Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico (...) apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, *colocando à disposição os mecanismos para a concretizaçãodo conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo* deontológico. Por isso, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O *plus* normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade.²⁵⁷ (grifo do original)

Desta forma, no que diz respeito à interpretação dela própria e de todas as normas posicionadas em nível inferior na escala hierárquica da legislação, a Constituição pós-positivista passa a desempenhar o papel mais intenso dentro do sistema jurídico baseado no amparo incansável dos direitos fundamentais das pessoas e dos grupos sociais, em especial daqueles que ocupam posição minoritária na sociedade.

3.2 A influência do constitucionalismo sobre Ferrajoli e Alexy: o início de uma aproximação teórica

Entre as principais características do Estado de Direito, como conceito genérico,

²⁵⁶ Cf. ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?**, p. 34.

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**, p. 245-246.

estão o império da lei, a separação de poderes, a legalidade da Administração e o respeito aos direitos e liberdades fundamentais. Contudo, quando se limita o conceito para Estado constitucional, ocorre uma especificação das peculiaridades pertinentes, sendo que, nesse caso, ganha relevância a idéia da limitação e controle dos poderes, inclusive do legislativo, abolindo-se a supremacia absoluta e incondicionada da lei, passando a ter lugar um procedimento efetivo de controle de constitucionalidade das leis e dos poderes em geral, para que o fundamento do poder não se localize na força, mas sim no Direito.²⁵⁸

As Constituições contemporâneas objetivam remediar os efeitos causados pelo legislador mecanizado, efeitos estes que são destrutivos ao ordenamento jurídico, gerando a mecanização do Direito, sendo que a premissa para que esta operação curativa possa alcançar êxito é o restabelecimento de uma noção mais profunda do Direito, relativamente àquela visão reducionista do positivismo legislativo. A unidade do ordenamento se dá no conjunto de princípios e valores constitucionais superiores, sobre os quais existe um consenso social suficientemente amplo. A lei, acostumada a ser única medida de todas as coisas no campo jurídico, cede espaço à Constituição, a qual assume a importante função de manter unidas e em paz sociedades inteiras, subdivididas e heterogêneas, mas que se submetem a aspectos estruturais de convivência política e social.²⁵⁹

Portanto, o núcleo do constitucionalismo consiste em conceber uma norma suprema, fonte direta de direitos e obrigações, com aplicabilidade imediata por todos os operadores jurídicos, podendo ser imposta frente a qualquer outra norma e, sobremaneira, com um rico conteúdo repleto de valores, direitos fundamentais e princípios, ou seja, o conjunto normativo já não informa apenas quem detém o poder e como o exerce, mas também o que pode ou deve ser decidido. Desta forma, o constitucionalismo contemporâneo pode ser determinado conforme a tese de Alexy, de maneira geral, pelo maior valor dado a conceitos antes

²⁵⁸ Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998. p. 32-33.

²⁵⁹ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos e justicia**, p. 39.

preteridos diante de outros, como é o caso dos princípios em oposição às regras, da ponderação em relação à subsunção, dos juízes em oposição aos legisladores, e da Constituição em relação às leis. Todavia, uma teoria tão complexa não pode ser simplificada em tão poucas frases, já que cabem considerações do tipo: o maior valor dado aos princípios deve-se a que estes devem ser considerados no juízo de validade das leis relevantes em cada caso; a ponderação merece destaque por ser o meio mais razoável de aplicação dos princípios, o qual cede espaço aos argumentos e às razões, a fim de buscar o peso relativo de certo princípio em determinada situação; a valorização dos juízes tem a finalidade de provocar o controle da tarefa legislativa, essencial, mas nem sempre fiel aos preceitos materiais constitucionais; e por fim, concedendo maior valor à Constituição não se objetiva desprezar a lei, mas apenas ressaltar que esta última carece de autonomia, já que sempre terá que ser avalizada ante a instância superior daquela.²⁶⁰

Assim, Prieto Sanchís percebe que o que parece decisivo é a substancialização ou rematerialização das constituições, as quais refletem uma unidade material e já não têm por objeto somente a distribuição formal dos poderes, mas estão dotadas de conteúdo material condicionante da validade das leis. A Constituição não se restringe ao status de fonte das fontes do Direito, é fonte mediata e imediata, em sentido pleno. As normas constitucionais apresentam a mesma força jurídica e, para saber o que fazer, o juiz deve analisar as circunstâncias do caso em tela e, fundamentando sua decisão, optar por um dos critérios em conflito, isto não significando que futuramente, em caso semelhante, a decisão deva ser a mesma. Deste modo, explica-se perfeitamente o protagonismo dos juízes no Estado constitucional, uma vez que o Direito à jurisdição tem evoluído à condição de universal, e a aplicação da Constituição por parte dos juízes implica uma transformação do modo de julgar, através da exigência de ponderação e, por conseguinte, de justificação racional da decisão

²⁶⁰ Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, principios, derechos**, p. 35-36.

aceitável em cada caso concreto, sendo que os elementos de justificação são o que garante a impossibilidade dos juízes atuarem de maneira arbitrária.²⁶¹

3.2.1 O garantismo e a argumentação jurídica racional como teorias do Estado constitucional

Diante do exposto sobre o Estado constitucional, e das características pertinentes ao garantismo jurídico, percebe-se a identidade entre ambos. Sendo o garantismo uma teoria baseada na tutela de todos os direitos fundamentais, de liberdade e sociais, estabelecidos pela ordem constitucional vigente e, desta forma, objetivando a maior concretização possível da Constituição de um país, resta evidente seu caráter construtivo e enriquecedor de tese voltada para o Estado constitucional. A preocupação de Ferrajoli com a redefinição dos termos vitais do Estado Democrático de Direito regido por uma Constituição rígida, a fim de ressaltar o âmago material dos mesmos, valorizando sua substância, seu conteúdo, nas três acepções destacadas do termo garantismo jurídico, reflete a condição deste como uma releitura do Estado de Direito a partir do especial destaque merecido pela Constituição, conforme será lembrado a seguir.

Assim, como um modelo normativo de Direito, sua primeira acepção, o garantismo é epistemologicamente entendido como um sistema de poder mínimo, politicamente como uma técnica de tutela que pode minimizar a violência e maximizar a liberdade, e juridicamente como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Pode-se, portanto, qualificar o sistema jurídico como sendo mais ou menos garantista, conforme o quanto suas práticas efetivas correspondem aos mandamentos da Constituição. Na condição de uma teoria jurídica da validade e da efetividade, sua segunda acepção, a expressão garantismo mantém separados o ser e o dever ser no Direito, atentando

²⁶¹ Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, principios, derechos**, p. 36/39-40.

para divergências entre direito válido e direito efetivo, e compreendendo críticas internas ao universo limitado pelo direito positivo vigente, visando a deslegitimação interna das normas carentes de validade, conforme o crivo material das normas constitucionais. Por fim, a terceira acepção do garantismo designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga da justificação externa, conforme aos bens e aos interesses constitucionalmente previstos, cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos e estão geralmente declarados em forma normativa nas Constituições. Trata-se do modelo de doutrina política heteropoiética, ou seja, o Estado é apenas um meio que se legitima ao ter a finalidade de preservação e promoção de direitos e garantias individuais e, como tal, utiliza-se das instituições jurídicas e políticas apenas por necessidade, para satisfação dos interesses vitais dos cidadãos. Destarte, Ferrajoli conclui, conforme exposto no primeiro capítulo, que o constitucionalismo é o resultado da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva.²⁶²

De acordo com a lição de Ferrajoli, ao comentar o papel das garantias constitucionais destinadas à difícil tarefa de assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade na tutela dos direitos, compreende-se que:

O garantismo não tem nada a ver com a mera legalidade, o formalismo ou o processualismo. Antes, consiste na tutela dos direitos fundamentais: os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e prepolíticos, que fundamentam e justificam a existência daqueles artifícios – como os chamou Hobbes – que são o direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia.²⁶³

²⁶² Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil, p. 64-66.

²⁶³ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “El ‘garantismo’ no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales: los cuales – de la vida a la libertad personal, de las liberdades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos – representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos ‘artifícios’ – como los llamó Hobbes – que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia.” FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 29.

Também a teoria da argumentação jurídica racional é essencialmente constitucional, já que elaborada para servir tal modelo de Estado de Direito, no qual é possível a aplicação de um discurso baseado na racionalidade, na acuidade dos direitos fundamentais e no caráter *prima facie* dos princípios. Alexy, citando o exemplo da Alemanha, diz que num Estado Constitucional Democrático podem ser distinguidas duas concepções de sistema jurídico, legalismo e constitucionalismo. Num Estado legalista dá-se maior valor às normas no lugar dos valores, à subsunção frente à ponderação, à independência do direito ordinário antes da onipresença da Constituição, e à autonomia do legislador democrático dentro do marco constitucional no lugar da onipotência judicial apoiada na Constituição. De acordo com o ponto de vista constitucionalista, a Constituição contém, em seu capítulo sobre direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores que, enquanto constitucionais, são válidos para todos os âmbitos do Direito e direcionam a legislação, a administração e a justiça, exercendo um efeito de irradiação sobre todo o direito ordinário. Este efeito ganha importância crucial na medida em que se entende que o papel da Constituição não é limitado ao de parâmetro formal, mas que a mesma proporciona um conteúdo substancial ao sistema jurídico, o que fica explícito através de conceitos como os de dignidade, liberdade, igualdade, Estado de Direito, democracia e Estado social.²⁶⁴

Nesta linha de raciocínio, a semelhança dos pensamentos de Alexy e Ferrajoli resta clara, uma vez que ambos têm seus trabalhos voltados para a efetivação do Estado constitucional em todos os seus aspectos, principalmente nos mais substanciais, e, para isso, conceberam teorias ideais e não imediatamente concretizáveis em todos os países, mas que devem encontrar sua utilidade na tarefa de guiar a consciência jurídica (e política) no sentido de busca, no tempo presente, pela máxima realização possível da Constituição e dos direitos fundamentais dos cidadãos.

²⁶⁴ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 159-160.

3.3 O sistema de garantias e o modelo de ordenamento jurídico em três níveis – caminhos que conduzem à valorização dos direitos fundamentais

Conforme o que antes foi relatado, percebe-se que os autores em estudo têm o constitucionalismo como ponto de partida e chegada para suas idéias, ou seja, formularam teorias baseadas no modelo de Estado constitucional e, ao mesmo, tempo, voltadas para servir de forma positiva. Contudo, os caminhos traçados, em que pese a possibilidade de serem entrecruzados, como se busca fazer aqui, não são idênticos, inclusive pelo caráter diferenciado das duas teorias, uma teoria do Direito e do Estado e outra teoria do Direito e da argumentação. Todavia, no que tange aos direitos fundamentais, tanto Alexy quanto Ferrajoli publicaram obras específicas sobre o tema, ambas com o título “Teoria de los derechos fundamentales”, e são justamente estas preocupações que tornam possível que esses autores se completem, sendo necessário apenas ressaltar a diferença essencial entre ambos, seu posicionamento em relação à aproximação forçosa entre Direito e moral, o que será feito mais adiante.

Como uma das características aproximativas entre as teorias está a observância de critérios de proteção aos direitos fundamentais, categoria de direitos esta tida como uma das principais contribuições para concepção do ordenamento jurídico e do constitucionalismo da forma como se dá hoje, e como foi referenciado acima, uma vez que proporcionam a quantificação da concretização da Constituição, estabelecendo quais matérias são afeitas ao poder legislativo e o que o judiciário deve garantir.

Ferrajoli desenvolve uma teoria ocupada com a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos através do cumprimento das garantias constitucionalmente previstas em benefício destes direitos, sendo que eles formam o centro do Direito como um sistema de garantias. Ele conceitua direitos fundamentais como sendo todos os direitos subjetivos que correspondem

universalmente a todos os seres humanos, enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de fazer.²⁶⁵ Trata-se de um conceito que tem a intenção de ser ideologicamente neutro, de caráter formal e universal, válido para qualquer ordenamento jurídico, e, como o próprio autor entende, estreitamente relacionado ao princípio da igualdade jurídica, que se traduz, nos níveis formal e substancial, como a igualdade dos direitos fundamentais.²⁶⁶

A questão é que, não obstante a coerência da teoria de Ferrajoli, sendo incomum que algum operador jurídico duvide da preponderância das normas constitucionais sobre as demais normas, sua aplicação permanece ineficaz, principalmente devido a um certo constrangimento geral pela pouca familiaridade em se resolver conflitos entre regras e princípios. Portanto, mostra-se imperioso que se reconheça a aplicabilidade imediata dos princípios, assim como seu caráter informador e regulador, e, para tanto, seria festejada uma teoria dos direitos fundamentais que complementasse as idéias garantistas, justificando a força e o caráter cogente dos princípios.²⁶⁷

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy, a seu turno, é caracterizada por ser uma teoria dos direitos fundamentais da Lei Fundamental, ou seja, é uma teoria de determinados direitos fundamentais positivados, é também uma teoria jurídica, por ser uma teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico, e é uma teoria geral, por se referir a todos os direitos fundamentais de determinado tipo. A concepção desta teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico, indicando uma teoria integrativa que alcance, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais verdadeiros ou corretos, que possam ser formulados nas três dimensões, vinculando-os otimamente.²⁶⁸

Como visto, a fim de viabilizar a compreensão e a aplicação das normas de direitos

²⁶⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, p. 19.

²⁶⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 906-908.

²⁶⁷ Cf. ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?**, p. 62.

²⁶⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 28/35.

fundamentais, Alexy formula uma teoria dos princípios, a qual considera que regras e princípios são espécies do gênero norma, e que podem ser diferenciados pelo grau de generalidade, sendo que nos princípios ele é relativamente alto e nas regras relativamente baixo. A condição para que uma norma seja considerada regra, como acontece no garantismo jurídico, é a sua validade e, em sendo válida, que não seja objeto de exceção, devendo ser aplicada com a utilização do recurso da subsunção.²⁶⁹

Neste sentido, Zagrebelsky acrescenta que:

Se o direito atual está composto de regras e princípios, cabe observar que as normas legislativas são predominantemente regras, enquanto que as normas constitucionais sobre direitos e sobre a justiça são predominantemente princípios (...). Por isso, distinguir os princípios das regras significa, em grande medida, distinguir a Constituição da lei.²⁷⁰

Os princípios, por outro lado, são mandados de otimização, e sua forma de aplicação é a ponderação, uma vez que a teoria dos princípios delineada por Alexy é uma teoria débil, ou seja, ele entende não ser possível a determinação de uma escala hierárquica dos princípios, sendo que, em cada caso, quando houver colisão entre princípios, deve-se buscar descobrir quais têm maior ou menor valor, sendo que a aplicação de algum deles em maior medida deve corresponder à aplicação de outro em menor escala. Todavia, para que a prioridade de um princípio sobre outro seja alterada, é necessário que quem queira modificar esta prioridade se encarregue de comprovar a correção de seu posicionamento.²⁷¹

Alexy pontua, ainda, que:

A solução da colisão – entre princípios – consiste melhor em que, tendo em conta as circunstancias do caso, estabelece-se entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, considerando-se o caso, indicam-se as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sob

²⁶⁹ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 162-166.

²⁷⁰ Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y justicia son prevalentemente principios (...). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos e justicia**, p. 110.

²⁷¹ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 167-171.

outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente.²⁷²

Desta forma, para que se resolva a questão da aplicação dos princípios de forma racional – pois o autor afirma que renunciar ao nível dos princípios seria equivalente a uma renúncia da racionalidade, considerando-se suas características de mandados de otimização, deve-se recorrer à argumentação jurídica, e é por este motivo que Alexy, orientado pelo conceito de razão prática, elabora seu modelo de sistema jurídico em três níveis – regras, princípios e procedimentos, como forma de argumentar em favor do constitucionalismo. Lembra-se, ainda, que o autor também utiliza, demonstrando sua preocupação especial com a realização do constitucionalismo através da aplicação das normas de direito fundamental, termos específicos como princípios de direito fundamental e argumentação de direito fundamental.²⁷³

Em que pese as críticas possíveis contra essa concepção elástica dos princípios, ela parece capaz de propiciar a originalmente pretendida impressão de coerência e unicidade do ordenamento jurídico, demonstrando uma funcionalidade patente, uma vez que os princípios constitucionais devem orientar a atividade estatal em todos os campos, “impedindo a prevalência de normas infraconstitucionais desprovidas de pertinência material com a principiologia constitucional, conjugando-se os instrumentos teórico práticos disponibilizados por Luigi Ferrajoli e Robert Alexy”²⁷⁴. É em razão dos argumentos apresentados que se entende que as teorias em estudo são complementares, já que a organização do sistema de normas da forma como Alexy o concebe, bem como sua teoria débil dos princípios, parecem

²⁷² Tradução feita pela mestrandia a partir da tradução utilizada: “La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias Del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.” ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 91.

²⁷³ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 172-173.

²⁷⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?**, p. 67.

servir como meio de estruturação da teoria do garantismo jurídico, em especial na valorização e aplicação dos direitos fundamentais como parâmetros de validade das leis hierarquicamente inferiores.

3.3.1 O procedimento pautado na razão

Quando Ferrajoli explica o uso do termo razão no título de sua principal obra, *Diritto e Ragione* (1989), ele apresenta três sentidos²⁷⁵ para a palavra, a razão no Direito, a razão do Direito, e a razão do direito penal.

No primeiro sentido, razão designa o tema da racionalidade das decisões, ou seja, do sistema de regras elaborado sobretudo pela tradição liberal e que fundamenta também sobre o conhecimento, antes que somente sobre a autoridade, os processos de imposição de sanções. Tal fundamento cognoscitivo, traço central do garantismo (penal), requer que a definição legislativa da conduta punível seja levada a cabo com referência a fatos empíricos exatamente indicados e não a valores, bem como que sua investigação jurisdicional ocorra através de asserções sujeitas à verificação da acusação e expostas ao contraditório, e não por meio de valorações que, como tais, não são nem verificáveis e nem refutáveis. Trata-se, portanto, de um sistema de minimização do poder e maximização do saber judicial. No segundo sentido, a palavra razão designa o tema da justiça penal, ou seja, da qualidade, da quantidade e da necessidade das penas e das proibições, considerando a separação entre Direito e moral, relacionando-se com a fundamentação externa ou política dos direitos, a qual está ligada aos valores, interesses e finalidades extrajudiciais. No terceiro sentido, o termo razão designa a validade ou coerência lógica interna de cada sistema positivo, entre seus princípios

²⁷⁵ Os três sentidos para o termo razão são apresentados por Ferrajoli ainda no prólogo da obra *Diritto e Ragione*, e por isso mesmo se referem mais diretamente ao garantismo penal, objeto principal do livro, mas isso não reduz sua validade para compreensão do tema num âmbito mais amplo, como o da teoria geral do garantismo, desenvolvida pelo autor na parte final da mesma obra.

normativos superiores e suas normas e práticas inferiores, e representa o fundamento interno ou jurídico da legitimidade da legislação e da jurisdição, válida para vincular normativamente a coerência com os seus princípios, tratando-se de um sistema constitucional de legalidade.²⁷⁶

Assim, o modelo garantista de legalidade passa por uma revisão teórica, baseada na reflexão destas três acepções do termo razão – as quais, por sua vez, contaminam as três acepções do termo garantismo, redefinindo suas bases epistemológicas, seus critérios de justificação ético-política e as técnicas normativas idôneas para lhe assegurar um satisfatório grau de efetividade.²⁷⁷

Nesta senda, atendendo à exigência de racionalidade, Alexy reafirma a necessidade de um procedimento que, como pressuposto do modelo de sistema jurídico em três níveis, assegure a racionalidade e que possa ser agregado aos níveis das regras e dos princípios com a finalidade de suprir as lacunas, e acredita que, tendo em vista a exposta racionalidade da pertença das regras e dos princípios ao ordenamento jurídico, o modelo de sistema jurídico em três níveis é o que assegura máxima razão prática ao Direito. A elaboração do referido procedimento, por sua vez, é objeto da teoria da argumentação jurídica. Tendo em vista, destarte, que em todos os casos complexos ou duvidosos se mostram imperiosas algumas valorações, as quais não podem ser obtidas necessariamente do material dotado de autoridade, e, portanto, precisam ser submetidas a um controle racional, é que o autor alemão acredita no discurso prático racional como uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental, já que o núcleo da teoria do discurso é um sistema de regras e princípios do discurso, cuja estrita observação assegura a racionalidade da argumentação e seus resultados.²⁷⁸

Desta feita, com a Constituição servindo de parâmetro formal e material para

²⁷⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 22.

²⁷⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 23.

²⁷⁸ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 174-175.

produção e interpretação de todas as normas infraconstitucionais, torna-se clara a importância e centralidade merecida pelas idéias (pelos ideais) garantistas, sendo que, neste mecanismo teórico do garantismo, a argumentação jurídica racional de Alexy pode atuar como facilitadora, pontualmente no que se refere à releitura feita por Ferrajoli do termo validade, o qual passa a ter como característica o cunho substancial, e na valorização do papel desempenhado pelo juiz dentro do sistema jurídico.

Antes que se de continuidade à exposição dos pontos de contato entre as teorias em tela, faz-se necessário um parêntese para que se apresente o principal motivo de afastamento teórico entre as duas teorias, a relação entre Direito e moral.

3.4 A moral como distanciamento teórico entre Ferrajoli e Alexy – uma reflexão necessária

Se há uma divergência essencial entre os dois teóricos pesquisados nesta dissertação, e que merece ser destacada, é a referente ao posicionamento tomado em relação à moral e sua ligação com o Direito, pois, enquanto Ferrajoli busca resolver as antinomias do Direito utilizando somente recursos internos a ele e se mantendo fiel ao entendimento positivista kelseniano da rigorosa separação entre Direito e moral, Alexy admite a importância da teoria dos valores enquanto meio de compreensão do sistema normativo subdividido em regras e princípios, uma vez que, invariavelmente, nas questões jurídicas complexas, certos princípios irão refletir alguma moral.

Como já foi exposto, para Ferrajoli a moral e o Direito devem ser vistos como conceitos separados, pois o garantismo, entendido como uma doutrina filosófico-política, baseia-se na rígida separação entre Direito e moral, validade e justiça, ou ainda, ponto de vista externo (ético-político) e ponto de vista interno (jurídico). A opção entre estes dois últimos

pontos de vista, o interno e o externo, significa a própria caracterização de uma teoria, pois se tratam de princípios de legitimação, jurídica ou moral, sendo que, para a teoria garantista, o Estado de Direito deve ser politicamente justificado por fins completamente externos a si mesmo, normalmente declarados de forma normativa nas constituições, mas, sempre satisfeitos de maneira irremediavelmente incompleta, em razão da não realização total dos fins e valores justificantes.

O Estado de Direito deveria, então, afastar-se de teorias contaminadas pela moral, que se concebem como fontes de legitimação do ser do Direito e que preterem o dever-ser político, primordialmente defendido pelo garantismo jurídico, pois, como os fins externos nunca são totalmente satisfeitos, forma-se uma aporia que, infelizmente, não é reconhecida pelos sistemas de governo, os quais deveriam autodenominar-se com honestidade como democracia imperfeita, socialismo imperfeito, ou ainda, liberalismo imperfeito, e, assim não agindo, acabam se reduzindo a ideologias de legitimação que trocam os valores ideais do Estado e do Direito pelos reais, o dever ser político pelo ser jurídico e pelo ser de fato dos poderes institucionalizados, ocasionando a perda do caráter instrumental do Estado de Direito e sua transformação em fim, ou seja, em poder auto-justificável.

Alexy, por outro lado, não enxerga os mesmos malefícios, apontados por Ferrajoli, na aproximação entre Direito e moral. Para o autor da teoria da argumentação jurídica, no Estado constitucional o sistema jurídico contém postulados morais fundamentais que assumem a forma de direitos fundamentais, mesmo que as liberdades garantidas mediante estes direitos impeçam que se possa ir muito longe na identificação do Direito com convicções morais não compartilhadas por todos, e cuja aceitação total não possa ser pretendida. Desta maneira, no entender de Alexy, o Estado constitucional democrático resolve a antiga relação de tensão entre Direito e moral, o que pode ser visualizado, inclusive, quando o autor conceitua Direito como sendo a junção de três elementos – a legalidade conforme o

ordenamento (institucionalidade do Direito), a eficácia social (facticidade do Direito) e a correção quanto ao conteúdo (moralidade do Direito) – demonstrando mais uma vez o quanto sua teoria está ligada à moral, em especial no que se refere a pretensão de correção da decisão jurídica, pois tal pretensão estabelece uma conexão necessária entre o Direito e a moral, já que faz parecer necessário que o Direito inclua uma pretensão de justiça.²⁷⁹

Em que pese a crença dos positivistas no fato de que, mesmo que todos os sistemas jurídicos minimamente desenvolvidos contenham normas com estruturas de princípios, não é consequência necessária a conexão entre Direito e moral, e que a incorporação de princípios fundamentais da moderna moral do Direito e do Estado tem sua base justamente no direito positivo, ainda assim, Alexy afirma, seguramente, que a presença necessária de princípios em um sistema jurídico conduz a uma conexão imperiosa entre Direito e moral, constituindo esta a sua ‘tese moral’.²⁸⁰

A tese moral tem como pressuposto uma proposição débil sobre a conexão necessária entre Direito e moral, segundo a qual existe uma relação forçosa entre o Direito e alguma moral, ao contrário do que seria defendido por uma versão forte, que diria existir uma ligação obrigatória entre o Direito e a moral correta. A validade da tese moral é justificada porque, entre os princípios que devem ser considerados em casos duvidosos, a fim de que seja satisfeita a pretensão de correção, sempre existem alguns que pertencem a alguma moral. Ressalta o autor, ainda, que tais princípios não precisam ser tão abstratos como os de liberdade ou do Estado de Direito, mas que freqüentemente podem ser relativamente concretos, como o da proteção do meio ambiente ou da discriminação racial, sendo apenas importante a percepção da existência de alguma moral, seja ela correta ou não. Não obstante a alegação de que é possível a influência da moral em uma decisão não contrariar frontalmente o positivismo jurídico, já que seus teóricos diriam que em casos complexos o juiz deve

²⁷⁹ Cf. ALEXY, Robert. Manuel Atienza entrevista a Robert Alexy, p. 9-10/34.

²⁸⁰ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 79.

utilizar recursos extrajurídicos, como ocorre na decisão apoiada em princípios morais, o ponto crucial desta questão é a condição dos princípios, de acordo com a tese da incorporação necessária, de elementos constitutivos do sistema jurídicos, além de alguns deles imperiosamente pertencerem a alguma moral, conforme a tese moral. Assim, para Alexy, considerando que princípios de conteúdo moral se incorporam ao Direito, pode-se dizer que o juiz decide sobre a base da razão moral, quando a referência é o conteúdo, bem como sobre a base das razões jurídicas, relativamente ao ponto de vista formal.²⁸¹

3.5 O discurso jurídico racional como meio de aplicação da lei válida

Um importantíssimo ponto de contato entre as duas teorias em estudo é a concepção que ambas fazem do termo validade, no que se refere à validade das normas, em especial das normas infraconstitucionais.

Como já foi ressaltado no decorrer deste trabalho, a teoria geral do garantismo jurídico tem como uma de suas principais realizações teóricas a (re)definição da validade jurídica, expressão que anteriormente era confundida com vigência, sendo utilizada apenas para designar se uma norma existia formalmente no mundo jurídico ou não. Num Estado constitucional substancialmente de Direito, contudo, este conceito é insuficiente para concretização da Constituição, a qual precisa ter seus preceitos, principalmente os direitos fundamentais, integralmente tutelados e opostos a qualquer tentativa de ação pautada unicamente no poder ou na autoridade. No Estado constitucional garantista, que tem caráter social, vigora a regra segundo a qual nem sobre tudo se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria, valorizando-se os direitos fundamentais, individuais e coletivos, dos cidadãos, e,

²⁸¹ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 79-80.

portanto, saber definir se uma norma é válida ou não, se deve ser aplicada ou não, torna-se primordial neste tipo de ordenamento.

Outrossim, Cademartori esclarece que o termo validade deve ser diferenciado dos termos justiça, eficácia e vigência, sendo que a norma é considerada válida quando seu conteúdo não contradiz nenhuma outra norma hierarquicamente superior.²⁸² Desta forma, é função do juiz aplicar e do jurista interpretar a norma conforme os critérios garantistas de validade, a fim de que se possa exercer um Direito legítimo.

Interessante notar que, em que pese sua negativa em aceitar a ligação entre Direito e moral, Ferrajoli admite que, no modelo de Estado sobre o qual desenvolve sua teoria, ao realizar um juízo de validade de alguma norma o magistrado estará exercendo uma ação crítica e valorativa, uma vez que os parâmetros de validade inseridos na Constituição são valores carentes de uma definição precisa, como igualdade, liberdade, dignidade, entre outros.²⁸³

Também Alexy demonstrou preocupação com a extensão do significado da validade do Direito, sendo que desenvolveu seu estudo acerca deste assunto específico em três etapas, sendo que cada um dos conceitos de validade corresponde a um elemento do conceito de Direito: à eficácia social corresponde o conceito sociológico; à correção material corresponde o ético; e à legalidade conforme ao ordenamento corresponde o jurídico. Tais conceitos são desenvolvidos em dois planos, o do sistema jurídico como um todo e o das normas isoladas.²⁸⁴

No primeiro caso, do conceito sociológico de validade, afere-se que uma norma é socialmente válida se é obedecida ou se é aplicada uma sanção no caso de desobediência, sanção esta entendida como o exercício da coação física, ou seja, da coação estatal organizada

²⁸² Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista, p. 79/80.

²⁸³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, p. 876.

²⁸⁴ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 87.

nos sistemas jurídicos desenvolvidos. Como a obediência a uma norma pode ser total, parcial ou nula, tem-se que a eficácia social, ou validade social de uma norma pode ser medida em graus, devendo ser esclarecido que o autor define validade social preocupando-se com uma maior amplitude da norma, melhor dizendo, com o ordenamento jurídico como um todo. Em tempo, a validade social é um assunto que deve ocupar o âmbito da sociologia jurídica. Na segunda acepção de validade, a ética, o objeto é a validade moral, segundo a qual uma norma vale moralmente quando está moralmente justificada. Este conceito é relativo à teoria do direito racional, sendo que nesta situação a validade da norma se baseia exclusivamente na sua correção, a qual deve ser demonstrada através de uma justificação moral.²⁸⁵

No terceiro ponto de vista, do conceito jurídico de validade, quando se pensa no sistema jurídico como um todo, há uma dependência relativa a elementos do dois outros conceitos, já que não se pode falar em validade jurídica de um sistema que não tenha nenhuma validade social. Por outro lado, se um conceito de validade jurídica, que necessariamente tem que estar ligado a um sistema jurídico com alguma validade social, fica limitado a esta relação, sem incluir elementos da validade moral, trata-se de um conceito positivista, mas se são verificáveis também elementos da validade moral no conceito de validade jurídica, está-se tratando de um conceito não positivista – no sentido puro do termo. Todavia, é possível e necessária a formulação de um conceito estrito de validade jurídica, o qual poderá ser oposto aos conceitos de validade social e moral para que se obtenha um conceito jurídico amplo de validade. A validade jurídica em sentido estrito é verificável, portanto, quando uma norma é ditada pelo órgão competente, de acordo com o procedimento previsto e não causa lesão a um Direito de nível superior, ou seja, quando é ditada conforme ao ordenamento.²⁸⁶

Ao definir validade jurídica em sentido estrito, Alexy disserta sobre as dificuldades

²⁸⁵ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 87-88.

²⁸⁶ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 89.

que envolvem o conceito quando se está pensando na validade do ordenamento jurídico como um todo, caso em que se tem que ponderar a respeito das teorias da norma fundamental. Todavia, o autor pensa também neste conceito direcionado para normas isoladas, inseridas num ordenamento válido, e é aqui que a definição interessa a esta dissertação. Assim sendo, uma norma isolada não perde sua validade jurídica por não ser freqüentemente eficaz, sendo que a eficácia social da norma não é condição para sua validade jurídica. No que concerne ao enfrentamento da validade jurídica com a validade moral, mantendo-se fiel a sua posição de defensor da relação entre Direito e moral, já que o sistema jurídico é baseado em princípios que, via de regra, refletem alguma moral, Alexy diz que uma norma perde sua validade jurídica quando é extremamente injusta.²⁸⁷

Diante de todos os elementos da teoria de Alexy, e como o mesmo fala na justiça como uma condição para validade moral, parece possível que se considere injusta aquela norma que não corresponde aos parâmetros morais introduzidos na Constituição através dos princípios e dos direitos fundamentais e, em sendo desta forma, abstraindo-se o termo 'moral' desta relação, é possível concluir que Ferrajoli e Alexy têm concepções de validade da norma muito semelhantes. Deve ser destacado que, para Alexy, o conceito de validade moral é mais um dos elementos do conceito de validade jurídica, elemento este que faz a discussão sair do âmbito do positivismo clássico, mas sem abandonar a idéia de sistema jurídico ordenadamente hierarquizado. Já na visão de Ferrajoli, a existência de um conteúdo da norma a ser priorizado na aferição de validade também é um recurso que o afasta do positivismo puramente formal, mesmo que ele não denomine este conteúdo como sendo moral, e transforma o garantismo em uma teoria pós-positivista. Todavia, no que concerne ao momento da aplicação da lei por parte do juiz, o autor italiano admite que este realiza um exercício de valoração interna da norma. Portanto, em que pese a diferença de posicionamento entre os dois autores quanto a

²⁸⁷ Cf. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**, p. 91.

aceitação ou não da relação necessária entre moral e Direito, esta não deve ser uma arma utilizada para minar essa aproximação, já que se trata de uma questão cognoscitiva, importante, mas que não influencia diretamente no aproveitamento do procedimento argumentativo racional como mecanismo de aplicação da teoria do garantismo, uma vez que tanto Ferrajoli como Alexy reconhecem a existência de princípios e direitos fundamentais no ordenamento, os quais trazem alguma valoração como parte integrante e essencial do sistema jurídico, seja na sua definição – como acredita Alexy – ou na sua aplicação judicial – como crê Ferrajoli.

De qualquer maneira, quando formula sua teoria da argumentação, Alexy confere absoluta importância aos critérios de validade de um ordenamento jurídico, em especial se estes forem limitados constitucionalmente por normas de direito fundamental, o que permite o encaixe de sua teoria com o garantismo jurídico, como será visto no último ponto deste capítulo.

Antes de se pensar especificamente sobre a aferição da validade das normas, segundo os preceitos garantistas, com o auxílio do procedimento argumentativo racional, faz-se mister lembrar a importância da figura do juiz neste processo, o qual assume a responsabilidade de agente principal no controle da validade das normas.

3.5.1 A imperiosa valorização do juiz

Os conceitos da teoria geral do garantismo, ricos em substancialidade, reforçam o papel da jurisdição e resultam numa nova legitimação democrática do poder judiciário e de sua independência. A incorporação dos direitos fundamentais por parte das constituições reflete na relação entre o juiz e a lei, destinando à jurisdição a função de garantia do cidadão

frente às violações à legalidade, em qualquer nível, por parte dos poderes públicos.²⁸⁸

Uma das grandes conseqüências de um Estado constitucionalista, no qual o ordenamento é composto por regras e princípios, é o fortalecimento da posição de todos os juizes, e não somente dos juízes dos Tribunais Constitucionais. Enquanto as regras formam o único objeto com o qual os juízes precisam se ocupar, seu trabalho parece ficar reduzido a movimentos mecânicos para efetivação da subsunção silogística, ou seja, tomar a premissa maior, que é o suposto previsto na norma, aplicá-la à premissa menor, que é o fato ou a conduta ajuizada, e obter a conclusão, que é a conseqüência jurídica aplicável. Todavia, nem quando se trabalha apenas com regras a situação é tão simples, surgindo rotineiramente questões complexas que tornam insustentável a imagem do juiz estritamente passivo e mecanicista, quanto mais quando se tem que aplicar normas constitucionais de caráter substantivo, como são os princípios.²⁸⁹

A atuação jurisdicional mostra-se ainda mais complexa, pois freqüentemente uma mesma situação pode ser enquadrada em preceitos constitucionais de sentido contrário, como ocorre rotineiramente entre os direitos fundamentais à honra e à liberdade de expressão, por exemplo, entre os quais não existe uma delimitação precisa. Nesses momentos, cabe ao juiz, utilizando o recurso da ponderação, determinar quem deve triunfar no caso concreto. Prieto Sanchís alerta para o descabimento da preocupação demonstrada por alguns, de que os princípios se convertam a uma porta aberta ao ativismo judicial, pois o exercício da ponderação não tem caráter discricionário, apesar de, sem dúvida, conferir ao juiz maior liberdade em relação ao que acontece na aplicação tradicional das regras.²⁹⁰

Sobre a posição do juiz frente ao Direito, Zagrebelsky conclui que:

Hoje, certamente, os juízes têm uma grande responsabilidade na vida do Direito, desconhecida nos ordenamentos do Estado de Direito legislativo.

²⁸⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil, p. 26.

²⁸⁹ Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, principios, derechos**, p. 62.

²⁹⁰ Cf. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, principios, derechos**, p. 63.

Mas, os juízes não são senhores do Direito, no mesmo sentido em que era o legislador no século passado. São, mais exatamente, os garantidores da complexidade estrutural do Direito no Estado constitucional, ou seja, os garantidores da necessária e maleável coexistência entre lei, direitos e justiça. E mais, poderíamos afirmar como conclusão que entre Estado constitucional e qualquer ‘senhor do Direito’ existe uma radical incompatibilidade. O Direito não é um objeto propriedade de um, senão que deve ser objeto de cuidado de todos.²⁹¹

Com efeito, no dizer de Ferrajoli, a sujeição do juiz à lei já não obedece aos padrões do antigo paradigma positivista, segundo o qual o juiz sujeitava-se à letra da lei, qualquer que fosse seu significado, trata-se sim de sujeição à lei válida, uma vez que coerente com a Constituição. Deste modo, a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a própria lei, correspondendo à tarefa do juiz de eleger os significados compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos. O juiz tem o dever de questionar a validade constitucional da norma, sujeitando-se à Constituição, a qual lhe impõe a obrigação de criticar as leis inválidas através de sua (re)interpretação em sentido constitucional ou da denúncia de sua inconstitucionalidade.²⁹²

A garantia dos direitos fundamentais, tendo em vista que estes são de cada um e de todos, exige um juiz imparcial e independente, sem vínculos políticos e com liberdade para censurar os atos através dos quais as maiorias exercem os poderes. Assim, a atuação do judiciário é legitimada pela função de garantidor dos direitos fundamentais, justamente em razão da tangibilidade dos mesmos, sendo que, como consequência, viabiliza-se a maior realização da democracia substancial.²⁹³

É importante relembrar o alerta de Ferrajoli para o fato de que, num sistema jurídico

²⁹¹ Tradução feita pela mestrand a partir da tradução utilizada: “Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier ‘señor del derecho’ hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos e justicia**, p. 153.

²⁹² Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil, p. 26.

²⁹³ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil, p. 27.

garantista, guiado pelo conceito de validade material das normas, os parâmetros de validade incluídos na Constituição de um Estado de Direito consistem efetivamente em valores, ou em termos carentes de denotação, bem como a verdade jurídica dos juízos de validade das leis nem sempre é dotada de certeza. Sendo assim, cabe ao juiz, quando chamado a decidir, adotar uma postura crítica e valorativa das leis vigentes, a fim de caracterizá-las como válidas ou não.

Por tais motivos, entende Prieto Sanchís que se faz necessária e urgente a afinação dos instrumentos de justificação das decisões, já que a doutrina da interpretação forma um novo núcleo do ordenamento jurídico, e que o centro de gravidade do Direito sofre deslocamentos: “das disposições normativas à interpretação; da autoridade do legislador às exigências de justificação racional do juiz”²⁹⁴. Desta forma, a justificação racional representa uma condição de legitimidade das decisões.

3.5.2 O garantismo jurídico e os procedimentos de justificação

Como consequência da concepção de validade material da norma, e da correspondente valorização da figura do juiz, a quem cabe realizar a aferição da mesma, entende-se que, neste caso, configura-se a utilidade do procedimento argumentativo racional como forma de justificação das decisões judiciais.

Já foi visto, no decorrer do segundo capítulo, que o discurso prático geral racional apresenta limitações, e, através das regras de transição, passa-se ao discurso jurídico, que tem como base aquele, mas apresenta uma maior possibilidade de certeza e correção dos resultados por estar diretamente relacionado às normas do ordenamento jurídico vigente, as quais exercem uma função dupla ao terem em vista permitir soluções em casos onde não há

²⁹⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, principios, derechos**, p. 65.

acordos discursivos, e garantir os pressupostos que tornam os discursos possíveis. Outra característica importante dos enunciados jurídicos a ser lembrada é que, ao serem dotados de pretensão de correção, não devem ser apenas racionais, mas também racionalmente fundamentados no contexto de um ordenamento jurídico vigente. Note-se, mais uma vez, que Ferrajoli, ao conceber o garantismo como uma teoria que possibilita a crítica interna do Direito, através da verificação da validade material das normas, também deseja localizar, no interior do ordenamento, a justificação racional das normas e das decisões jurídicas.

Nesse sentido, para viabilizar o procedimento de argumentação jurídica racional, Alexy distingue dois aspectos na justificação das decisões judiciais, a justificação interna e a justificação externa, as quais são representadas por um número de regras que a argumentação tem que seguir, e por um número de formas que a argumentação tem que assumir. Somente quando uma argumentação está de acordo com tais regras e formas é que o resultado alcançado pode ser chamado de correto. Desta forma, as regras e formas do discurso jurídico constituem um critério para correção das decisões jurídicas.²⁹⁵

No que aduz à justificação interna, conforme relatado anteriormente, esta se destina a formar uma ligação entre a norma e a descrição do fato, esclarecendo quais premissas terão de ser externamente justificadas. Após o detalhamento das premissas a serem utilizadas, que acontece na justificação interna, o juízo de racionalidade da decisão dar-se-á no âmbito da justificação externa.

Cabe à justificação externa justificar as premissas utilizadas na justificação interna, as quais podem ser enunciados empíricos, regras de direito positivo e premissas que não são nem regras de direito positivo e nem enunciados empíricos. A fundamentação dos enunciados empíricos dá-se por meio dos métodos das ciências empíricas, pela presunção racional ou pelas regras de ônus da prova no processo. A fundamentação de uma regra de

²⁹⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 217.

direito positivo é feita através da demonstração de sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Por fim, para a fundamentação das premissas que não são nem regras de direito positivo e nem enunciados empíricos, é aplicada a argumentação jurídica.²⁹⁶

Alexy faz uma relação conforme a qual, na fundamentação de uma norma segundo os critérios de validade de um ordenamento jurídico pode ser necessário interpretar as normas que definem os critério de validade, o que ganha especial importância se, entre os critérios de validade encontram-se limites constitucionais, como é o caso de um rol de direitos fundamentais. Assim, a argumentação jurídica pode ser de importância decisiva não só na interpretação de uma norma válida, mas também no estabelecimento da validade desta norma.²⁹⁷ Conclui-se, desta relação, que num Estado constitucional de configuração garantista, no qual o critério de validade das normas dá-se por meio de limites constitucionais na forma de direitos fundamentais, a argumentação jurídica exerce papel essencial.

Diante das modalidades de premissa, como exposto, é feita uma redução da justificação externa às premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva, as quais têm como forma de fundamentação a argumentação jurídica. Entre estas premissas estão aquelas que, como referido acima, servem para o estabelecimento da validade das normas, como é o caso dos princípios. As premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva subdividem-se em: argumentação empírica; precedentes; dogmática jurídica; interpretação; formas especiais de argumentos jurídicos; e argumentos práticos gerais.

Os argumentos práticos gerais servem de base aos argumentos jurídicos como um todo, sendo que, na argumentação, sempre se pode recorrer a eles em última instância. A argumentação empírica, em que pese ser relevante, é muito complexa e ampla, por se referir a

²⁹⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 226.

²⁹⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 227.

outros campos de conhecimento, o que exige a aplicação de método interdisciplinar para fazer parte da argumentação jurídica, sendo que não são elaboradas formas específicas por Alexy.²⁹⁸

A primeira das formas de justificação externa é a interpretação, a qual é representada por cânones diversos, que são hierarquizados de diferentes formas por diferentes teorias. Alexy os considera formas de argumentos que caracterizam a estrutura do ordenamento jurídico, e que estão subdivididos em argumentos: históricos; comparativos; sistemáticos; semânticos; genéticos; e teleológicos. Na interpretação de uma norma, os resultados alcançados variam de acordo com o cânone utilizado, o que fragiliza este tipo de justificação, motivo pelo qual existe a exigência que certo argumento só será completo se contiver todas as premissas pertencentes a esta forma, assim acontece a satisfação do requisito de saturação, previsto na regra J.6 que diz: “Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones de interpretação”.²⁹⁹

A justificação externa através do uso de precedentes obedece ao princípio da universalidade, pois a exigência de se tratar igualmente aos iguais faz parte da concepção de justiça, sendo que é admissível que uma decisão se afaste de um precedente, desde que se cumpra a exigência de argumentação.³⁰⁰

Como formas especiais de argumentos jurídicos, ainda, encontram-se o argumento a contrário (J.15), a analogia (J.16) e a redução ao absurdo (J.17), conforme no segundo capítulo. Estas formas de justificação externa, como acontece com os cânones de interpretação, somente são racionais quanto saturadas, sendo que os enunciados inseridos para saturação precisam ser fundamentados dentro do discurso jurídico.³⁰¹

A interpretação, o uso dos precedentes e das formas especiais de argumentos

²⁹⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 229.

²⁹⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 240.

³⁰⁰ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 178.

³⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 270.

jurídicos, contudo, são formas de justificação externa que não guardam relação especial com os critérios de uma teoria garantista, sendo que podem ser aplicadas a decisões deste tipo, mas não a caracterizam da forma como se pretende demonstrar neste trabalho, para tanto recorre-se à argumentação dogmática. Em tempo, relembra-se que, em que pese os precedentes estarem muito próximos dos enunciados dogmáticos, a dogmática tem seus enunciados elaborados de forma sistemático-conceitual pela Ciência do Direito, consistindo em propostas de soluções alternativas para casos abstratos, enquanto que as decisões judiciais que criam precedentes, pelo contrário, não apenas comunicam propostas, mas também servem para execução de atos.³⁰²

Desta feita, a forma de justificação externa que atende diretamente ao estabelecimento da validade das normas, consoante os critérios da teoria garantista, é a dogmática jurídica, o que pode ser confirmado pela definição do termo, apresentada por Alexy:

(1) uma série de enunciados que (2) se referem à legislação e à aplicação do direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, (3) estão entre si numa relação de coerência mútua, (4) formam-se e discutem dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e (5) têm conteúdo normativo.³⁰³

Segundo uma classificação de caráter provisório, formulada por Alexy para explicar o papel dos argumentos dogmáticos no discurso jurídico, são considerados enunciados da dogmática jurídica:³⁰⁴

1) As definições dos conceitos jurídicos genuínos, cujo conteúdo é normativo e depende da relação com as normas jurídicas para ter valor, como é o caso dos conceitos de contrato, do ato administrativo e da legítima defesa, sendo que, por isso, referem-se a fatos institucionais, ou seja, que só existem se houver uma regra correspondente;

³⁰² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 266.

³⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 249.

³⁰⁴ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 250-252.

2) As definições de outros conceitos presentes nas normas jurídicas e empregados em suas interpretações (regras de uso das palavras, como as teorias da culpa ou do dolo), quando tais definições forem estabelecidas, aceitas ou discutidas em uma Ciência do Direito que funcione institucionalmente;

3) Os enunciados que expressam uma norma não extraída da lei, quando aceitos ou discutidos no âmbito da Ciência do Direito, configurando uma relação de dependência com as convicções existentes entre os cientistas do Direito. Como critérios não definitivos, cita-se: que o enunciado em questão não pode contradizer as normas vigentes; que possam ser apresentados, a favor deste enunciado, argumentos que possam apoiar-se em outras normas ou em enunciados já reconhecidos como dogmáticos; e que o enunciado de referência seja formulado na linguagem técnico-jurídica.

4) As descrições e caracterizações de estados de coisas, quando sua produção, eliminação ou conservação sirva a normas individuais ou grupos de normas, ou para determinação de relações de prioridade entre tais estados de coisas; e

5) As formulações de princípios, os quais são enunciados normativos bastante genéricos que, via de regra, precisam de premissas normativas adicionais e são limitados por outros princípios. Enquanto enunciados normativos, os princípios podem ser introduzidos na discussão como descrições de estados de coisas em que têm vigência.

No uso dos enunciados dogmáticos podem acontecer duas situações. Na primeira, chamada fundamentação dogmática pura, eles se seguem de outros enunciados dogmáticos, que podem ser apenas enunciados empíricos ou com a adição de normas jurídico-positivas. Na segunda situação, denominada de fundamentação dogmática impura, são necessárias premissas normativas adicionais, os argumentos práticos de tipo geral. Ainda, o enunciado dogmático pode ter um uso não-justificativo, que ocorre quando ele não é posto em dúvida, por constituir uma opinião dogmática, sendo utilizado sem ser, ele próprio, fundamentado.

Esta posição se justifica pelo corolário já comentado que ninguém pode fundamentar tudo simultaneamente e, portanto, torna o uso não-justificado, inclusive, obrigatório. Ter-se-á um uso justificativo do enunciado dogmático quando este for utilizado em uma fundamentação e justificado com outros argumentos.³⁰⁵

O que caracteriza os enunciados dogmáticos é o fato de poderem ser comprovados sistematicamente. Na comprovação sistemática em sentido estrito questiona-se se o enunciado é compatível com os enunciados dogmáticos já existentes e às normas jurídicas vigentes, na comprovação sistemática em sentido amplo, se as decisões a serem fundamentadas com o uso de enunciados dogmáticos são compatíveis com as normas jurídicas segundo pontos de vista práticos de tipo geral.³⁰⁶ Deve-se ressaltar que os enunciados dogmáticos, em último caso, devem ser fundamentados por enunciados práticos do tipo geral, que constitui sua base, mas a argumentação dogmática não pode se reduzir à argumentação prática de tipo geral.

Diante do exposto, são estas as regras da argumentação dogmática:

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

J.11) 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.³⁰⁷

A dogmática jurídica ainda cumpre uma série de funções que justificam sua importância na argumentação jurídica, quais sejam:³⁰⁸

1) Função de estabilização, porque, com a ajuda de enunciados dogmáticos, certas soluções de questões práticas se fixam e se fazem reproduzíveis, o que é possível porque a dogmática opera institucionalmente. Desta forma, a dogmatização do Direito é uma exigência que deriva de princípios práticos gerais, em especial do princípio da universalidade. Isso não

³⁰⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 253.

³⁰⁶ Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**, p 177.

³⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 257/264.

³⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 257-262.

significa que cada enunciado dogmático que tenha sido aceito uma vez deva ser mantido por tempo ilimitado, mas sim que não pode ser abandonado sem justificativa, sendo que as razões em prol da nova solução devem ser tão boas que justifiquem o rompimento com a tradição, além do que, quem propõe a nova solução deve suportar a carga da argumentação;

2) Função de progresso, por ampliar o campo das discussões jurídicas. Esta possibilidade é um argumento forte a favor do caráter científico da dogmática jurídica;

3) Função de descarga, que se deve à possibilidade de adotar, nas fundamentações dogmáticas, enunciados já comprovados e aceitos pelo menos de maneira provisória, uma vez que não é necessária uma nova comprovação sem uma razão especial; O valor da função de descarga é limitado, dependendo do grau de otimização de uma série de variáveis, como a simplicidade e precisão dos enunciados dogmáticos, bem como da extensão de um consenso suficiente sobre esses enunciados.

4) Função técnica, pois a dogmática desenvolve uma função de informação, promovendo o ensino e a aprendizagem da matéria jurídica, através da transmissão sistematizada do conhecimento;

5) Função de controle, por envolver a eficácia dos princípios da universalidade e da justiça. Segundo já foi mencionado, existem dois tipos de controle de consistência, a comprovação sistemática em sentido estrito ou em sentido amplo. Conforme a primeira forma, pode-se comprovar a compatibilidade lógica dos enunciados entre si, e, de acordo com a segunda forma, é possível a comprovação da compatibilidade prática-geral das decisões a serem fundamentadas por diferentes enunciados dogmáticos. Ainda, como a dogmática permite a decisão de casos relacionados com uma série de outros casos, já decididos e por decidir, o grau de eficácia do princípio de universalidade é aumentado, servindo aos fins da justiça; e

6) Função heurística, uma vez que contém modelos de solução, distinções e pontos

de vista que não surgiriam se fosse sempre necessário partir do início, o que possibilita a sugestão de novas perguntas e respostas. Isso se deve à sistematização da reflexão, bem como ao fato de o estado de compreensão já alcançado nos problemas singulares ser sintetizado, possibilitando a generalização da fecundidade das discussões e o conseqüente início de novos conhecimentos.

Na medida em que cumprem suas funções e que remontam aos argumentos práticos de tipo geral, os argumentos dogmáticos são racionais. Todavia, volta-se a ressaltar que, quando a dogmática não é usada como mecanismo para determinação do Direito nos campos da razão prática e da moral, e passa a ser utilizada para encobrir o verdadeiro motivo ou o verdadeiro objetivo da decisão, deixa de ter este caráter racional, pois, neste caso, trata-se de fundamentação aparente.³⁰⁹

³⁰⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, p. 263.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Lá bem no alto do décimo segundo andar do Ano
 Vive uma louca chamada Esperança
 E ela pensa que quando todas as sirenas
 Todas as buzinas
 Todos os reco-recos tocarem
 Atira-se
 E
 — ó delicioso vôo!
 Ela será encontrada miraculosamente incólume na calçada,
 Outra vez criança...
 E em torno dela indagará o povo:
 — Como é teu nome, meninazinha de olhos verdes?
 E ela lhes dirá
 (É preciso dizer-lhes tudo de novo!)
 Ela lhes dirá bem devagarinho, para que não esqueçam:
 — O meu nome é ES-PE-RAN-ÇA...
 Esperança (Mário Quintana)*

Esse trabalho teve o intento de realizar uma aproximação teórica entre o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, a fim de perceber de que forma os mecanismos teóricos daquele e práticos deste podem ser integrados para, conjugados, viabilizar a aplicação dos princípios constitucionais e a garantia dos direitos fundamentais.

Como visto, a teoria geral do garantismo jurídico faz a leitura de um modelo de Estado de Direito no qual, não apenas as formas de produção do Direito contemporâneo são programadas, mas também seus conteúdos substanciais, os quais são, mediante garantias, vinculados normativamente aos princípios previstos pelas constituições.

Como modelo normativo de Direito, o garantismo é o principal traço funcional do Estado de Direito constitucional, de Constituição rígida, a qual traz limites formais e substanciais ao exercício dos poderes. Como uma teoria crítica do Direito, o garantismo redefine o conceito de validade jurídica, conferindo-lhe substancialidade, ou seja, a lei será válida se puder ser submetida ao parâmetro de materialidade das normas superiores,

especialmente das normas constitucionais e, aceito isto, cabe ao juiz aplicar e ao jurista interpretar a norma conforme os critérios garantistas de validade, pois é assim que se faz possível a manipulação de um Direito legítimo, com a superação da limitação do intérprete à letra da lei. Nesta senda, Ferrajoli defende, também, a possibilidade de desobediência civil às leis materialmente inválidas. Por fim, como filosofia política, o garantismo permite a crítica e a deslegitimação externa das instituições jurídicas positivas, referindo-se a doutrinas políticas heteropoiéticas, uma vez que a teoria garantista tem como pressuposto geral ser pessimista em relação ao poder, considerando-o um mal, pois, por se tratar de uma atribuição carente de limitações, expõe qualquer um que o detenha a acabar por exercer o despotismo.

Desta forma, um Estado garantista ideal nada mais é do que um Estado de Direito constitucional substancialmente democrático, ou seja, dotado de garantias efetivas e baseado no princípio da maioria como fonte de legitimidade. Tal modelo de Estado tem como características a constitucionalização de direitos naturais, presentes nas diversas declarações de direitos e garantias, cujo exercício e posse por parte do cidadão devem ser assegurados a fim de se evitar o abuso de poder por parte dos governantes. Trata-se dos direitos fundamentais, que passam a constituir a base das democracias modernas.

Para Ferrajoli, são os direitos fundamentais que proporcionam a mensuração da concretização da Constituição, na medida em que são atendido ou não, e estabelecem quais matérias são afeitas ao poder legislativo e o que o poder judiciário deve garantir, mediante o controle de constitucionalidade material das normas.

Buscando uma teoria da argumentação que fortaleça os preceitos do garantismo jurídico e favoreça sua aplicação prática, estudou-se a teoria desenvolvida por Alexy, justamente por se tratar de uma teoria racional, com base na argumentação prática geral, também racional, uma vez que conta com regras e formas de discurso racionalmente formuladas e aplicadas a questões práticas ou jurídicas, tornando viável encontrar respostas

possíveis e que atendam a pretensão de correção em cada caso concreto.

Apresentando sua teoria do discurso prático racional, Alexy chega às regras de transição, as quais auxiliam quando aparecem problemas que não são solucionáveis com a argumentação prática, devido aos seus limites, sendo necessário que se recorra a outro tipo de discurso, é quando se dá a passagem do discurso prático para o discurso jurídico. O respeito às regras do discurso conduz a um resultado racional, principalmente quando se trata de um enunciado jurídico, que deve ser racionalmente fundamentado dentro do próprio ordenamento jurídico, o que lhe atribuí maior certeza e correção, já que está vinculado ao direito vigente.

O procedimento argumentativo de Alexy recorre a dois expedientes, a justificação interna e a justificação externa. À primeira forma de justificação cabe realizar a conexão entre a descrição do fato e a norma, expondo detalhadamente quais premissas terão que ser fundamentadas no processo de justificação externa, sendo que neste último ocorrem os juízos de racionalidade das decisões. Todavia, mesmo o discurso jurídico apresenta limitações, uma vez que tem como base a argumentação prática geral, e por isso mantém uma margem de incerteza irreduzível, o que não impede que, em cada situação jurídica, empreenda-se procura por uma solução correta, lembrando-se que, para Alexy, não há sempre apenas uma única resposta correta, ou discursivamente possível, o que não desqualifica sua teoria.

Alexy entende, ainda, que uma teoria da argumentação jurídica somente tem valor prático inserida em uma teoria geral do Estado e do Direito, a qual tenha capacidade para reunir dois modelos de sistema jurídico. O primeiro, sistema de procedimentos, representa o lado ativo e é composto pelo discurso prático geral, pela criação estatal do Direito, pelo discurso jurídico e pelo processo judicial. O segundo, sistema de normas, é o lado passivo e deve mostrar que o Direito não é composto apenas por normas, mas também por princípios. Diante disso, o autor desenvolve sua teoria dos princípios, conforme a qual tanto as regras como os princípios são normas, e sua diferenciação é essencial para determinar a forma

diferenciada de aplicação dos princípios, os quais devem ser aplicados seguindo a forma da ponderação, já que são mandados de otimização, ou seja, sua aplicação precisa se dar na maior medida possível.

Enfim, observando-se as duas teorias que foram objeto desta dissertação, é possível visualizar algumas semelhanças fundamentais. A primeira delas é o caráter que ambas assumem de teorias do constitucionalismo, voltadas para o Estado em que parece decisiva a substancialização ou rematerialização das constituições, as quais refletem uma unidade material e já não têm por objeto somente a distribuição formal dos poderes, mas estão dotadas de conteúdo material condicionante da validade das leis.

Outra semelhança que merece ser destacada, diretamente ligada à anterior, é a valorização dos direitos fundamentais, que em Alexy se dá por meio da teoria dos princípios. Ferrajoli, por sua vez, desenvolve uma teoria ocupada com a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos através do cumprimento das garantias constitucionalmente previstas em benefício destes direitos, sendo que os mesmos formam o centro do Direito com um sistema de garantias. Além disso, os autores em questão acreditam no emprego da racionalidade no sistema jurídico e na valorização da figura do juiz como aplicador da norma. É a relação entre Direito e moral que causa algum distanciamento entre as duas teorias, uma vez que Alexy aceita a existência desta relação, já que os princípios sempre estarão representando alguma moral, já Alexy não pensa da mesma forma, mantendo-se fiel ao positivismo jurídico no que diz respeito à rígida separação entre Direito e moral.

Por fim, ao garantismo jurídico é cabível o procedimento de argumentação dogmática desenvolvido por Alexy. No que se refere aos enunciados dogmáticos, como é o caso dos princípios, Alexy desenvolveu um procedimento de aplicação fundamentada em uma comprovação sistemática, a qual atende aos ditames de validade substancial essenciais para a teoria do garantismo jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Tradución de Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. 208 p.

_____. Manuel Atienza entrevista a Robert Alexy. Trad. Manuel Atienza. **Revista Doxa**, n. 24, Cuadernos de filosofía del derecho. Edição eletrônica: Espagrafic. 40 p.

_____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **Revista Doxa**, n. 5, 1998, p. 139-151.

_____. **Teoria da argumentação jurídica** – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica: Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005. 334 p.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradución de Ernesto Galzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Contitucionais, 1993. 605p.

ARENDET, Hannah. **Origens do totalitarismo** – anti-semitismo / imperialismo / totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 1989. 562p.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito** – teorias da argumentação jurídica. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003. 238p.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 34ª ed. São Paulo: Globo, 1995. 397 p.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Método e hermenêutica material no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 149 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 15ª tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. Compilação Nello Morra. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

_____. **Teoria da norma jurídica.** Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2001. 192 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 6ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. 680 p.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade:** uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CARVALHO, Amilton Bueno de; e CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo.** 3ª ed. amp. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 177 p.

CÓDIGO de Processo Civil Brasileiro – 1973. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 1170 p.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil - 1988. São Paulo: Edições Vértice, 2005. 376 p.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Proclamada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de Dezembro de 1948. <http://afilosofia.no.sapo.pt/cidadania1.htm>

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.** Madrid: Trotta, 1995. 1019 p.

_____. **Derechos y garantías** – La ley del más débil. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2001. 180 p.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001. 391 p.

_____. O Direito como sistema de garantias. In OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). **O novo em Direito e Política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 200 p.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980. 111 p.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** 2ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 348 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. 5ª tirag. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 427 p.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003. 176 p.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é o Direito**. 12ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1991. 93 p.

MAIA, Alexandre da. **Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico)**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 120 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 342 p.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. 208 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – parte geral**. Vol. 1. 39 ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. 362 p.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 259 p.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002. 165 p.

_____. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003. 112 p.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998. 128 p.

SERRANO, José Luis. **Validez y Vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 1999. 130 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise – Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 318 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Acadêmica, 1995. 188 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos e justicia. Trad. Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995. 173 p.