

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

PAULO GILBERTO COGO LEIVAS

**A CORREÇÃO E A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JURÍDICAS, EM
BASES PRAGMÁTICO-UNIVERSAIS, NA APLICAÇÃO DO DIREITO DE
IGUALDADE GERAL**

PORTO ALEGRE
2009

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

PAULO GILBERTO COGO LEIVAS

**A CORREÇÃO E A FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES JURÍDICAS, EM
BASES PRAGMÁTICO-UNIVERSAIS, NA APLICAÇÃO DO DIREITO DE
IGUALDADE GERAL**

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

Orientador: Prof. Dr. Luís Afonso Heck

PORTO ALEGRE
2009

À Ida, minha esposa.

Aos meus pais.

Aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Luís Afonso Heck, pelo modelo de dedicação e seriedade acadêmica.

Aos amigos Roger Raupp Rios e Carlos Alberto Colombo e ao meu irmão Cláudio Roberto Cogo Leivas, pelo diálogo e colaboração para a realização deste trabalho.

Aos colegas e amigos do Ministério Público Federal, pelo convívio e aprendizado mútuo.

Aos funcionários e estagiários do meu gabinete, pelo entusiasmo e dedicação ao trabalho.

Aos funcionários da Secretaria da Pós-Graduação em Direito, pela gentileza com que sempre me receberam.

À Ida, pela paciência e ajuda decisiva para a elaboração desta tese.

RESUMO

A fundamentação e a correção de decisões jurídicas na aplicação do direito de igualdade geral exigem o cumprimento das regras e formas do discurso jurídico fundado em bases pragmático-universais. As viradas lingüística e pragmática, por obra de Frege, Wittgenstein e Peirce, fundaram os alicerces de uma teoria dos atos de fala, de Austin e Searle, de uma teoria da argumentação, de Toulmin, e de uma teoria comunicativa e discursiva da verdade e correção, em Habermas. A ética procedimentalista e cognitivista habermasiana reconstrói o princípio da universalidade em trajes discursivos. Alexy enuncia um conceito não-positivista e inclusivo da moral fundamentado na pretensão de correção jurídica e argúi a tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral. Uma decisão jurídica correta deve ser justificada com base nas regras e formas da justificação interna e externa do discurso. A fundamentação das decisões por meio de argumentos de princípios coloca a exigência da aplicação do preceito da proporcionalidade. As dogmáticas e jurisprudências alemã e brasileira, na aplicação do direito de igualdade geral, utilizam inicialmente uma fórmula da proibição da arbitrariedade ou correlação lógica, da qual resulta uma vinculação fraca do legislador, e passam a adotar uma fórmula baseada na proporcionalidade, com uma vinculação severa do legislador, especialmente quando há tratamento desigual de indivíduos com características especiais elencadas na Constituição. A racionalidade de uma decisão que se utiliza da estrutura da proporcionalidade depende da justificação externa de cada uma das premissas usadas na justificação interna. Há uma relação necessária entre discurso jurídico, proporcionalidade e dogmáticas dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Igualdade geral. Fundamentação. Decisão jurídica. Proporcionalidade. Virada lingüística. Pragmática. Jogos de linguagem. Pretensão de verdade. Teoria dos atos de fala. Atos ilocucionários. Teorias da verdade. Racionalidade comunicativa. Ética do discurso. Princípio da universalização. Teoria da argumentação jurídica. Discurso jurídico. Pretensão de correção jurídica. Não-positivismo. Regras e formas do discurso. Coerência. Direitos fundamentais. Regras e princípios. Normas associadas. Proibição da arbitrariedade. Nova fórmula. Racionalidade jurídica.

ABSTRACT

The justification and correction of legal decisions in the application of general equality principle demands the fulfillment of rules and forms of legal discourse founded on a universal-pragmatic basis. The linguistic and pragmatic turn, by Frege, Wittgenstein, and Peirce, established the foundations of a theory of speech acts, by Austin and Searle, of a theory of reasoning, by Toulmin, and a communicative and discursive theory on truth and correctness in Habermas. The habermasian proceduralism and cognitivism ethics reconstructs the principle of universability in discursive ways. Alexy states a non-positivistic and moral inclusive concept of law grounded in the claim to legal correction and argues that the legal discourse must be understood as a special case of general practical discourse. A correct legal decision must be justified on the rules and forms of internal and external justification of discourse. The justification for the decisions by means of arguments of principle sets the demand of applying the partial requirements of proportionality. German and Brazilian legal theory and jurisprudence, in applying the right to general equality, apply initially a formula of prohibition of arbitrary and correlational logic, where there is a weak attachment of the legislature, and start adopting a formula based on proportionality, where there is severe attachment of the legislature, especially in the case of discrimination against individuals with special features listed in the Constitution. The rationality of a decision which uses the structure of proportionality depends on the external justification of each of the premises used in the internal justification. There is a necessary link between proportionality, legal discourse and fundamental rights legal theory.

Keywords: General Equality - Reasoning - Legal decision - Proportionality - Linguistic Turn – Pragmatic - Games of language - Claim to truth - Theory of speech acts - Illocutionary Acts - Theories of truth - Communicative rationality - Ethics of discourse - Principle of universalization - Theory of legal reasoning - Legal discourse – Claim of legal correction - Non-positivism - Rules and forms of discourse– Coherence – Fundamental rights - Rules and principles - Associated norms - Prohibition of arbitrariness - Proportionality - New formula - Legal rationality

LISTA DE SÍMBOLOS LÓGICOS

\vee = ou (disjunção)

\sim = não (negação)

\rightarrow = se... então... (condicional)

\leftrightarrow = se e somente se... então (bicondicional)

(x) = para todo x (quantificador universal)

O = é obrigatório que (operador deôntico)

x, y, z, \dots = variáveis de objetos, por exemplo, variáveis de indivíduo no domínio das pessoas naturais e jurídicas

a, b, c, \dots = constantes de indivíduos, por exemplo, um nome próprio

$F(x), F(x,y), F(x,y,z)$ = variáveis de predicados

\cdot = os pontos à esquerda dos números significam que a expressão que está à direita dos mesmos não se deduz de outras expressões

$(1), (2)$ = os números à direita de uma expressão indicam de que expressões aquela se segue logicamente

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

A = apoio (backing), em Toulmin
ACP - ação civil pública
ADI - ação direta de inconstitucionalidade
BVerfGE - Bundesverfassungsgericht
CF - Constituição Federal de 1988
D - dados, em Toulmin
D - princípio discursivo (em Habermas)
EC - emenda constitucional
ED - embargos declaratórios
G - garantia (warrant), em Toulmin
LF - Lei Fundamental alemã
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social
MPF - Ministério Público Federal
REsp - Recurso Especial
STF - Supremo Tribunal Federal
TCF - Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
TRF4 - Tribunal Regional Federal da 4ª Região
U - princípio da universalização (em Habermas)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 FUNDAMENTOS LINGÜÍSTICO-PRAGMÁTICOS DA TEORIA DO DISCURSO.....	16
1.1 A Virada Lingüística	16
1.1.1 Pensamento e verdade em Gottlob Frege.....	18
1.1.2 O primeiro Wittgenstein.....	22
1.1.3 Aportes conclusivos.....	24
1.2 A Transformação Pragmática da Linguagem.....	26
1.2.1 A linguagem como uso no segundo Wittgenstein.....	27
1.2.2 A pretensão da verdade e a comunidade de investigadores em Charles Peirce.....	30
1.2.3 Aportes conclusivos.....	32
1.3 Teoria dos Atos de Fala.....	34
1.3.1 Teoria dos atos de fala em John Austin.....	34
1.3.1.1 Performativos e constataivos.....	35
1.3.1.2 Doutrina das infelicidades.....	36
1.3.1.3 Tipos de atos de fala.....	37
1.3.1.4 A distinção entre performativos e constataivos à luz da teoria dos atos de fala: o caso paradigmático dos enunciados.....	39
1.3.2 Teoria dos atos de fala em John Searle.....	43
1.3.2.1 Tipos de atos de fala.....	43
1.3.2.2 Regras constitutivas e regras regulativas.....	46
1.3.2.3 Fatos brutos e fatos institucionais.....	47
1.3.2.4 Regras e defeitos dos atos ilocucionários.....	48
1.3.3 Aportes conclusivos.....	50
1.4 A Lógica Prática em Stephen Toulmin.....	51
1.4.1 A estrutura dos argumentos.....	51
1.4.2 Argumentos analíticos e argumentos substanciais.....	55
1.4.3 A crítica à teoria da verdade como correspondência.....	57
1.4.4 Aportes conclusivos.....	58
1.5 Racionalidade Comunicativa e Ética do Discurso em Jürgen Habermas.....	59
1.5.1 Teoria consensual da verdade.....	59
1.5.2 A racionalidade comunicativa.....	63
1.5.3 Pretensões de validez e a teoria da argumentação.....	65
1.5.5 O consenso fundado e a lógica do discurso.....	67
1.5.6 Pretensão de correção normativa e a situação ideal de fala.....	72
1.5.7 A ética discursiva.....	76
1.5.7.1 A fundamentação de um conteúdo cognitivista e pragmático da moral.....	76
1.5.7.2 Princípio da universalização.....	79
1.5.7.3 As regras (pressupostos) do discurso moral.....	83
1.5.8 Aportes conclusivos.....	85
2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM ROBERT ALEXANDER.....	88
2.1 A Teoria do Discurso Prático Geral.....	88
2.1.1 Conceito e finalidade de discurso prático geral.....	88

2.1.2 O trilema de Münchhausen e a fundamentação de proposições normativas.....	90
2.1.3 O caráter universalista das regras do discurso e sua fundamentação.....	93
2.1.4 A aplicação da teoria do discurso.....	96
2.4 As Regras do Discurso Prático Geral.....	98
2.1.5.1 As regras fundamentais	98
2.1.5.2 Regras da razão.....	101
2.1.5.3 As regras sobre a carga de argumentação.....	103
2.1.5.4 As formas de argumentos.....	105
2.1.5.5 As regras de fundamentação	107
2.1.5.6 As regras de passagem.....	111
2.2 Correção Jurídica e a Relação entre o Direito e a Moral.....	113
2.2.1 As teses básicas positivistas e não-positivistas sobre a relação entre direito e moral.....	114
2.2.2 Marco conceitual.....	115
2.2.2.1 Conceitos de direito livres de validez e não livres de validez.....	116
2.2.2.2 Sistemas jurídicos como sistema de normas e como sistema de procedimentos.....	116
2.2.2.3 Perspectiva do observador e participante.....	117
2.2.2.4 Conexões classificantes e qualificantes.....	117
2.2.2.5 Contexto conceitualmente necessário e contexto normativamente necessário.....	118
2.2.3 O argumento da correção.....	118
2.2.3.1 Conceito de pretensão de correção.....	119
2.2.3.2 Necessidade da vinculação entre direito e correção.....	121
2.2.3.3 Correção jurídica e moral.....	122
2.2.3.4 Justiça como correção.....	124
2.3 A Teoria do Discurso Jurídico.....	127
2.3.1 O discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral.....	127
2.3.2 As regras do discurso jurídico.....	128
2.3.3 A justificação interna.....	129
2.3.4 A justificação externa.....	134
2.3.4.1 A argumentação empírica.....	134
2.3.4.2 Os cânones da interpretação.....	135
2.3.4.2.1 Argumentos lingüísticos.....	136
2.3.4.2.2 Argumentos genéticos.....	139
2.3.4.2.3 Argumentos sistemáticos.....	141
2.3.4.2.4 Argumentos teleológico-objetivos.....	142
2.3.4.2.5 O papel dos cânones de interpretação no discurso jurídico.....	144
2.3.4.3 Argumentação dogmática.....	146
2.3.2.4 Sobre o uso dos precedentes.....	148
2.3.2.5 Sobre o uso de formas de argumentos jurídicos especiais.....	149
2.3.2.6 Sobre o papel dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico.....	151
2.4 Coerência em Robert Alexy.....	154
2.4.1 O conceito de coerência.....	154
2.4.2 Critérios da coerência.....	155
2.4.3 Propriedades da estrutura da fundamentação.....	156

2.4.3.1 Número das relações de fundamentações.....	156
2.4.3.2 Extensão da corrente de fundamentação.....	156
2.4.2.3 Enlace das correntes de fundamentação.....	157
2.4.2.4 Ponderação de fundamentos.....	158
2.4.2.5 Fundamentação recíproca.....	158
2.4.3 Propriedade dos conceitos.....	160
2.4.3.1 Generalidade em sentido amplo (<i>Allgemeinheit</i>).....	160
2.4.3.2 Conexões transversais conceituais (<i>Begriffliche Querverbindungen</i>).....	161
2.4.4 Propriedades do âmbito do objeto.....	161
2.4.5 A contribuição da coerência para a racionalidade prática.....	162
2.4.6 As debilidades da coerência.....	162
2.4.7 Conexão necessária para o plano procedimental.....	163
2.5 Objeções à Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy.....	164
2.5.1 Objeções contra a tese da inclusão a partir do argumento da correção.....	164
2.5.1.1 A objeção da autonomia e completude do sistema jurídico.....	164
2.5.1.2 A objeção da impossibilidade conceitual.....	164
2.5.1.3 A objeção da inutilidade.....	165
2.5.1.4 A objeção da contradição.....	166
2.5.1.5 A objeção da falta da fundamentação.....	168
2.5.2 As objeções de Ota Weinberger.....	169
2.6.2 As objeções de Habermas.....	173
3 RACIONALIDADE JURÍDICA E O DIREITO DE IGUALDADE GERAL: A PROPORCIONALIDADE COMO ESTRUTURA DE ARGUMENTAÇÃO RACIONAL.....	177
3.1 O Discurso Jusfundamental e a Proporcionalidade em Sentido Amplo	177
3.1.1 O discurso jusfundamental.....	177
3.1.1.1 As bases do discurso jusfundamental.....	177
3.1.1.2 Os limites do discurso jusfundamental e a decisão jusfundamental apoiada argumentativamente.....	180
3.1.2 As normas jusfundamentais associadas.....	182
3.1.2.1 Normas jusfundamentais diretamente estabelecidas e normas jusfundamentais associadas.....	182
3.1.2.2 A justificação das regras jusfundamentais associadas.....	185
3.1.3 A proporcionalidade em sentido amplo.....	187
3.1.3.1 Adequação e a legitimidade dos fins.....	189
3.1.3.2 Necessidade.....	192
3.1.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação.....	196
3.1.3.3.1 A relação de primazia condicionada.....	196
3.1.3.3.2 A estrutura da ponderação e a fórmula-peso.....	198
3.1.3.4 Objeções contra a ponderação.....	204
3.1.4 Aportes conclusivos.....	209
3.2 O Direito de Igualdade Geral.....	211
3.2.1 O direito de igualdade geral na dogmática e jurisprudência alemã.....	212
3.2.1.1 As fórmulas da igualdade do Tribunal Constitucional alemão.....	212
3.2.1.2 O Caso “Transexuais II” (BVerfGE 88, 87, decisão do Primeiro Senado, de 26/01/93).....	216

3.2.1.3 O desenvolvimento das fórmulas pela Dogmática.....	220
3.2.1.3.1 Uma reconstrução do modelo da proibição da arbitrariedade por Alexy.....	221
3.2.1.3.2 O modelo da proporcionalidade relativa à igualdade em Borowski.....	225
3.2.1.3.3 O modelo de Lothar Michel.....	227
3.2.1.3.4 O modelo de Stephan Huster.....	231
3.2.1.4 Aportes conclusivos.....	234
3.2.2 O Direito de Igualdade Geral no Direito Brasileiro.....	236
3.2.2.1 Critérios utilizados por comentadores das Constituições Brasileiras.....;	237
3.2.2.2 Celso Antônio Bandeira de Mello e a fórmula da correlação lógica..	242
3.2.2.3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	247
3.2.2.4 Aportes conclusivos.....	259
3.2.2.4.1 A dogmática constitucional.....	259
3.2.2.4.2 Jurisprudência do STF.....	262
3.2.2.4.3 Elementos para a construção de um modelo de aplicação do princípio da igualdade geral	264
3.2.2.5 <i>Um caso concreto: A justificação interna e externa da norma jusfundamental associada que garante ao(à) companheiro(a) homossexual de segurado do INSS o direito de ser considerado como dependente.....</i>	266
3.2.2.5.1 Estado de coisas.....	266
3.2.2.5.2 A justificação interna e externa da decisão judicial na interpretação do art. 226 da CF.....	268
3.2.2.5.3 O argumento de violação do direito de igualdade.....	271
3.2.2.5.4 A justificação interna de uma decisão concessiva.....	274
CONCLUSÃO.....	276
REFERÊNCIAS.....	277

INTRODUÇÃO

O objetivo desta investigação é o de responder à questão sobre o que se deve entender por uma fundamentação correta de decisões jurídicas na aplicação do direito de igualdade geral.

Dito de outro modo, pretendo discutir as condições para que seja considerada como corretamente fundamentada uma decisão jurídica que julga um determinado tratamento igual ou tratamento desigual como violador ou não-violador do princípio jusfundamental de igualdade geral.

A hipótese deste trabalho é a de que a fundamentação e a correção de decisões jurídicas na aplicação do direito de igualdade geral pressupõem uma teoria do discurso jurídico e prático-geral fundada em bases pragmático-universais.

Essa investigação divide-se em três capítulos: fundamentos lingüístico-pragmáticos da teoria do discurso, teoria da argumentação jurídica em Robert Alexy e a racionalidade jurídica e o direito de igualdade geral.

No primeiro capítulo, o objetivo é responder à questão sobre as possibilidades da correção e da fundamentação de proposições morais em bases pragmático-universais. Defendo, aqui, a tese de um teor cognitivo, pragmático e universal de proposições morais. Esse capítulo é dividido em cinco subcapítulos.

No primeiro, discuto o significado da virada lingüística nas obras Frege e do primeiro Wittgenstein. Destaco os conceitos de pensamento e sentido, em Frege, e os conceitos de linguagem, proposição, fato, estado de coisas e objeto, em Wittgenstein. No segundo, analiso a transformação pragmática da linguagem operada por autores como Peirce e o segundo Wittgenstein, com destaque para os conceitos de pretensão de verdade e de comunidade de comunicação, em Peirce, e de jogos e regras de linguagem, em Wittgenstein. No terceiro, na trilha lingüístico-pragmática inaugurada pelo autores referidos, o passo seguinte é a teoria dos atos

de fala em Austin e Searle, especialmente a concepção do efeito ilocucionário dos atos de fala, pelo primeiro, e a tese de que linguagem é uma atividade guiada por regras, pelo segundo.

No quarto subcapítulo, busco em Toulmin a análise da estrutura da argumentação e a desvinculação entre validade e dedutividade de argumentos. No quinto, pretendo demonstrar, com base em Habermas, a compatibilidade do novo paradigma lingüístico-pragmatico com uma concepção de verdade e de correção. A sua teoria consensual da verdade aplicada à razão prática, que retoma a concepção cognitivista-universalista kantiana, permitirá o desenvolvimento de uma via de fundamentação de proposições normativas em termos pragmático-universais. Portanto, Habermas renova as chances de um cognitivismo moral, sem apelar a idéias metafísicas, com a recuperação do conceito de universalidade moral de base kantiana e com a sua tradução para bases discursivas.

No segundo capítulo, trato da teoria do discurso em Robert Alexy, o autor que oferece, a meu juízo, a obra mais consistente e abrangente sobre argumentação jurídica em bases discursivas. O objetivo é demonstrar a possibilidade de uma racionalidade discursiva para a fundamentação e correção de proposições jurídicas, mesmo em modos não-dedutivísticos.

Ao partir de um conceito de direito não-positivista e inclusivo da moral – entendida procedimentalisticamente –, Alexy constrói a tese da argumentação jurídica como caso especial do discurso prático geral. Com as concepções de pretensão de correção unida ao ato de fala e do cognitivismo moral-universalista e discursivo habermasiano, bem como com base na proposição de Wittgenstein, depois desenvolvida por Searle, de que falar é uma atividade guiada por regras, o autor apresenta a tese de que um discurso jurídico é racional quando são cumpridas as regras e formas do discurso jurídico e do discurso prático geral.

Esse segundo capítulo divide-se em cinco subcapítulos. No primeiro, apresento os conceitos e as regras do discurso prático geral em Alexy. No segundo, discuto a tese alexyana da relação necessária entre o direito e a moral com base no argumento da correção. No terceiro, abordo a tese controvertida do discurso jurídico

como caso especial do discurso prático geral e apresento as regras e formas do discurso jurídico, divididas em justificação interna e justificação externa. No quarto, trato do conceito de coerência. Na quinta, apresento algumas objeções e a resposta de Alexy a sua teoria da argumentação jurídica.

Os objetivos do quarto capítulo é a demonstração das teses de que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é aplicável ao direito de igualdade geral e de que há uma relação necessária entre proporcionalidade e discurso. É exatamente a não-compreensão dessa relação que produz a crítica que afirma a irracionalidade do juízo ponderativo.

Esse capítulo será dividido em dois subcapítulos. No primeiro, discuto alguns aspectos da teoria dos direitos fundamentais, especialmente a estrutura da proporcionalidade. No segundo, investigo o desenvolvimento das dogmáticas e jurisprudências alemã e brasileira e proponho um modelo de aplicação do direito de igualdade geral construído com base na estrutura da proporcionalidade, o qual incorpora elementos da dogmática brasileira da igualdade, fundada na teoria de Bandeira de Mello. Termino o capítulo e o trabalho com a reconstrução de um caso exemplar, em que pretendo demonstrar concretamente as possibilidades e a necessidade de uma teoria para a fundamentação de decisões jurídicas na aplicação de princípios jusfundamentais que seja fundada na tríade argumentação jurídica, proporcionalidade e dogmáticas dos direitos fundamentais.

1 FUNDAMENTOS LINGÜÍSTICO-PRAGMÁTICOS DA TEORIA DO DISCURSO

A questão a ser respondida nesta seção é a seguinte: se e como é possível a construção de uma teoria da correção de proposições morais em bases pragmático-universais e cognitivistas.

A idéia de correção moral em termos pragmáticos pode parecer contra-intuitiva ou mesmo contraditória. Isso provavelmente decorre de um uso do termo moral no sentido das morais absolutas, de um uso do termo pragmático no sentido de um anticognitvismo moral, bem como de um uso do termo correção no sentido de certeza ou de uma única solução correta.

A resposta à questão colocada exige uma passagem por algumas obras fundamentais da filosofia no século XX. Esse percurso inicia-se com a virada lingüística em Frege, passando pela transformação pragmática no segundo Wittgenstein e em Peirce, pela teoria dos atos de fala em Austin e Searle, pela teoria da argumentação em Toulmin e pela teoria consensual da verdade e da correção em Habermas.

A teoria habermasiana consensual da verdade e da correção forma a base das teorias discursivas da razão prática e do direito enquanto caso especial, analisadas no segundo capítulo deste trabalho.

1.1 A Virada Lingüística

A virada lingüística¹ denota a ruptura da tradição filosófica fundada na filosofia do sujeito ou filosofia da consciência e marca o surgimento do paradigma da

¹ Sirvo-me da expressão “linguistische Wende”, utilizada por Habermas: HABERMAS, Jürgen. *Fäktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988, S. 53; HABERMAS, Jürgen. *Nachmetaphysisches Denken: philosophische Aufsätze*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, S. 52.

filosofia da linguagem contemporânea em que o conhecimento não pode ser entendido independente de sua formulação em uma linguagem.

No paradigma da filosofia da consciência,² o conhecimento era entendido como representação ou idéias de objetos na consciência e a filosofia centra sua análise no aparato cognitivo apto para realizar a síntese dos dados ordenados pela intuição sensível espaço-temporal, mediante as categorias apriorísticas do entendimento. Nesse sentido, diz Kant:

Todo o nosso conhecimento envolve uma dupla relação: primeiro, uma relação com o objeto; segundo, uma relação com o sujeito. Sob o primeiro aspecto, ele relaciona-se com a representação; sob o segundo, com a consciência, a condição universal de todo conhecimento em geral (A rigor, uma consciência é uma representação de que outra representação está em mim).³

Em Frege, o foco sai do sujeito e da consciência e se inscreve no pensamento, entidade cujo conteúdo semântico é objetivo e intemporal e pode ser acessado por diferentes sujeitos, diferentemente das representações ou idéias, subjetivas e temporais.⁴

Habermas assim descreve essa ruptura:

A mudança do paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem significa um corte de igual profundidade. Enquanto os sinais lingüísticos valiam até então como instrumento e equipamento das idéias,

² Diz Apel que, com isso, a filosofia da linguagem assume a posição de filosofia primeira, lugar antes ocupado pela ontologia e pela epistemologia: “[...] poder-se-ia dizer que a ‘filosofia primeira’ não é mais a investigação da ‘natureza’ ou da ‘essência’ das ‘coisas’ ou dos ‘entes’ (‘ontologia’), nem tampouco a reflexão sobre as ‘noções’ ou ‘conceitos’ da ‘consciência’ ou da ‘razão’ (‘epistemologia’), mas sim a reflexão sobre o ‘significado’ ou o ‘sentido’ de manifestações lingüísticas (‘análise da linguagem’).” (APEL, Karl-Otto. *Transformações da filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação*. São Paulo: Loyola, 2000, v. 2, p. 378).

³ Continua Kant: “Em todo o conhecimento é preciso distinguir a matéria, isto é, o objeto, com a forma, isto é, o modo como conhecemos o objeto. – Assim, por exemplo, se um selvagem vê a distância uma casa cujo uso não conhece, ele tem, é verdade, diante de si na representação o mesmo objeto representado por uma outra pessoa que o conhece de maneira determinada como uma habitação destinada a pessoas. Mas, segundo a forma, esse conhecimento de um e o mesmo objeto é diverso em ambos. Em um, é uma mera intuição, no outro, intuição e conceito ao mesmo tempo. A diferença na forma de conhecimento baseia-se numa condição que acompanha todo conhecer – a consciência. Se estou consciente da representação, então ela é clara, se não estou consciente dela, obscura.” (KANT, Immanuel. *Lógica*. Tradução de G. A. Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 50).

⁴ Sobre Frege, ver *infra* 1.1.1.

ganham agora o reino intermediário dos significados simbólicos, uma dignidade própria. As relações entre linguagem e mundo, sentença e estado de coisas, substituem as relações sujeito-objeto. O trabalho de constituição do mundo transfere-se da subjetividade transcendental para estruturas gramaticais. O trabalho reconstrutivo dos lingüistas entra no lugar de uma introspecção dificilmente controlável. Então as regras, segundo as quais signos são encadeados, sentenças formadas, manifestações produzidas, podem ser deduzidas de formações lingüísticas que se apresentam como algo já existentes.⁵

O ponto exato desta virada é identificado especificamente na obra de Frege, “Logische Untersuchungen”, de 1918-19, embora o passo crucial tenha sido dado por Wittgenstein, no “Tractatus Logico-philosophicus”, de 1922.⁶ Além disso, Peirce, em sua fase intermediária, é apontado igualmente como precursor dessa virada.

1.1.1 Pensamento e verdade em Gottlob Frege

Gottlob Frege (1848-1925) é considerado o filósofo da virada lingüística. No artigo “Der Gedanke. Eine Logische Untersuchung”, Frege atribui à lógica a tarefa de descobrir as leis do ser verdadeiro (Wahrsein) e não do processo psíquico do pensar, objeto da psicologia.⁷

A verdade, portanto, não é propriedade de idéias (em sentido psicológico), mas de sentenças. O pensamento (*Gedanke*) é o sentido de uma sentença afirmativa e não um processo subjetivo e psicológico. Ele é algo, portanto, que não pertence nem ao meu mundo interior, como idéia, nem ao mundo exterior, das coisas perceptíveis sensorialmente. Apesar disso, o pensamento pode ser apreendido por meio de uma faculdade mental chamada de ato de pensar.⁸

⁵ HABERMAS, *Nachmetaphysisches...*, 1992, S. 15; HABERMAS, *Pensamento pós-metafísico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 15.

⁶ Dummett, contudo, indica o passo importante dado por Brentano, com a extrusão do pensamento da mente e a conseqüente rejeição do psicologismo (DUMMETT, Michael. *Origins of analytical philosophy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994, p. 127).

⁷ FREGE, Gottlob. Der Gedanke: eine logische Untersuchung. In: FREGE, Gottlob. *Logische Untersuchung*. 5. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, S. 35-36; FREGE, G. O pensamento: uma investigação lógica. In: *Investigações lógicas*. Tradução O. T. Alcoforado. Porto Alegre: Edipucrs, 2002, S. 11-12.

⁸ FREGE, *Der Gedanke...*, S. 58; FREGE, *O pensamento...*, p. 35.

Por exemplo, se o teorema de Pitágoras pode ser reconhecido como verdadeiro por mim e por outros, ele não pertence ao conteúdo de minha consciência e outros seres humanos podem apreendê-lo tanto quanto eu.⁹

Uma vez apreendido, o pensamento pode ser reconhecido como verdadeiro por um ato chamado de julgar e pode ser comunicado a outros indivíduos pelo ato de afirmar, embora prescindida desse reconhecimento e dessa comunicação para ser um pensamento.¹⁰

Assim, devem ser distinguidos: 1) a apreensão do pensamento (das Fassen¹¹ des Gedankens) - o pensar (das Denken); 2) o reconhecimento da verdade de um pensamento – o julgar (das Urteilen); 3) a manifestação deste juízo – o afirmar (das Behaupten).¹²

O progresso na ciência cumpre, em geral, essas etapas. Em primeiro lugar um pensamento é apreendido. A seguir, após as devidas investigações, esse pensamento é reconhecido como verdadeiro. Então expressamos o reconhecimento da verdade sob a forma de uma sentença afirmativa.¹³

Uma sentença (Satz) é uma seqüência de sons com um sentido. O sentido da sentença é o pensamento. Então a sentença expressa um pensamento. Diferentes sentenças podem expressar o mesmo pensamento. Na primeira hipótese, por exemplo, o Dr. Gustav Lauben diz “Eu fui ferido”. Leo Peter ouve isso e, alguns dias depois, relata: “O Dr. Gustav Lauben foi ferido”. Trata-se do mesmo pensamento expresso por distintas sentenças.¹⁴

⁹ FREGE, *Der Gedanke...*, S. 49; FREGE, *O pensamento...*, p. 26.

¹⁰ FREGE, *Der Gedanke...*, S. 61; FREGE, *O pensamento...*, p. 38.

¹¹ Para a tradução da palavra “Fassen”, eu sigo aqui os tradutores do artigo para a língua portuguesa “apreender” e inglesa “apprehend” (FREGE, G. The thought: a logical inquiry. *Mind*, v. 65, n. 259, p. 289-311, 1956).

¹² FREGE, *Der Gedanke...*, S. 41; FREGE, *O pensamento...*, p. 17.

¹³ FREGE, *Der Gedanke...*, S. 41; FREGE, *O pensamento...*, p. 17.

¹⁴ FREGE, *Der Gedanke...*, S. 44-45.

No artigo “Über Sinn und Bedeutung“, Frege distingue entre a referência (Bedeutung¹⁵) de um nome ou sinal e o seu sentido (Sinn). Referência é aquilo que é designado pelo sinal, um objeto determinado e sensorialmente perceptível. Sentido é onde está contido o modo de apresentação do objeto. Assim, por exemplo, a referência de “Estrela da Tarde” e de “Estrela da Manhã” é a mesma, mas não o sentido. Pode acontecer também de uma expressão ter um sentido, mas não uma referência, como “o corpo celeste mais distante da terra”.¹⁶

A referência e o sentido de um sinal devem ser distinguidos da idéia (Vorstellung) associada a esse sinal. A referência de um sinal é um objeto sensorialmente perceptível, enquanto minha idéia é subjetiva, uma imagem interna, saturada de emoções. Além disso, diversos indivíduos, em diferentes épocas, podem apreender o mesmo sentido de um sinal, mas não podem ter mesma a idéia.¹⁷

O sentido está entre a idéia (totalmente subjetiva) e a referência, que é o próprio objeto que por ser intermédio designamos. O sentido não é tão subjetivo quanto a idéia, mas não é o próprio objeto.¹⁸ O sentido de um nome próprio é entendido por todos que estejam suficientemente familiarizados com a linguagem ou com a totalidade de designações a que ele pertence.¹⁹

Por exemplo, quando alguém observa a lua através de um telescópio, a lua mesma é a referência, o objeto da observação, proporcionado pela imagem real projetada pela lente no interior do telescópio e pela imagem retiniana do observador. A imagem real projetada é objetiva, na medida em que pode servir a vários

¹⁵ Na tradução para a língua inglesa, “Bedeutung” foi traduzido para “reference” (FREGE, Gottlob. *On sense and reference*. Disponível em: <https://www.blackwellpublishing.com/content/BPL/Images/Content_store/Sample_chapter/0631222235/001.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2008). No mesmo sentido o faz Austin, que distingue “reference” de “meaning”, para dizer que “meaning” equivale a “sense and reference” (AUSTIN, J. L. *How to do things with words*. 2nd ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 100). Igualmente, o tradutor em língua portuguesa traduziu “Bedeutung” como “referência” (FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência. In: *Lógica e filosofia da linguagem*. Tradução de P. Alcoforado. São Paulo: Cultrix, 1978, passim). Contudo, o termo “Bedeutung” equivale, geralmente, a “significado”.

¹⁶ FREGE, *Sobre o sentido...*, p. 62-63.

¹⁷ FREGE, *Sobre o sentido...*, p. 64-65.

¹⁸ FREGE, *Sobre o sentido...*, p. 65-66.

¹⁹ FREGE, *Sobre o sentido...*, p. 63.

observadores, inclusive simultaneamente. Essa imagem real é o sentido. De outro lado, cada observador tem a sua própria imagem retiniana, que não pode ser comunicada a outrem. Essa imagem retiniana é a idéia.²⁰

Cumpra agora investigar o lugar do pensamento nessa classificação. O pensamento é o sentido das sentenças afirmativas completas (ganzen Behauptungssatzes).²¹ Já o valor de verdade (Wahrheitswert) de uma sentença é o seu referênciã. Por valor de verdade entende a circunstância de uma sentença ser verdadeira ou falsa.²² Entretanto, nem toda sentença possui uma referênciã, portanto, nem toda sentença possui valor de verdade, como é o caso dos poemas que, embora não tenham referênciã, possuem sentido e evocam idéias.²³

Portanto, todas as sentenças verdadeiras e todas as sentenças falsas têm a mesma referênciã. O pensamento, sozinho, não dá nenhum **conhecimento**, somente o pensamento junto com a sua referênciã, ou seja, com seu valor de verdade. Os juízos (Urtheilen) (sic) então são como uma trajetória (Fortschreiten) de um pensamento para seu valor de verdade.²⁴

²⁰ FREGE, *Sobre o sentido...*, p. 65-66.

²¹ FREGE, Gottlob. Über Sinn und Bedeutung. *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 1892, S. 32; FREGE, *Sobre o sentido...*, p. 67.

²² FREGE, *Über Sinn...*, S. 34; FREGE, *Sobre o sentido...*, p. 69.

²³ FREGE, *Sobre o sentido...*, p. 68.

²⁴ FREGE, *Über Sinn...*, S. 35; FREGE, *Sobre o sentido...*, p. 70.

1.1.2 O primeiro Wittgenstein²⁵

A seguinte proposição traduz a radicalização da virada lingüística operada pelo Tractatus: “*Os limites de minha linguagem* significam também os limites de meu mundo.” (5.6).

Wittgenstein usa a imagem do campo visual, pois não se pode ver além dele, do mesmo modo o nosso mundo lógico não tem limites lógicos, já que nossa lógica não conhece nada fora dele: “[...] aqui ocorre exatamente como com o olho e o campo de visão (Gesichtsfeld): mas o olho não vê a ti realmente” (5.633).

Desse modo, nada pode ser dito além da linguagem e nada pode ser dito sobre o mundo como um todo, pois para dizer algo sobre o mundo como um todo precisaríamos sair do mundo, que neste caso deixaria de ser o mundo para nós.

Com isso o autor pode justificar a suspeita da falta de sentido contra todas as proposições metafísicas²⁶, pois essas não se contentam em propor enunciados sobre fatos empíricos no mundo, mas a pretensão de propor enunciados válidos *a priori* sobre o mundo como um todo, ou seja, sobre a forma do mundo.²⁷

²⁵ Os intérpretes costumam dividir a obra de Wittgenstein em duas fases. O primeiro Wittgenstein corresponde à obra “Tractatus logico-philosophicus” e o segundo Wittgenstein é uma referência às demais obras, em especial as “Investigações Filosóficas”. O Tractatus compõe-se de 7 aforismos, que se subdividem em diversos outros. São eles: 1. “O mundo é tudo o que é o caso”; 2. “O que é o caso, o fato, é a existência (Bestehen) dos estados de coisas”. 3. “A imagem (Bild) lógica dos fatos é o pensamento”; 4. “O pensamento é a proposição com sentido (sinnvolle Satz)”; 5. A proposição (Satz) é uma função de verdade das proposições elementares (Elementarsätze); 6. “A forma geral de uma função de verdade é: [p, E, N(E)]. Esta é a forma geral de uma proposição”. 7. “Sobre aquilo que não se pode falar, deve-se silenciar (muß man schweigen)”. Farei a partir de agora referência ao número do aforismo no Tractatus. A edição bilíngüe usada como referência é a seguinte: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradución V. E. Galván. Madrid: Alianza, 1973).

²⁶ Para Apel, o espírito antiespeculativo que domina a filosofia inglesa desde Ockham, Hobbes, Berkeley e Hume, tudo isso parece vir explicitamente à luz do dia na negatividade do Tractatus: “sob a forma de uma suspeita universal de falta de sentido contra todas as proposições ontológico-especulativas. É este distanciamento da metafísica tradicional, tomado a partir da crítica de sentido, o ponto de vista que une o primeiro Wittgenstein ao Wittgenstein tardio.” (APEL, Karl-Otto. *Transformações da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica* São Paulo: Loyola, 2000, v. 1, p. 267-270).

²⁷ APEL, *Transformações ...I*, p. 271-272.

Entre as proposições sem sentido, o autor austríaco inclui as proposições sobre ética:²⁸

6.42: Portanto, não pode haver também proposições da ética. Proposições não podem expressar nada mais alto". 6. 421: "É claro que a ética não se deixa expressar (aussprechen). A ética é transcendental. (Ética e estética são um).²⁹

Além disso, um aspecto sempre sublinhado do *Tractatus* é a teoria pictórica da realidade, segundo a qual o pensamento é a imagem lógica dos fatos (3). Os fatos, contudo, não são ocupantes espaço-temporais do mundo (não possuem localização espacial e não podem mover-se).³⁰ Eles ocupam lugar apenas no espaço lógico e formam a totalidade do mundo (1.13). Por conseguinte, o mundo é a totalidade dos fatos, não das coisas (1.1). Em suma, no *Tractatus*, o mundo é fundamentalmente aquilo que está sendo representado na linguagem.³¹

Interessa, por fim, do "Tractatus", a versão wittgensteiniana da teoria da verdade como correspondência, segundo a qual para sabermos se uma proposição (figura) é verdadeira ou falsa, precisamos compará-la com a realidade:

²⁸ Nas "Conferências sobre ética", que integra o "Primeiro Wittgenstein", o filósofo expressa-se de modo angustiado diante do reconhecimento da importância da ética e, não obstante, a "falta de sentido" ou impossibilidade de proposições éticas: "Meu único propósito – e creio que de todos que trataram de escrever alguma vez de ética ou religião – é arremeter contra os limites da linguagem. Este arremeter contra as paredes de nossa jaula é perfeita e absolutamente desesperançado. A ética, na medida em que surge do desejo de dizer algo sobre o sentido último da vida, sobre o absolutamente bom, o absolutamente valioso, não pode ser uma ciência. O que diz a ética não acrescenta nada, em nenhum sentido, a nosso conhecimento. Mas é um testemunho de uma tendência do espírito humano que eu pessoalmente não posso senão respeitar profundamente e que por nada do mundo ridicularizaria." (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Conferencia sobre ética*. Madrid: Paidós, 1989, p. 43).

²⁹ "6.42. Darum kann es auch keine Sätze der Ethik geben. Sätze können nichts Höheres ausdrücken". "6.421: Es ist klar, dass sich die Ethik nicht aussprechen lässt. Die Ethik ist transzendental. (Ethik und Ästhetik sind Eins.)." (WITTGENSTEIN, *Tractatus...*, p. 196-197).

³⁰ Glock alerta ainda que, no *Tractatus*, distingue-se o fato positivo — a existência de um estado de coisas —, do fato negativo — a sua não-existência. Fatos positivos e negativos compõem a realidade (2.06). A realidade, portanto, distingue-se do mundo, que é totalidade dos fatos existentes. Fato (Tatsache) distingue-se do fato atômico (como consta em algumas traduções para o inglês) ou estado de coisas (Sachverhalt). Glock esclarece que algumas passagens do *Tractatus* sugerem que os fatos são mais complexos que os estados de coisas, assim um fato seria um conjunto de estado de coisas. Um estado de coisas é uma combinação possível de objetos (diz que o *Tractatus* emprega termos como "possível" e "não existente" a estado de coisas e situações, mas nunca a fatos). Fato é a existência de um estado de coisas (GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução H. Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988, p. 158-162).

³¹ GLOCK, *Dicionário...*, p. 162.

No acordo (Übereinstimmung) ou desacordo (Nichtübereinstimmung) de seu sentido com a realidade consiste sua verdade ou falsidade. Para reconhecer-se (um zu erkennen) se a figura é verdadeira ou falsa, devemos nós compará-la com a realidade (2.222-2.223).

1.1.3 Aportes conclusivos

Embora o interesse de Frege fosse o pensamento, não a linguagem, sua estratégia para analisar o pensamento era a análise das expressões lingüísticas. Essa estratégia deu origem aos dois axiomas da filosofia analítica da linguagem, que passa pela proposição de que “a única rota para a análise do pensamento passa pela análise da linguagem”.³²

Contudo, Frege, assim como Popper,³³ caiu em uma interpretação platônica de significados e pensamentos que foram hipostasiados em objetos idealmente existentes. A razão para essa idealização, segundo Habermas, está em que Frege opera com um único conceito semântico de linguagem, não focaliza os demais aspectos da utilização da linguagem e, com isso, “não consegue explicar o sentido da verdade no horizonte da comunicação lingüística”.³⁴ Portanto, Frege ignorou a

³² DUMMET, *Origins...*, p. 128. Diz Dummet que praticamente todas as vertentes da filosofia analítica, desde os positivistas lógicos, Wittgenstein em todas as suas fases, a filosofia da linguagem ordinária de Oxford, etc, aderem ao seguinte par de axiomas da filosofia analítica: primeiro, que uma consideração filosófica do pensamento pode ser obtida por meio de uma consideração filosófica da linguagem e, segundo, que uma consideração compreensiva somente pode ser assim obtida (DUMMET, *Origins...*, p. 4).

³³ HABERMAS, *Pensamento...*, p. 55-58. Popper, em uma conferência apresentada em 1967, sob o título sugestivo “Epistemologia sem sujeito cognoscente”, afirma que se podem distinguir os três mundos ou universos seguintes: o mundo dos objetos físicos ou dos estados físicos; o mundo dos estados de consciência ou dos estados mentais ou mesmo das disposições comportamentais para a ação e o mundo dos conteúdos objetivos do pensamento, em especial do pensamento científico e do pensamento poético e das obras de arte. Este terceiro mundo, embora seja uma criação da mente humana, é, todavia, autônomo, e seus produtos simbólicos se voltam contra ele como problemas. Para resolver esses problemas inventamos teorias, que por sua vez são inventadas por nosso pensamento crítico e criador, assistido por outras teorias existentes no terceiro mundo. Uma vez produzidas essas teorias, geram novos problemas que tem de ser descobertos (*apud* HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. 4. ed. Madrid: Taurus, 2003, vol. 1, p. 16-17, p.112-114).

³⁴ HABERMAS, *Pensamento...*, p. 31.

função da linguagem enquanto comunicação³⁵ e a manifestação lingüística enquanto forma de agir, função que será então recuperada pelos autores analisados *infra*.³⁶

Do Tractatus de Wittgenstein, além da consolidação da virada lingüística, conforme expressado na proposição “*Os limites de minha linguagem* significam também os limites de meu mundo” (5.6), sublinho a justificação da falta de sentido das proposições metafísicas, na qual inclui as proposições sobre ética.

Essa posição inclui-se dentro do chamado anticognitvismo moral, contra as quais as investem as posições universalistas morais contemporâneas. Nesse trabalho persegue-se a demonstração da possibilidade do cognitvismo moral em bases pragmático-universais.

Destaco ainda os conceitos de fato, estado de coisas e de objeto, que serão utilizados neste trabalho. Por exemplo, a definição de fatos como componentes do espaço lógico e não do mundo espaço-temporal, do estado de coisas como combinação possível de objetos e do fato como existência de um estado de coisas. Afirmar um fato significa, portanto, afirmar que um estado de coisas afirmado existe e que a proposição manifestada pela afirmação é verdadeira.

Por fim, a versão da teoria da verdade como correspondência em Wittgenstein serve como ponto de referência para as objeções e alternativas a ela que serão apresentados por autores como Toulmin³⁷ e Habermas³⁸.

³⁵ Para Dummet, referido por Habermas, a linguagem tem duas funções principais: a de ser um instrumento de comunicação e a de ser um veículo do pensamento. Nenhuma dessas funções pode-se autonomizar em relação a outra. Para Habermas, ambas as funções, de representação e de comunicação, pressupõem-se mutuamente e são co-originais (DUMMET, Michael. *Language and communication*. In: *The seas of language*. *Apud* HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Tradução de M. C. Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 10).

³⁶ Ver 1.2 *et seq.*

³⁷ Ver, *infra*, 1.4.3.

³⁸ Ver, *infra*, 1.5.1.

1.2 A Transformação Pragmática da Linguagem

Peirce apresenta o pragmatismo como visando à determinação do significado real de qualquer conceito, doutrina, proposição, palavra ou outro signo por meio da consideração de suas “conseqüências práticas”:

A fim de determinar o significado de uma concepção intelectual, dever-se-ia considerar quais conseqüências práticas poderiam concebivelmente resultar, necessariamente, da verdade dessa concepção; e a soma destas conseqüências constituirá todo o significado da concepção.³⁹

Para Charles Morris, o termo pragmática, embora tenha sido cunhado em referência ao pragmatismo⁴⁰, compõe uma das dimensões da semiose,⁴¹ ao lado da semântica e da sintática.

Define a dimensão semântica como a relação dos signos com os objetos aos quais eles são aplicáveis, pragmática como a relação dos signos com os intérpretes e a dimensão sintática como a relação dos signos entre si, abstraída das relações dos signos com os objetos e dos signos com os intérpretes.⁴² Tais dimensões, contudo, são mutuamente redutíveis. Por exemplo, não existe semântica sem regras pragmáticas do uso e regras são modos possíveis de comportamento e envolvem a noção de intérprete. Para Morris, portanto, regra é um termo pragmático.⁴³

Dois autores são fundamentais para essa virada pragmática: Charles Peirce, fundador da semiótica e do pragmatismo, e o segundo Wittgenstein, com seus conceitos de jogos de linguagem, formas de vida e regras de uso da linguagem.

³⁹ PEIRCE, Charles Sanders. A construção arquitetônica do pragmatismo. In: _____. *Semiótica*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 193-195.

⁴⁰ MORRIS, C. *Fundamentos da teoria dos signos*. Tradução M. J. Pinto. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1976, p. 50.

⁴¹ Morris define semiose como o processo pelo qual algo funciona como signo. Esse processo envolve três ou quatro fatores: aquilo que funciona como signo (o veículo do signo), aquilo a que o signo se refere (designatum), o efeito sobre um intérprete em virtude do qual a coisa em questão é um signo para este (interpretante) e o intérprete (MORRIS, *Fundamentos...*, p. 13). A semiótica é a ciência da semiose e possui três ciências subordinada, cada qual corresponde a cada uma das dimensões da semiose: sintaxe, semântica e pragmática (MORRIS, *Fundamentos...*, p. 19).

⁴² MORRIS, *Fundamentos...*, p. 17 et seq.

⁴³ MORRIS, *Fundamentos...*, p. 81-82.

A transformação pragmática nesses autores ocorre porque, para ambos, os significados já não podem ser entendidos como essências ou idéias metafísicas, porém sempre dentro de um contexto e sempre referidos aos intérpretes.

1.2.1 A linguagem como uso no segundo Wittgenstein

Wittgenstein, já no prefácio de sua segunda grande obra, “Investigações Filosóficas”, anuncia a revisão de várias das teses contidas no *Tractatus*: “Desde que comecei, pois, há dezesseis anos, a ocupar-me novamente com a filosofia, tive que reconhecer graves erros naquilo que eu expusera naquele primeiro livro.”⁴⁴

A obra inicia com uma citação das Confissões de Santo Agostinho, na parte em que descreve como aprendeu a falar: “Retinha tudo na memória quando pronunciavam o nome de alguma coisa, e quando, segundo essa palavra, movia o corpo para ela. Via e notava que davam ao objeto, quando o queriam designar, um nome que eles pronunciavam.”⁴⁵

Para Wittgenstein, Santo Agostinho entende que as palavras da linguagem denominam objetos e as sentenças são liames de tais denominações. Nessa imagem da linguagem, toda palavra tem um significado e o significado é o objeto que a palavra designa (§1)⁴⁶. Embora diga tal sistema de linguagem não está totalmente incorreto, “nem tudo que chamamos de linguagem é este sistema” (§ 3).

Para o autor austríaco, esse sistema de aprendizagem não explica toda a linguagem, pois a compreensão da palavra opera-se acompanhada sempre da instrução sobre o uso da linguagem (§ 6). Introduce então a expressão jogo da

⁴⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução M. G. Montagnoli. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 12.

⁴⁵ AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Abril Cultural, 1996, p. 46-47.

⁴⁶ A partir de agora faço referências aos números de parágrafos das “Investigações Filosóficas”.

linguagem: “Chamarei de ‘jogo da linguagem’⁴⁷ também a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada” (§7). São exemplos de jogos de linguagem:

Ordenar, e agir segundo ordens— Descrever um objeto conforme a aparência ou conforme medidas— Produzir um objeto de acordo com uma descrição (desenho)— Relatar um acontecimento— [...] Representar teatro— Contar uma cantiga de roda— [...] Traduzir de uma língua para outra— [...] (§ 23).

Há, portanto, uma variedade de jogos de linguagem (§§ 23 e 24), cada qual é parte de uma forma de vida:⁴⁸ “A expressão ‘jogo de linguagem’ (Sprachspiel) deve salientar aqui que falar da linguagem é parte de uma atividade ou de uma forma de vida (*Lebensform*)” (§§ 23), ou seja, pertence a uma determinada formação cultural ou social ou contexto,⁴⁹ o que se evidencia no seguinte exemplo:

A coroação de um rei é a imagem da pompa e dignidade. Corte fora de seu contexto um minuto desse processo: coloca-se a coroa sobre a cabeça do rei vestido com o manto da coroação. – Mas, em outro contexto, o ouro é um metal mais barato, seu brilho é tido como vulgar. Fabricar o tecido do manto ali é mais barato. A coroa é a paródia de um chapéu decente. Etc. (§ 584).

Em suma, a palavra só tem significado no contexto de um jogo de linguagem: “A denominação não é ainda nenhum lance no jogo de linguagem – tão pouco quanto a colocação de uma peça de xadrez é um lance no jogo de xadrez. Pode-se dizer: com a denominação de uma coisa não se fez *nada* ainda. Ela também não *tem* nome, exceto no jogo.” (§ 49)

⁴⁷ A origem do termo “jogo de linguagem” está na analogia do jogo com a linguagem como um todo. Assim como o jogo, a linguagem é regida por regras. Em ambas há regras constitutivas, no caso da linguagem, as regras da gramática, que determinam aquilo que é correto ou faz sentido; além disso, o significado de uma palavra não é um objeto do qual ela é um sucedâneo, sendo antes determinado por regras que governam seu funcionamento; a analogia, que também se aplica em constituir a proposição um lance ou uma operação no jogo da linguagem, seria destituída de significado na ausência do sistema de que faz parte (GLOCK, *Dicionário...*, p. 227).

⁴⁸ Forma de vida (*Lebensform*) pode ser definida como uma formação cultural ou social que constitui a base de nossos jogos de linguagem e que se caracterizam por regras e convicções fundamentais. Essas regras e convicções que definem uma forma de vida formam o que Wittgenstein chama de formas de representação do mundo. Há diferentes formas de vida no mundo e, por conseguinte, há distintas formas de representação, cada qual estabelecendo seus padrões de racionalidade (GLOCK, *Dicionário...*, p. 173-178).

⁴⁹ Isso conduz a um contextualismo baseado em formas de vida de modo que na descrição da ação humana supõe o contexto em que o comportamento está inserido. Tal contexto, para Glock, compõe-se de a) pelas capacidades do sujeito; b) por toda a história do incidente, aquilo que aconteceu antes e depois e (c) pelo contexto social, a existência de certos jogos de linguagem na comunidade lingüística do sujeito (GLOCK, *Dicionário...*, p. 178).

Nesta dificuldade, pergunte-se sempre: Como foi que aprendemos o significado desta palavra (“bom”, p. ex.)? À mão de que exemplos; em quais jogos de linguagem? (Então você verá, facilmente que a palavra deve ter uma família de significados. (§ 76)

Em resumo, a definição só explica o uso-significado da palavra caso já esteja claro que papel a palavra tem que desempenhar na linguagem (§ 30). Isso pode ser sintetizado por meio de uma das declarações mais discutidas das “Investigações”: “O significado de uma palavra é seu uso na linguagem.” (§ 43).

Com sua teoria do significado como uso, Wittgenstein busca a superação do que chama de emprego metafísico e de uma essência da linguagem para o encontro do significado enquanto uso:

Quando os filósofos usam uma palavra-“saber”, “ser”, “objeto”, “eu”, “proposição”, “nome” – e almejam apreender a essência da coisa, devem sempre se perguntar: esta palavra é realmente sempre usada assim na linguagem na qual tem o seu torrão natal?- Nós conduzimos as palavras do seu emprego metafísico de volta ao seu emprego cotidiano. (§ 116)

Então, se o significado está ligado então uso cotidiano e diferencia-se segundo os jogos de linguagem, como é possível o entendimento? Responde Wittgenstein que o entendimento depende do fato de que os participantes de um diálogo usem determinada expressão com um significado que ambos conhecem e isso supõe o conhecimento das condições específicas em que se emprega determinada palavra:

Alguém me diz: ‘Você entende esta expressão? Ora, –também eu a uso no significado que você conhece.’ –Como se o significado fosse uma penumbra que acompanha a palavra e é transferida para todos seus empregos. Se alguém, por exemplo, diz que a proposição ‘Isto está aqui’ (apontando para um objeto diante de si) tem sentido para ele, então ele poderia perguntar-se, em que condições específicas se emprega realmente esta proposição. Nestas é que ela tem sentido. (§ 117)

Essa possibilidade do entendimento é mais bem explicada pelo conceito de regra:

O fato fundamental é aqui: fixamos regras, uma técnica, para um jogo, e então, ao seguirmos as regras, as coisas não funcionam tão bem como

havíamos suposto; portanto, nós nos enleamos, por assim dizer, em nossas próprias regras. (§ 125).

Portanto, os jogos de linguagem funcionam a partir de regras seguidas pelos sujeitos que participam de cada um dos jogos de linguagem. Estas regras são hábitos que aprendemos dentro de uma determinada tradição ou forma de vida. Uma vez que diferentes indivíduos aprendem e usam as mesmas regras sobre o uso da linguagem, então será possível o entendimento entre eles.

1.2.2 A pretensão da verdade e a comunidade de investigadores em Charles Peirce

Charles Peirce (1839-1914), nascido em Cambridge, Massachusetts (EUA), com formação em física, matemática e astronomia, é considerado o fundador do pragmatismo semiótico e o mais importante filósofo norte-americano.

Segundo Peirce, a semiose ou representação pode ser explicada por meio da definição de signo. Em 1908, em uma de suas cartas dirigidas a Lady Welby, expressa a seguinte definição de signo (Sign):

Eu defino um Signo como algo que é então determinado por alguma diferente, chamada seu Objeto, e que então determina um efeito sobre uma pessoa, efeito que eu chamo seu Interpretante, de tal modo que este último [o Interpretante] é assim mediatamente determinado pelo primeiro [pelo Objeto].⁵⁰

Então, o signo cria algo na mente do Intérprete, algo que, pelo fato de ser assim criado pelo signo, também foi, de um modo mediato e relativo, criado pelo

⁵⁰ "I define a Sign as anything which is so determined by something else, called its Object, and so determines an effect upon a person, which effect I call its Interpretant, that the latter is thereby mediately determined by the former." (PEIRCE, Charles Sanders. Excerpts from letters to William James, 26 fev. 1909. In: _____. *The essential Peirce: selected philosophical writings*. Edited by Peirce Edition Project. Bloomington: Indiana University Press, 1988, v. 2 (1893-1913), p. 493).

objeto do signo, embora o objeto seja essencialmente outro que não o signo. Essa criatura do signo é chamada o interpretante.⁵¹

Portanto, o signo é algo que transmite conhecimento de algo diferente dele: o objeto do signo. Já o interpretante é um signo mental do mesmo objeto, é uma idéia na mente do intérprete provocada pelo signo.⁵²

A idéia de interpretante envolve referência ao propósito (*purpose*). Argumento é uma espécie de signo a possuir um propósito definido. Tal propósito é determinar a aceitação da conclusão do argumento. Peirce então propõe que se use a palavra significado para denotar o interpretante pretendido (*intended interpretant*) de um signo.⁵³

Peirce distingue dois sentido de objeto e três sentidos do interpretante. Chama de objeto imediato o objeto enquanto conhecido no signo, e, portanto, uma idéia. Objeto dinâmico é o objeto tal como seria mostrado por um estudo definitivo e ilimitado e é o objeto que a ciência chamada de ciência objetiva pode investigar. Por exemplo, a sentença “o céu á azul”. Seus objetos são “o sol” e “o azul”. Se por meio do “o azul” pretender-se significar o objeto imediato, que é a qualidade da sensação, isso só pode acontecer pelo sentimento. Mas se se quiser referir à condição real, existencial, o objeto dinâmico, que faz com que a luz emitida tenha um cumprimento de onda curta, investigações científicas já provaram que essa proposição é verdadeira.⁵⁴

Distingue ainda entre um interpretante imediato, um interpretante dinâmico e um interpretante final (Final Interpretant). O interpretante final é aquilo que finalmente se decidiria o que é a interpretação verdadeira se na consideração do assunto se fosse tão longe que uma opinião definitiva (*ultimate opinion*) fosse alcançada.⁵⁵

⁵¹ PEIRCE, Excerpts from letters to Lady Welby, 23 dez. 1908. In: *The essential...*, p. 478. Para Apel, esse interpretante é o significado intencional dos signos (APEL, *Transformações...II*, p. 204, nota 2).

⁵² PEIRCE, The categories defended. In: *The essential...*, p. 163.

⁵³ PEIRCE, The nature of meaning. In: *The essential...*, p. 218.

⁵⁴ PEIRCE, Excerpts from letters to William James..., in: *The essential...*, p. 497-498.

⁵⁵ PEIRCE, Excerpts from letters to William James..., in: *The essential...*, p. 497-498.

Ao identificar o objeto dinâmico com o real e ao atribuir ao interpretante final alcançado em uma comunidade de investigadores o caráter de interpretação verdadeira, Peirce lança, em termos pragmáticos, as condições para a objetividade de um conhecimento sempre falível e sujeito a ser melhorado:

[...] 'O real é, então, o que, mais cedo ou mais tarde, em informação e argumentação finalmente resultaria, e que é, portanto, independente dos meus e dos seus caprichos. Então, a verdadeira origem da concepção de realidade mostra que a concepção essencialmente envolve a noção de Comunidade, sem limites definidos, e capaz de um crescimento definido de conhecimento.⁵⁶

1.2.3 Aportes conclusivos

O segundo Wittgenstein constrói algumas das proposições nucleares da filosofia da linguagem, como as de que a linguagem é uma atividade guiada por regras, do significado como uso no contexto de um jogo de linguagem que é parte de uma forma de vida, ou seja, pertence a uma determinação formação cultural.

Os conceitos de regras e de jogos de linguagem serão utilizados pelas teorias discursivas da verdade e da correção moral e jurídica, como veremos adiante. Além disso, em Searle veremos a definição da linguagem como uma atividade guiada por regras. Entretanto, não de ser evitadas as vias contextualistas extremas de Wittgenstein, que impossibilitam a fundamentação⁵⁷.

⁵⁶ PEIRCE, Charles Sanders. *Collected Papers*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, (5.311), apud: HABERMAS, J. Charles S. Peirce sobre comunicação. In: HABERMAS, Jürgen. *Textos e contextos*. Tradução S. L. Vieira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 25.

⁵⁷ Alexy adverte a respeito do contextualismo extremo em Wittgenstein, segundo o qual as representações do mundo e forma de vida estão além do justificado e injustificado e, portanto, não podem ser corretas e nem falsas. Assim, só poderia haver razões dentro de uma determinada forma de vida ou de uma representação do mundo e quem quer atrair alguém para sua posição só pode fazê-lo mediante persuasão, não mediante fundamentação. (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997). O representante máximo do contextualismo neopragmatista é Richard Rorty. Os debates entre Rorty e Habermas constam da obra: (SOUZA, J. C. *Filosofia, racionalidade, democracia: os debates Rorty & Habermas*. Tradução J. C. Souza. São Paulo: UNESP, 2005).

A idéia de propósito de um argumento em Peirce remete ao efeito ilocucionário⁵⁸ dos atos afirmativos e significa que o sujeito falante faz uma oferta a um destinatário, o que remete a uma práxis intersubjetiva de uma comunidade de investigadores guiada pelo conceito contrafático de uma “final opinion”.⁵⁹ O argumento da pretensão de correção moral e jurídica segue essas premissas.

Com as noções de “ultimate opinion” e “indefinite Community of investigators”, Peirce fornece, segundo Apel, as condições pragmáticas para o uso cognitivo da linguagem:

Em outras palavras, a “ultimate opinion” da “indefinite Community of investigators” é o ponto mais alto da transformação peirceana da “lógica transcendental” de Kant. Nela convergem o postulado semiótico de uma unidade supra-individual da interpretação, de um lado, e o postulado próprio à lógica da pesquisa de asseguramento experimental da experiência “in the long run”, de outro. O sujeito semi-transcendental dessa unidade postulada é a comunidade ilimitada de experimentação, que é, ao mesmo tempo, uma comunidade interpretativa ilimitada.⁶⁰

Na transformação pragmática promovida por Peirce, o lugar da subjetividade assume a práxis de um entendimento intersubjetivo, deste modo, a aceitabilidade racional e, conseqüentemente, a verdade de uma afirmação depende de um acordo, o qual poderia ser obtido sob as condições comunicativas de uma comunidade de investigadores alargada ao espaço social e ao tempo histórico.⁶¹

Além disso, essa noção de comunidade de investigadores como Interpretante Final alargada ao espaço social e ao tempo histórico traduz-se numa transformação pragmática que torna possível a objetividade da experiência mediante a procura cooperativa de verdade em uma troca pública de argumentos.⁶² Com isso, Peirce destruiu dois dogmas: o mito daquilo que é imediatamente dado e a ilusão da verdade enquanto certeza absoluta das nossas representações.⁶³

⁵⁸ Essa expressão será cunhada por Austin, em sua teoria dos atos de fala. Ver *infra* 1.3.1.3.

⁵⁹ HABERMAS, Charles S. Peirce..., in: *Textos e contextos*, p. 23-24.

⁶⁰ APEL, Transformações ...II, p. 199.

⁶¹ HABERMAS, Charles S. Peirce..., in: *Textos e contextos*, p. 9-32.

⁶² HABERMAS, Charles S. Peirce..., in: *Textos e contextos*, p. 23.

⁶³ HABERMAS, Charles S. Peirce..., in: *Textos e contextos*, p. 19.

Prevalece ainda o ponto de vista peirceano das possibilidades de um entendimento em uma comunidade de comunicação, que embora guiada pelo conceito contrafático de uma opinião final, não deixa de ser sempre reconhecida como falível e/ou melhorada.

1.3 Teoria dos Atos de Fala

1.3.1 Teoria dos atos de fala em John Austin

John Langshaw Austin nasceu em 1911 (Lancaster/Inglaterra) e morreu em 1960. Estudou e ensinou em Oxford, onde ocupou, desde 1954 até a sua morte, a cátedra de “Moral Philosophy”. Sua obra é muito influente no campo da filosofia da linguagem, da filosofia moral, da filosofia do direito, entre outros.

Austin construiu os alicerces da chamada “filosofia da linguagem ordinária”, que se traduz no uso da linguagem ordinária para tratar dos problemas filosóficos e na elucidação dos conceitos nela utilizados. Em 1955 fez uma série de conferências – as “The William James Lectures” - em “Harvard University”, que vieram a formar o livro “How to do things with words”⁶⁴, compilado por L. O. Urmson com base em suas notas das conferências e em gravações realizadas.

⁶⁴ AUSTIN, *How to do things....* Há traduções para o espanhol: _____. *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*. Compilado por J. O. Urmson. Tradução de Genaro R. Carrió e Eduardo A. Rabossi. Barcelona: Paidós, 2004; e português: _____. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

1.3.1.1 Performativos e constataivos

Para Austin, filósofos têm pressuposto que o papel de enunciados (statements⁶⁵) é somente a descrição de algum estado de coisas (*state of affairs*) ou enunciar fatos, com verdade ou falsidade. Entretanto, nem todas as sentenças são usadas para fazer enunciados sobre fatos, como, por exemplo, interrogações, exclamações, ordens, desejos ou permissões. Além disso, há manifestações que parecem não subministrar informações diretas sobre fatos ou o fazem somente em parte, por exemplo, proposições éticas.⁶⁶

Denomina de constataivos⁶⁷ as manifestações que descrevem algum estado de coisas ou declaram fatos com verdade ou falsidade.⁶⁸ Os constataivos são contrastados com as manifestações performativas⁶⁹ (*performative utterances*), que, segundo Austin, não satisfazem nenhuma categoria gramatical descoberta até então, pois não descrevem nada, não são verdadeiros ou falsos e normalmente e

⁶⁵ Eu traduzo “statement” por “enunciado”; “sentence” por “sentença” e “utterance” por manifestação. “Statement” é, para Austin, a manifestação de uma sentença por certo falante para ouvintes com referência a uma situação histórica. Para a definição literal de enunciado e a discussão sobre os diferentes significados dessa expressão, ver, *infra*, nota 168. Igualmente o tradutor de Crystal traduz “statement” como enunciado, o que é admitido também por HOUAISS (CRYSTAL, David. *Dicionário de lingüística e fonética*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 94; HOUAISS, A.; VILLAR, M. D. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1171). No que se refere ao termo “sentence”, seguirei a indicação técnica da lingüística para traduzi-lo como sentença, nesse sentido: CRYSTAL, *Dicionário...*, p. 235; TRASK, R. L. *Dicionário de linguagem e lingüística*. 2. ed. Tradução R. Llari. São Paulo: Contexto, 2006, p. 263. O tradutor da versão brasileira de “How to do things with Word”, traduz “statement” como declaração, entretanto existe um termo correlato em língua inglesa para declaração: “declaration”. A distinção entre declaração e enunciado fica mais bem compreendida na classificação dos atos ilocucionários realizada por Searle, para quem declarações produzem uma alteração no estatuto ou condição do objeto referido tão-somente pelo fato de se ter conseguido realizar a declaração, como por exemplo, declaro um estado de guerra e declaro você presidente. Já o enunciado encontra-se dentro da classe dos atos assertivos, cujo propósito é o de comprometer o falante com o fato de algo ser o caso, com a verdade da proposição expressa, de modo que tais atos podem ser avaliados na dimensão de avaliação que inclui o verdadeiro e o falso (SEARLE, J. R. Uma taxinomia dos atos ilocucionários. In: SEARLE, J. R. *Expressão e significado: estudo da teoria dos atos de fala*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 19-31).

⁶⁶ AUSTIN, *How to do things...*, p. 1-2.

⁶⁷ Austin diz preferir usar a palavra constataivo a descritivo porque nem todas as declarações, falsas ou verdadeiras, descrevem um estado de coisas (AUSTIN, *How to do things...*, p. 3).

⁶⁸ AUSTIN, *How to do things...*, p. 1-11.

⁶⁹ Austin esclarece que “performative” é derivado do verbo “to perform”, verbo correlato do substantivo “ação” e indica que ao se emitir uma manifestação se está realizando uma ação (AUSTIN, *How to do things...*, p. 6-7).

não seriam descritos como **dizer algo**.⁷⁰ Apesar disso, eles **realizam uma ação**, como nos exemplos seguintes:

- a) “Eu aceito tomar esta mulher como minha esposa”, como manifestado durante uma cerimônia de casamento.
- b) Eu batizo este barco como “Queen Elizabeth” – manifestado ao romper-se a garrafa contra o caso do navio.
- c) “Eu lego o meu relógio a meu irmão” – como ocorre em um testamento.
- d) “Eu aposto seis “pence” que vai chover amanhã”.⁷¹

Assim, quando digo, diante do juiz de paz ou do altar, “Aceito”, não estou relatando um casamento, estou me casando, realizando um ato. Do mesmo modo não estou descrevendo nada ao batizar algo ou alguém, ao testar algo a alguém e ao apostar algo.

1.3.1.2 Doutrina das infelicidades

As manifestações performativas, embora não sejam verdadeiras ou falsas, podem resultar malogradas ou fracassarem, por exemplo, quando não se possa dizer que houve uma aposta ou que aquele texto escrito seja uma sentença judicial. Para que uma manifestação não seja malograda, é necessário que as circunstâncias em que as palavras forem manifestadas sejam apropriadas.⁷²

Segundo a “doutrina das coisas que podem ser ou resultar malogradas” ou “doutrina das infelicidades” uma manifestação não resultará malograda se forem seguidas as seguintes regras:

- A.1) Deve existir um procedimento convencional aceito, que possua um certo efeito convencional, esse procedimento deve incluir a manifestação de certas palavras por certas pessoas em certas circunstâncias, e além disso,
- A.2) as pessoas e circunstâncias particulares, em um caso dado, devem ser apropriadas para a invocação do procedimento em particular invocado,
- B.1) O procedimento tem de ser executado por todos os participantes corretamente, e
- B.2) completamente,

⁷⁰ AUSTIN, *How to do things...*, p. 4-7.

⁷¹ AUSTIN, *How to do things...*, p. 5.

⁷² AUSTIN, *How to do things...*, p. 8.

Γ.1) Onde, como freqüentemente, o procedimento é projetado para o uso de pessoas que têm certos pensamentos ou sentimentos, ou para a instauração de certa conduta conseqüente da parte de qualquer participante, então a pessoa nele participante, e assim recorrendo ao procedimento, deve ter, de fato, aqueles pensamentos ou sentimentos, e os participantes devem pretender assim conduzir-se da maneira adequada e, além disso, Γ.2) devem, realmente, assim conduzir-se subseqüentemente. (grifo nosso).⁷³

No caso de descumprimento das regras A.1 a B.2, os atos estarão fracassados (*misfires*). Trata-se de situações em que o ato não é realizado satisfatoriamente, por exemplo, o casamento do bígamo, que embora tenha sido feito, é nulo e sem sentido. No caso das regras Γ.1 e Γ.2, seu descumprimento leva aos abusos (*abuses*). Nesse caso o ato é realizado, mas o é com abuso, por exemplo, quando somos insinceros quando dizemos “prometo” sem a intenção de cumprir. Os atos realizados em desconformidade com Γ.1 e Γ.2 são professados, mas vazios.⁷⁴

1.3.1.3 Tipos de atos de fala

Outro ponto a destacar da obra austiana é o grupo de sentidos em que “dizer algo” é “fazer algo”. Para Austin, ao dizermos algo, nós emitimos certos ruídos (ato fonético), manifestamos certas palavras em determinada construção gramatical (ato fático) e utilizamos estas palavras com sentido e referência⁷⁵, ou seja, com significado (ato rético).⁷⁶

O ato de “dizer algo” (of saying something) em sentido completo, ou seja, nos sentidos fonético, fático e rético, é chamado por Austin de ato locucionário (locutionary act). As manifestações desse tipo são as locuções.⁷⁷

⁷³ AUSTIN, *How to do things...*, p. 15.

⁷⁴ AUSTIN, *How to do things...*, p. 16-17.

⁷⁵ Sobre sentido e referência em Frege, ver, *supra*, 1.1.1.

⁷⁶ AUSTIN, *How to do things...*, p. 95. Diz Austin que é possível que realizemos um ato fático que não seja um ato rético, por exemplo, quando lemos uma frase em latim sem conhecer o significado das palavras. Entretanto, não podemos realizar um ato rético sem que realizemos um ato fático (AUSTIN, *How to do things...*, p. 92-93).

Interessa, sobretudo, ao objeto deste trabalho, a descoberta do ato ilocucionário, o ato de **realizar um ato ao dizer algo** (in saying something). Por exemplo, com relação à manifestação “Vai atacar”, seria possível esclarecer o que estávamos dizendo ao emitir essa manifestação, entretanto pode não estar claro se se trata de um enunciado ou advertência. Portanto, para determinar qual ato ilocucionário é realizado, temos que determinar de que maneira estamos usando a locução, ou seja, a ocasião ou o contexto de uma manifestação,⁷⁸ por exemplo:

- perguntando ou respondendo a uma pergunta,
- dando alguma informação ou uma garantia ou advertência,
- anunciando um veredito ou uma intenção,
- pronunciando uma sentença (sentence),
- marcando um compromisso ou fazendo um apelo ou uma crítica,
- fazendo uma identificação ou descrição,
- e muitos outros casos semelhantes.⁷⁹

Dito de outro modo, o ato ilocucionário é um ato convencional, um ato realizado de acordo com uma convenção. São convenções que determinam se certas palavras (uma certa locução) têm determinada força (force). Com isso, Austin distingue força de significado. E significado, para o autor, equivale ao sentido e referência, conforme Frege.⁸⁰ São tipos de atos ilocucionários as advertências, estimativas, vereditos, enunciados e descrições.⁸¹

Há ainda um terceiro tipo de ato, são os atos perlocucionários, **que produzimos por dizermos algo** (*by saying something*), como por exemplo, convencer, persuadir, surpreender, confundir⁸². Dito de outro modo, nos atos perlocucionários, ao dizermos algo, produzimos certas conseqüências, pensamentos ou ações nos ouvintes, ou em quem está falando ou em outras pessoas.⁸³

O ato perlocucionário distingue-se do ato ilocucionário porque os efeitos ou conseqüências dos primeiros são realmente conseqüências, enquanto os últimos produzem efeitos convencionais. Exemplo de um efeito convencional é o que ocorre

⁷⁷ AUSTIN, *How to do things...*, p. 94.

⁷⁸ AUSTIN, *How to do things...*, p. 98-99.

⁷⁹ AUSTIN, *How to do things...*, p. 98-99.

⁸⁰ AUSTIN, *How to do things...*, p. 94-108.

⁸¹ AUSTIN, *How to do things...*, p. 146.

⁸² AUSTIN, *How to do things...*, p. 109.

⁸³ AUSTIN, *How to do things...*, p. 101.

com o fato de quem manifesta “Eu prometo”, pois este fica comprometido com a promessa.⁸⁴

Entretanto, Austin reconhece que assegurar a compreensão do significado e da força da locução não deixa de ser “feito”. Nesse sentido, os atos ilocucionários produzem um efeito sobre os ouvintes. Por exemplo, dizer “Eu batizo a este barco como ‘Queen Elizabeth” tem os efeitos de batizar o barco e o de tornar inadequado chamá-lo de outro nome, como o de “Generalíssimo Stalin”. Além disso, muitos atos ilocucionários convidam, por convenção, a um ato subsequente do próprio falante (p. ex., a realização da promessa) ou uma resposta do destinatário (p. ex., diante da pergunta se deseja algo).⁸⁵

1.3.1.4 A distinção entre performativos e constativos à luz da teoria dos atos de fala: o caso paradigmático dos enunciados

Diz Austin que a distinção entre manifestações performativas e constativas precisa ser reformulada à luz da distinção entre atos ilocucionários e locucionários. Como vimos, constativos que são as manifestações que descrevem algum estado de coisas, o que equivale a dizer algo, e enunciam fatos com verdade ou falsidade⁸⁶, enquanto os performativos consistem em fazer algo e estão sujeitos à felicidade ou infelicidade. Entretanto, a cada vez que digo algo, exceto quando emito uma simples exclamação como “Bah”, realizo conjuntamente atos locucionários e atos ilocucionários. Esses dois tipos de atos correspondem às manifestações constativas e performativas, respectivamente.⁸⁷

Assim, no caso dos enunciados, quando enunciamos algo, nós estamos, ao mesmo tempo, fazendo algo e dizendo algo. Essa nossa manifestação pode ainda ser feliz ou infeliz e ainda verdadeira ou falsa.⁸⁸

⁸⁴ AUSTIN, *How to do things...*, p. 103.

⁸⁵ AUSTIN, *How to do things...*, p. 116-118.

⁸⁶ AUSTIN, *How to do things...*, p. 1-11.

⁸⁷ AUSTIN, *How to do things...*, p. 133.

⁸⁸ AUSTIN, *How to do things...*, p. 133-134.

Potanto, para Austin, enunciar algo é também realizar um ato ilocucionário, do mesmo modo que realizar um ato ilocucionário é também enunciar algo, como por exemplo, quando digo “Aviso-o que o touro está por atacar”, há tanto uma advertência quanto uma enunciado, pois é verdadeiro ou falso que o touro está por atacar.⁸⁹

Os enunciados, além disso, também estão expostas às infelicidades, do mesmo modo que as manifestações performativas. Elas podem padecer de insinceridade (Γ.1) e até mesmo de uma forma de infelicidade chamada ruptura (breach) (Γ.2), no sentido de que “dizer ou enunciar algo como “o gato está sobre o capacho” compromete-me a dizer ou enunciar igualmente que “o capacho está debaixo do gato”, tanto como o performativo “Eu defino X como Y” (no sentido, digamos, de *fiat*), compromete-me a usar estes termos no mesmo sentido em discursos futuros, o que faz que isso se ligue a atos do tipo de prometer”.⁹⁰

As infelicidades do tipo A.1 (não existe um procedimento convencional aceito) e A.2 (as circunstâncias parecem não ser apropriadas para a invocação do procedimento particular invocado) também podem infectar as enunciados. Por exemplo, há coisas que não se pode enunciar, pois não se está em condições de fazê-lo, assim não você não pode enunciar agora quantas pessoas estão no quarto vizinho e você diz “Há cinqüenta pessoas no quarto vizinho”. Eu só posso considerar que você está adivinhando ou conjecturando.⁹¹

Do mesmo modo as infelicidades de tipo B.1 (o procedimento tem de ser executado por todos os participantes corretamente) e B2 (completamente), que caracterizam as falhas e os tropeços (*flaws and hitches*), podem contaminar as enunciados, como por exemplo, quando alguém diz algo que realmente não quis dizer, pois usa uma palavra equivocada. Diz, por exemplo, “O gato está sobre o capacho”, quando quis dizer “morcego”.⁹²

⁸⁹ AUSTIN, *How to do things...*, p. 135-136.

⁹⁰ AUSTIN, *How to do things...*, p. 136-137.

⁹¹ AUSTIN, *How to do things...*, p. 137-138.

Por conseguinte, os enunciados, do mesmo modo que os demais atos ilocucionários, realizam um ato e esse ato tem um efeito convencional do mesmo modo do que batizar um navio. Assim, se enunciei algo, isso me compromete a fazer outros enunciados em conformidade com aquele. Também são importantes para os enunciados os fins e intenções da manifestação e o seu contexto. Por exemplo, o enunciado “França é hexagonal” é um enunciado verdadeiro para certos fins e propósitos. Sê-lo-á para um general, mas não para um cartógrafo. Não se trata de um enunciado verdadeiro ou falso⁹³, é um enunciado (descrição) aproximativo frente à pergunta acerca da relação entre “França é hexagonal” e França⁹⁴. Portanto:

No caso de um enunciado verdadeiro ou falso, tanto quanto no caso de aconselhar bem ou mal, as intenções e fins da manifestação e seu contexto são importantes; o que é julgado verdadeiro em um livro escolar pode não ser assim julgado em uma obra de investigação histórica.⁹⁵

Dito de outro modo por Austin:

É essencial entender que ‘verdadeiro’ ou ‘falso’, como ‘livre’ e ‘não-livre’, não designam algo simples absolutamente; mas somente uma dimensão geral de ser uma coisa correta ou apropriada, como oposta a uma coisa incorreta, nessas circunstâncias, para estes ouvintes, para certos fins e com estas intenções.⁹⁶

Em suma, verdade e falsidade não são nomes de relação, qualidade, etc, senão apontam a uma dimensão de apreciação, ou seja, usa-se para indicar em que medida as palavras satisfazem os fatos, sucessos, situações, etc, a que elas se referem.⁹⁷

Portanto, a diferença entre manifestações constatativas e performativas, tanto quanto entre atos locucionários e ilocucionários, é apenas uma abstração, pois todo ato lingüístico é ambos. Há uma abstração dos aspectos ilocucionários, no caso

⁹² AUSTIN, *How to do things...*, p. 138.

⁹³ Adverte Austin que sua doutrina é totalmente distinta da defendida pelos pragmatistas, para quem o verdadeiro é o que dá bons resultados (AUSTIN, *How to do things...*, p. 145). Sobre a distinção entre pragmatismo e pragmática, ver *supra*, p. 27.

⁹⁴ AUSTIN, *How to do things...*, p. 143.

⁹⁵ AUSTIN, *How to do things...*, p. 143.

⁹⁶ AUSTIN, *How to do things...*, p. 145.

⁹⁷ AUSTIN, *How to do things...*, p. 149.

das manifestações constatativas, e dos aspectos locucionários – em especial a dimensão da correspondência com os fatos –, no caso das performativas.⁹⁸

Quanto aos primeiros, usamos uma noção supersimplificada de correspondência com os fatos, uma vez que é absorvido o aspecto ilocucionário: “Isto é o ideal do que seria correto dizer em todas as circunstâncias, para quaisquer propósitos, para quaisquer ouvintes, etc. Talvez isto seja algumas vezes realizado”.⁹⁹

Nessa linha, destaco ainda a forte crítica de Austin aos juristas que teimam em ignorar as peculiaridades das manifestações performativas e das variedades das infelicidades e insistem em tratar as expressões jurídicas como enunciados verdadeiros ou falsos:

Somente a obsessão generalizada que as manifestações jurídicas e manifestações usadas em, por assim dizer, ‘atos jurídicos’, *tenham de ser* de algum modo enunciados verdadeiros ou falsos, tem impedido muitos juristas de perceber esta questão com muito mais clareza que nós [...]. Para nós, contudo, é de importância mais primordial perceber que, pela mesma razão, um grande número de atos que caem dentro do âmbito da Ética não são, como os filósofos estão tendentes a assumir, simplesmente o último refúgio de *movimentos físicos*: muitos deles têm a característica geral, no todo ou em parte, de atos convencionais ou rituais, e estão, portanto, entre outras coisas, expostos à infelicidade.¹⁰⁰

⁹⁸ AUSTIN, *How to do things...*, p. 145-147.

⁹⁹ AUSTIN, *How to do things...*, p. 146.

¹⁰⁰ AUSTIN, *How to do things...*, p. 19-20.

1.3.2 Teoria dos atos de fala em John Searle

John Searle segue no desenvolvimento da teoria dos atos de fala iniciada por John Austin. Serão aqui apresentadas as teses principais contidas em sua obra “Speech acts: an essay in the philosophy of language”.¹⁰¹

A tese principal de Searle é a de que “falar uma linguagem é engajar-se em uma forma de comportamento regido por regras”. Dito mais brevemente, “falar é desempenhar atos de acordo com regras”.¹⁰²

Desse modo, a unidade da comunicação lingüística não são palavras, símbolos ou sentenças, nem mesmo o “token”¹⁰³ de símbolos, mas a produção ou manifestações do símbolo ou palavra ou sentença na *performance*¹⁰⁴ de um ato de fala.¹⁰⁵

1.3.2.1 Tipos de atos de fala

A classificação dos atos de fala de Searle apresenta algumas diferenças em relação à classificação de Austin, como se vê em sua análise dos seguintes manifestações:

¹⁰¹ SEARLE, J. R. *Speech acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

¹⁰² SEARLE, *Speech...*, p. 22.

¹⁰³ Os termos “type” e “token” são utilizados na filosofia da linguagem para distinguir uma sentença ou expressão lingüística tomada abstratamente (type) de sua ocorrência ou manifestação em um determinado contexto e momento (token) (AUSTIN, *Quando dizer...*, p. 87, N. do T.). O termo type é traduzido em geral como tipo ou tipo genérico, enquanto o termo token é traduzido como “instância particular” ou como “ocorrência”. Mantenho os termos originais, de modo a expressar o significado técnico-lingüístico.

¹⁰⁴ A melhor tradução de “performance” é desempenho, entretanto mantenho o termo em sua expressão em língua inglesa, uma vez que foi já incorporada ao uso de falantes de língua portuguesa. Assim registra o léxico: (HOUAISS; VILLAR, *Dicionário...*, p. 2187) e os dicionários especializados de lingüística: (CRYSTAL, *Dicionário...*, p. 199; TRASK, *Dicionário...*, p. 226). No caso do verbo “to perform”, contudo, traduzo por desempenhar.

¹⁰⁵ SEARLE, *Speech...*, p. 16.

1. Sam fuma habitualmente.
2. Sam fuma habitualmente?
3. Sam, fume habitualmente!
4. Oxalá que Sam tivesse fumado habitualmente.^{106,}

Certamente que a primeira descrição desses atos é a de que cada uma dessas manifestações é uma manifestação de uma sentença formada de palavras da língua portuguesa. Entretanto, o falante está, além disso, dizendo algo e não meramente balbuciando palavras. Na manifestação (1) o falante está fazendo uma afirmação (assertion); na (2) fazendo uma pergunta; na (3) dando uma ordem; na (4), em uma forma arcaica, expressando um desejo ou vontade.¹⁰⁷

Na *performance* de cada um destes diferentes atos, o falante *refere-se a* certo objeto, “Sam”, e a ele predica a expressão “fuma habitualmente”. Portanto, referência (reference)¹⁰⁸ e predicação (predication) são os mesmos em todos estes atos, embora em cada caso a mesma referência e predicação ocorre como parte do ato de fala completo, distinto um do outro.¹⁰⁹

Ao expressar qualquer das quatro sentenças, o falante está desempenhando três diferentes tipos de atos: a) a manifestação de palavras (morfemas, sentenças); b) referindo e predicando; c) enunciando, questionando, prometendo, etc.¹¹⁰

No primeiro caso, são atos de manifestação performativos (performing utterances acts), no segundo, atos proposicionais performativos (performing propositional acts); no terceiro, atos ilocucionários performativos (performing illocutionary acts).¹¹¹

O ato de manifestação consiste simplesmente em manifestar uma seqüência de palavras. Os atos ilocucionários e proposicionais consistem em manifestar

¹⁰⁶ SEARLE, *Speech...*, p. 22.

¹⁰⁷ SEARLE, *Speech...*, p. 22-23.

¹⁰⁸ Searle chama de “expressões referenciais” (referring expressions) expressões tais como “tu”, “a batalha de Waterloo”, “nosso exemplar do jornal de hoje”, “Caesar”. “É característico de cada uma destas expressões que sua manifestação serve para selecionar ou identificar um “objeto” ou “entidade” ou “particular” distinto de outros objetos, sobre os quais o falante então continua a dizer algo.” (SEARLE, *Speech...*, p. 26).

¹⁰⁹ SEARLE, *Speech...*, p. 23.

¹¹⁰ SEARLE, *Speech...*, p. 23.

¹¹¹ SEARLE, *Speech...*, p. 24.

palavras em sentenças em certos contextos, sob certas condições e com certas intenções.¹¹²

Os atos proposicionais expressam proposições. Entretanto, atos proposicionais não podem ocorrer sozinhos, pois uma proposição é expressa sempre na *performance* de um ato ilocucionário. Além disso, na manifestação de uma sentença, o falante expressa uma proposição, embora Searle diga estar incorreto dizer que “a sentença expressa uma proposição”, pois sentenças não podem desempenhar atos de qualquer tipo.¹¹³

Searle chama a atenção acerca da distinção entre proposição e asserção/enunciado. Asserção e enunciado são atos, mas proposições não são atos. “Uma proposição é o que é asserido no ato de asserir, o que é enunciado no ato de enunciar [...] uma asserção é um (tipo muito especial de) comprometimento para a verdade de uma proposição.”¹¹⁴

Sempre que dois atos ilocucionários contêm a mesma referência e predicação e desde que o significado da expressão referencial é o mesmo, eles expressam a mesma proposição. Assim, por exemplo, as manifestações 1 a 4, acima referidas, expressam a mesma proposição.¹¹⁵

Searle admite ainda a existência do ato perlocucionário, que diz respeito às conseqüências ou efeitos de tais atos em ações, pensamentos ou crenças. Por exemplo, ao argüir, eu posso *persuadir* ou *convencer* alguém, ao adverti-lo, eu posso *assustá-lo* ou *alarmá-lo*, etc.¹¹⁶

Existem dois elementos na estrutura sintática da sentença: indicador proposicional e o indicador da força ilocucionária. O indicador proposicional expressa o conteúdo da proposição (referência e predicação). O indicador da força

¹¹² SEARLE, *Speech...*, p. 24-25.

¹¹³ SEARLE, *Speech...*, p. 29.

¹¹⁴ SEARLE, *Speech...*, p. 29.

¹¹⁵ SEARLE, *Speech...*, p. 29.

¹¹⁶ SEARLE, *Speech...*, p. 25.

ilocucionária mostra como a proposição há de ser entendida (“is to be taken”) ou que força ilocucionária a manifestação há de ter.¹¹⁷

São instrumentos indicadores de força ilocucionária (Illocutionary force indicating devices): ordem das palavras, stress, intonation contour, punctuation, the mood of verb, e os assim chamados verbos performativos. Exemplo: “I promise that I will come”. O indicador da força ilocucionária desta sentença é (I promise) e o indicador do conteúdo proposicional é (that I will come).¹¹⁸

A forma geral do ato ilocucionário é (F)p. A variável “F” toma instrumentos indicadores de força ilocucionária e “p” toma expressões para proposições.

1.3.2.2 Regras constitutivas e regras regulativas

A tese principal de Searle, no livro “Atos de fala”, como já dito, é a de que falar uma linguagem é desempenhar atos de acordo com regras. Tais regras são de um tipo específico, são regras constitutivas. Portanto, os atos de fala são atos desempenhados caracteristicamente de acordo com regras constitutivas.¹¹⁹

Regras constitutivas dão base para especificação (specification) de comportamentos que não seriam dados na ausência da regra, tais como as regras de jogos, como o futebol. As atividades de jogar futebol são constituídas ao se agir de acordo com determinadas regras apropriadas. Além disso, as regras constitutivas constituem uma atividade cuja existência é logicamente dependente das regras. Portanto, o futebol não existia antes da criação de suas regras.¹²⁰

Searle contrasta as regras constitutivas com outro tipo de regras, as regras regulativas. Tais regras regulam uma atividade pré-existente, “uma atividade cuja existência é logicamente independente de regras”, e oferecem a base para avaliação

¹¹⁷ SEARLE, *Speech...*, p. 30.

¹¹⁸ SEARLE, *Speech...*, p. 30.

¹¹⁹ SEARLE, *Speech...*, p. 37.

de comportamentos. Isso pode ser exemplificado com a regra de etiqueta de enviar convites para os convidados de uma festa com alguns dias de antecedência. Se eu não cumpro com esta regra, mesmo assim pode-se dizer que as pessoas foram convidadas, embora se diga que tal comportamento não foi adequado ou correto.¹²¹

A diferença entre esses tipos de regras pode ainda ser mais bem esclarecida na análise comparativa entre os atos de prometer (que envolvem regras constitutivas) e os atos de pescar (que envolvem regras regulativas). Em ambos os atos, as relações que permitem e ou facilitam alcançar meus objetivos são atividades humanas e são comportamentos orientados para certos fins. No caso de pescar, contudo, as relações de meio-fim, ou relações que me permitem alcançar meu fim, são fatos físicos naturais (procedimentos, estratégias, técnicas). Já o caso de atos de fala desempenhados dentro de uma linguagem, como é o caso de prometer, é uma questão de convenção: “que a manifestação de tais expressões sob certas condições *conta como* o fazer uma promessa”. Em geral, as regras constitutivas têm a forma: “X conta como Y no contexto C”.¹²²

1.3.2.3 Fatos brutos e fatos institucionais

Há em Searle uma relevante distinção entre fatos brutos e fatos institucionais. Fatos brutos são aqueles que conhecemos por meio das ciências naturais e por meio de simples observações empíricas que registram experiências de sentido, tais como “Eu sinto dor” ou “Esta pedra está próximo desta outra pedra”.¹²³

Contudo, Searle observa a existência de outros tipos de fatos que pressupõem a existência de certas instituições humanas. Por exemplo, é a instituição do casamento que faz com que certa forma de comportamento constitui o

¹²⁰ SEARLE, *Speech...*, p. 33-34.

¹²¹ SEARLE, *Speech...*, p. 33-35.

¹²² SEARLE, *Speech...*, p. 37. É possível seguir uma regra constitutiva sem conhecê-la, como por exemplo, no caso das regras fonéticas de uma língua.

¹²³ SEARLE, *Speech...*, p. 50.

casamento de Maria com João, do mesmo modo que a instituição do futebol faz com que certos comportamentos constituam um jogo de futebol. Embora tais fatos envolvam uma variedade de movimentos físicos e mentais, a especificação destes eventos ocorre sob o pano de fundo de certas instituições. Essas instituições são sistemas de regras constitutivas e, portanto, aplicável a forma “X conta como Y no contexto C”.¹²⁴

1.3.2.4 Regras e defeitos dos atos ilocucionários

Para responder à questão sobre que condições são necessárias e suficientes para que determinado ato ilocucionário tenha sucesso e seja desempenhado de modo não-defeituoso na manifestação de uma dada sentença. Searle desenvolve a noção de defeito (*defect*) do ato ilocucionário, que diz ser próxima da noção de infelicidade de Austin.¹²⁵

Há vários tipos de defeitos nos atos ilocucionários, mas nenhum capaz de invalidá-lo (*vitiare*) inteiramente. Em alguns casos uma condição pode ser intrínseca ao ato em questão, não ser satisfeita em um caso dado e, entretanto, o ato haver-se-á realizado. Nesses casos o ato era defectivo.¹²⁶

Deste modo, Searle apresenta determinados tipos de regras para o uso de instrumentos indicadores de força ilocucionária. A cada tipo de regra corresponde determinadas condições que devem ser satisfeitas para que um ato ilocucionário não seja defeituoso. Essas condições são agregadas em 4 tipos de regras:¹²⁷

a) regras do conteúdo proposicional, por exemplo, a promessa deve ser emitida somente no contexto de uma sentença (ou de um discurso) cuja manifestação predica algum ato futuro A do falante F (por exemplo, no ato de avisar, no conteúdo proposicional da sentença deve constar um futuro acontecimento ou

¹²⁴ SEARLE, *Speech...*, p. 51-52.

¹²⁵ SEARLE, *Speech...*, p. 54.

¹²⁶ SEARLE, *Speech...*, p. 54.

estado; no ato de pedir, deve constar um ato futuro do ouvinte; no ato de enunciar (que) consta qualquer proposição p, etc.);¹²⁸

b) regras preparatórias, segundo as quais, no desempenho de qualquer ato ilocucionário, o falante (F) implica que as condições preparatórias do ato estão satisfeitas (por exemplo, quando eu faço um enunciado, eu implico que eu posso sustentá-lo; quando eu faço uma promessa, eu implico que a coisa prometida é no interesse do ouvinte; quando eu agradeço a alguém, eu implico que a coisa que eu estou agradecendo a ele/ela beneficiou-me ou, no mínimo, tinha a intenção de beneficiar-me, etc).¹²⁹

c) regras da sinceridade, segundo as quais a *performance* de um ato conta como uma expressão de um estado psicológico (por exemplo, para asseverar, afirmar, enunciar (que p) conta como uma expressão de crença (expression of belief) (que p), etc; para solicitar, pedir, ordenar, implorar, impor, orar ou comandar (que A seja feito), conta como uma expressão de uma vontade ou desejo (que A seja feito); para prometer, jurar, ameaçar ou comprometer-se (que A) conta como uma expressão de intenção (de fazer A); para agradecer, dar boas vindas ou congratular, conta como uma expressão de gratidão ou prazer (pela chegada de O) ou prazer (pela boa sorte de O));¹³⁰

d) regras essenciais, que caracterizam o ato realizado (por exemplo, a emissão de uma promessa conta como o assumir uma obrigação de fazer A e o perguntar conta como um intento de obter essa informação do ouvinte).¹³¹

¹²⁷ SEARLE, *Speech...*, p. 57-64.

¹²⁸ SEARLE, *Speech...*, p. 62-64.

¹²⁹ SEARLE, *Speech...*, p. 62-65.

¹³⁰ SEARLE, *Speech...*, p. 65.

¹³¹ SEARLE, *Speech...*, p. 63-65.

1.3.3 Aportes conclusivos

Austin contribui decisivamente para a construção contemporânea da teoria da argumentação pela sua descoberta da força ilocucionária das manifestações e enunciados lingüísticos e a elaboração de uma teoria das infelicidades que permite uma crítica das manifestações na dimensão de felicidade e infelicidade.

Alem disso, destaco em Austin a defesa da tese de que enunciados normativos e fáticos não se distinguem quanto à capacidade de serem julgadas na dimensão da verdade e falsidade, desde que seja entendida esta dimensão não como uma simples relação ou qualidade, mas que seja usada para indicar em que medida as palavras satisfazem os fatos, sucessos, situações, etc, a que elas se referem.

Em Searle, realço a sua tese de que linguagem é uma atividade regida por regras. Com isso, oferece um importante esclarecimento do significado dos diferentes tipos de regras (regras constitutivas e regulativas), de modo a esclarecer que os atos de fala envolvem regras constitutivas. Por fim, a teoria dos defeitos dos atos ilocucionários aprimora a teoria das infelicidades de Austin e mais uma vez elenca um conjunto de regras capazes de medir o sucesso e o defeito deste tipo de atos de fala.

A teoria dos atos de fala constituirá o núcleo da fundamentação pragmático-universal das normas fundamentais do discurso, levada a efeito por autores como Habermas e Alexy. Por exemplo, o conceito de pretensão de correção objetiva¹³², de fundamental importância na teoria da argumentação em Alexy, somente pode ser compreendido se conhecidos os pilares da teoria dos atos de fala.

¹³² Ver 2.2.3.1.

1.4 A Lógica Prática em Stephen Toulmin

Em sua obra “The uses of argument”, Toulmin discute um modelo para a lógica que reconheça a sua função prática para a justificação de pretensões e conclusões e avaliação de argumentos.¹³³ Para isso, aduz que a lógica tradicional, fundada na pretensão de Aristóteles de que a lógica é uma ciência formal comparável à geometria, subtraiu-se ao problema da aplicação da lógica.¹³⁴ Para Toulmin, é da lógica prática (practical logic) que a teoria lógica deve partir.¹³⁵

Reconhece dois modelos rivais de argumentos: um matemático e outro jurídico (*jurisprudential*).¹³⁶ Esse último é o modelo adequado para a lógica:

A lógica (nós podemos dizer), é ciência do direito generalizada (generalised jurisprudence). Argumentos podem ser comparados com ações judiciais e as pretensões que se realizam e argumentam em contextos extralegais, com afirmações feitas ante os tribunais, enquanto os casos apresentados para apoiar cada tipo de pretensão podem ser comparados entre si.¹³⁷

Afirma então que sua investigação visa a um objetivo semelhante ao da ciência do direito, que é garantir o que ele chama de processo racional: garantir os procedimentos pelos quais as pretensões jurídicas são apresentadas, disputadas e determinadas, e as categorias mediante as quais isso é feito.¹³⁸

1.4.1 A estrutura dos argumentos

Toulmin, no capítulo terceiro de sua obra máxima, diz que irá apresentar a questão central de sua obra de que é “como preparar e analisar argumentos com o fim de que nossas avaliações devam ser logicamente transparentes; isto é, com o fim de deixar claras as funções das diversas proposições invocadas no transcurso

¹³³ TOULMIN, S. E. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 2.

¹³⁴ TOULMIN, *The uses...*, p. 3, p. 9.

¹³⁵ TOULMIN, *The uses...*, p. 6.

¹³⁶ TOULMIN, *The uses...*, p. 88.

¹³⁷ TOULMIN, *The uses...*, p. 7.

¹³⁸ TOULMIN, *The uses...*, p. 7.

de uma argumentação, assim como a relevância dos diferentes tipos de críticas que contra elas podem ser dirigidas.”¹³⁹

O autor afirma que quando nós fazemos uma afirmação, nós nos comprometemos pela pretensão que qualquer afirmação necessariamente envolve. Se se põe em dúvida essa pretensão, então normalmente dispomos de fatos que podemos especificar para demonstrá-la. Por exemplo:

Wilkinson – assegura o Promotor de Justiça perante o Juízo – cometeu uma infração contra o Código de Trânsito:” em apoio desta pretensão, dois policiais estão dispostos a testemunhar que eles o cronometraram conduzindo a mais de 75 Km/h em área urbana.¹⁴⁰

A tais elementos **justificatórios**, que alegamos como base da **pretensão** ou conclusão (C) realizada, Toulmin chama de **dados** (D).¹⁴¹

O próximo passo é investigar a legitimidade da passagem dos dados (D) à conclusão (C). Conferem tal legitimidade proposições de tipos diferentes dos dados: regras, princípios e *inference-licences*, que não agregam mais informações, mas realizam inferências. A tais proposições, ele chama de **garantias**,¹⁴² (G) no original “warrants”. No exemplo acima, a garantia que permite que os dados cronometrados levem à conclusão de culpabilidade de Wilkinson é a seguinte: “Alguém que se provou que conduziu a mais de 75 km/h em uma área urbana se lhe pode encontrar culpado de ter cometido uma infração contra o Código de Trânsito”.

Tais proposições assumem a forma lógica de enunciados hipotéticos, tais como: “Tais dados como D permitem extrair conclusões ou realizar afirmações tais como C.”.¹⁴³

¹³⁹ TOULMIN, *The uses...*, p. 8.

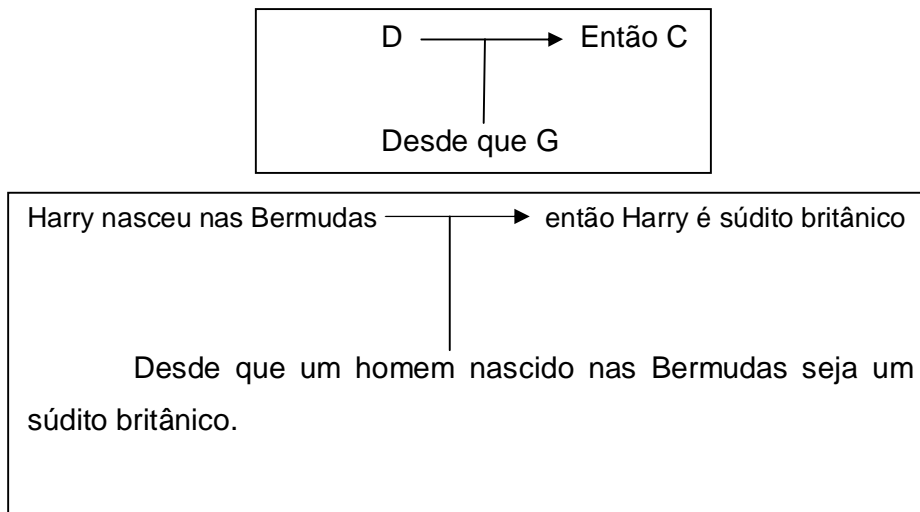
¹⁴⁰ TOULMIN, *The uses...*, p. 90.

¹⁴¹ TOULMIN, *The uses...*, p. 90.

¹⁴² Toulmin afirma que a distinção entre dados e garantias é similar à distinção traçada nos tribunais entre questões de fato e questões de direito (TOULMIN, *The uses...*, p. 92).

¹⁴³ TOULMIN, *The uses...*, p. 91.

Toulmin faz então o primeiro esboço de um esquema para analisar argumentos e a seguir fornece um exemplo:



As garantias são de diferentes classes, porque conferem diferentes graus de força à conclusão que justificam. Algumas garantias autorizam-nos a aceitar a pretensão **inequivocamente** e permitem que qualifiquemos a conclusão como **necessariamente**. Outras garantias estão sujeitas a condições, exceções ou matizações e, nestes casos, devemos utilizar os termos modais **provavelmente** ou **presumivelmente**.¹⁴⁴

No primeiro caso, Toulmin refere-se aos **qualificadores modais** (modal qualifiers –Q) e, no segundo, às **condições de exceção ou de refutação** (rebuttal –R). Q e R são distintos das garantias, já que supõe um comentário implícito à importância de G. Os qualificadores modais indicam a força conferida pela garantia no passo adotado, enquanto que as condições de refutação (R) apontam as circunstâncias em que a autoridade geral de tais garantias tem de ser deixada de lado.¹⁴⁵

No caso das próprias garantias serem colocadas em dúvida, há de se recorrer ao **apoio** (backing). Apoios (A) respondem então à indagação

¹⁴⁴ TOULMIN, *The uses...*, p. 93.

¹⁴⁵ TOULMIN, *The uses...*, p. 93-94.

se a garantia é ou não aceitável e podem ser expressos sob a forma de enunciados categóricos de fato. Isso os distingue das garantias, que são enunciados hipotéticos que não são uma mera repetição de fatos, mas uma moral geral de caráter particular, sobre a maneira em que podemos argüir com segurança em vista desses fatos.¹⁴⁶

Por exemplo, a afirmação de que Harry é um súdito britânico (C) fundamenta-se no fato de que Harry nasceu nas Bermudas (D). Para atacar este argumento um oponente tem duas alternativas. Pode questionar a verdade de D, mas também pode duvidar de que D possa fundamentar C. No segundo caso, o proponente tem que justificar o passo de D a C, o que não pode ser feito mediante novos fatos. É necessária uma regra de inferência (inference-licence). Tais regras de inferência têm, por exemplo, a forma “Dados como D nos autorizam a extrair conclusões ou a realizar pretensões como C”. Toulmin chama a tais regras de garantias (G). Neste caso, G é do seguinte teor: “Quem nasceu nas Bermudas é um súdito britânico”. G ainda pode ser colocado em dúvida. Nesse caso, somente se pode indicar para a defesa de G o fato de que, por exemplo, uma lei foi aprovada pelo parlamento. Esse fato é o apoio (A) de G.¹⁴⁷

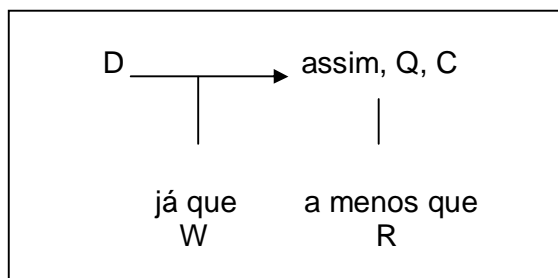
A este exemplo podemos acrescentar qualificadores modais (M) e condições de exceção ou refutação (R). Considerando que as questões de nacionalidade estão sempre sujeitas a qualificações e condições, teremos de inserir um “presumivelmente” como qualificador (Q) em frente da conclusão. No exemplo dado, seriam condições de refutação (R) o fato de que seus pais fossem estrangeiros ou que Harry tenha sido naturalizado norte-americano. Então, se se carece de segurança sobre a nacionalidade de seus pais ou se Harry trocou de nacionalidade depois do seu nascimento, permite-se estabelecer que a conclusão é presumivelmente vigente (holds goods presumably) e fica sujeita a condições apropriadas.¹⁴⁸

¹⁴⁶ TOULMIN, *The uses...*, p. 98.

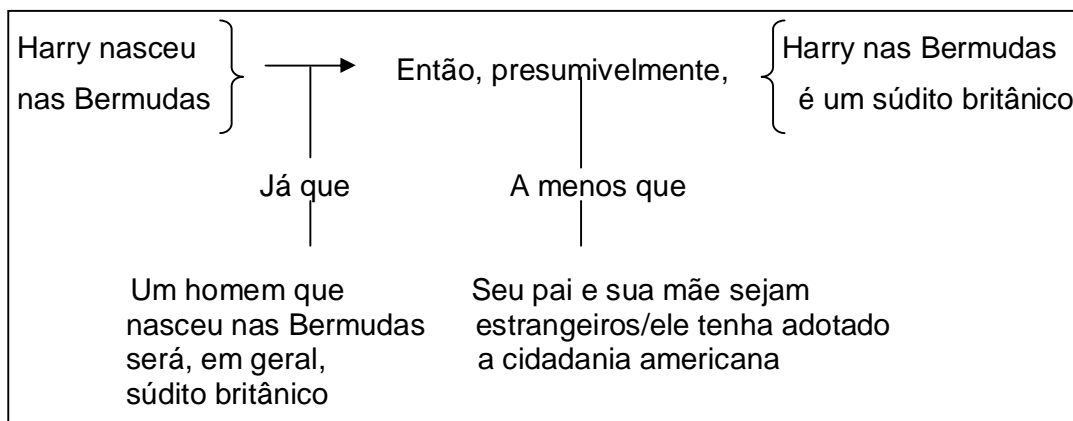
¹⁴⁷ TOULMIN, *The uses...*, p. 92-97.

¹⁴⁸ TOULMIN, *The uses...*, p. 97.

A seguir, apresento o esquema acrescido com os qualificadores modais e condições de refutação e exceção:



Isto é:



1.4.2 Argumentos analíticos e argumentos substanciais

Toulmin insurge-se contra o fato de que as categorias da lógica formal foram desenvolvidas a partir do silogismo analítico.¹⁴⁹ Um silogismo analítico não pode incluir em sua conclusão algo que já não tenha sido incluído nos dados e no apoio da garantia.¹⁵⁰ Um argumento será chamado analítico se, e somente se, o apoio que autoriza a garantia incluir, explícita ou implicitamente, a informação transmitida (conveyed) na própria conclusão. Em argumentos analíticos, portanto, o enunciado “D, B, e, portanto, C” será tautológico.¹⁵¹

¹⁴⁹ TOULMIN, *The uses...*, p. 135.

¹⁵⁰ TOULMIN, *The uses...*, p. 139.

¹⁵¹ TOULMIN, *The uses...*, p. 116.

Os argumentos analíticos fundam-se com base no modelo matemático e em verdades intemporais¹⁵² e invariantes do contexto. Isso não corresponde, todavia, à linguagem usual, dependente do contexto:

Certamente, a linguagem como nos a conhecemos, consiste não de proposições intemporais, mas de manifestações dependentes de todos os modos possíveis do contexto ou da ocasião em que são manifestados. Enunciados são feitos em situações particulares e a interpretação a ser feita deles está ligada com sua relação com aquelas situações: elas são, a este respeito, como fogos de artifício, sinais ou sinais luminosos (...). Somente na matemática pura podem nossas avaliações ser inteiramente livres do contexto (context-free).¹⁵³

Diz Toulmin que, embora a aplicação prática do silogismo analítica restrinja-se a áreas muito específicas, por exemplo, da matemática, os lógicos tenderam a considerar a superioridade deste silogismo e também a exigir analiticidade como condição de validade.¹⁵⁴

Para estes lógicos, argumentos substanciais não seriam considerados válidos¹⁵⁵ porque envolveriam saltos lógicos na passagem dos dados e apoio para a conclusão,¹⁵⁶ ou seja, em um argumento substancial o apoio para a garantia não contém a informação transmitida na conclusão.¹⁵⁷

Por exemplo, na estrutura do argumento apresentada por Toulmin, na passagem de D para C os dados D possuem um tipo lógico diferente de C. A garantia G, que nos autoriza passar de D para C, baseia-se no apoio A, que também é de um tipo lógico diferente de C. Deste modo, por mais exaustivos que sejam os indícios fornecidos por D e A juntos, o passo para a conclusão C não é um passo analítico.¹⁵⁸

Para Toulmin, portanto, argumentos substanciais são igualmente válidos. Mas esta validade é uma noção intracampo (intra-field notion), não uma noção

¹⁵² TOULMIN, *The uses...*, p. 165.

¹⁵³ TOULMIN, *The uses...*, p. 166-167.

¹⁵⁴ TOULMIN, *The uses...*, p. 139.

¹⁵⁵ TOULMIN, *The uses...*, p. 142-143.

¹⁵⁶ TOULMIN, *The uses...*, p. 207.

¹⁵⁷ TOULMIN, *The uses...*, p. 116.

¹⁵⁸ TOULMIN, *The uses...*, p. 207.

intercampo (inter-field notion). Isso significa que argumentos dentro de qualquer campo podem ser julgados por estândares apropriados dentro desse campo, ou seja, deve-se esperar que os estândares sejam campo-dependentes (field-dependent).¹⁵⁹

1.4.3 A crítica à teoria da verdade como correspondência

Toulmin contrapõe-se à teoria da verdade como correspondência na versão wittgensteiniana do *Tractatus*. Como vimos em Wittgenstein, para sabermos se uma proposição (figura) é verdadeira ou falsa, precisamos compará-la com a realidade.¹⁶⁰

Diz Toulmin que de acordo com os apoiadores desta teoria, as manifestações a_1 para a_n somente podem fazer a conclusão a_o verdadeira se elas mostram que esta corresponde a um fato.¹⁶¹ Por exemplo, a sentença: “O gato está sobre o capacho”. Essa sentença pode ser decomposta em três elementos: 1. O gato; 2. Está sobre; 3. O capacho. A sentença então será verdadeira se a estrutura da frase se vê refletida na estrutura da situação que descreve.¹⁶²

A falha da teoria da verdade da correspondência é que ela assume que **todas** as nossas expressões que significam algo pretendem ser descrições¹⁶³. Nessa linha, Wittgenstein não reconhece a capacidade de verdade das proposições éticas, que não são descritivas.¹⁶⁴ Para Toulmin, cada modo argumentação tem seu próprio critério lógico e não se pode definir a argumentação de uma única maneira. O modo em que cada expressão é usada deve ser entendido como fazendo parte de

¹⁵⁹ TOULMIN, *The uses...*, p. 235.

¹⁶⁰ Ver, *supra*, p. 24.

¹⁶¹ TOULMIN, S. E. *An examination of the place of reason in ethics*. Chicago: The University of Chicago, 1986, p. 74.

¹⁶² TOULMIN, *An examination...*, p. 75-76.

¹⁶³ TOULMIN, *An examination...*, p. 77.

¹⁶⁴ Ver, *supra*, p. 24.

uma atividade mais ampla, de acordo com a finalidade da atividade e função que desempenha.¹⁶⁵

1.4.4 Aportes conclusivos

Destaco da obra de Toulmin:

1. a distinção entre argumentos analíticos e substanciais; a crítica à exigência de analiticidade do argumento para a sua validade; a noção de validade intra-campo e dependente do contexto (pragmáticas);

2. a defesa da validade dos argumentos substanciais, mesmo em que a passagem do apoio (backing) à conclusão não se dê na forma dedutiva ou analítica, mas através de um salto lógico;

3. a aplicação dos termos modais à estrutura da argumentação, que autorizam qualificar a conclusão como necessária ou provável;

4. a crítica à aplicação da teoria da correspondência às proposições morais;

5. a aplicação da teoria dos atos de fala à argumentação, especialmente a pretensão de verdade e validade da conclusão (C) a ser demonstrada mediante os dados (D), cuja passagem é realizada mediante a aplicação da garantia (G) como regra de inferência, que por sua vez possui um apoio (A).

Como veremos a seguir, a teoria da argumentação em Toulmin constitui uma das bases da teoria do discurso e da argumentação em Habermas, que apresenta uma solução para a fundamentação do salto lógico de A para G: o princípio da indução, para a fundamentação nos discursos teórico-empíricos, e o da universalização, para a fundamentação de normas nos discursos práticos.

¹⁶⁵ TOULMIN, *An examination...*, p. 83-85. Toulmin, nesta obra, assume o objetivo de uma descrição do discurso moral em que uma boa argumentação possa ser distinguida da má argumentação e o argumento válido possa ser distinguido do inválido (Ibid., p. 160-161). Não cabe aqui proceder às descrições das regras, níveis e formas da argumentação moral, que definem o jogo de linguagem da moral. Remeto aqui à análise realizada por Alexy (ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996c, p. 119-120).

1.5 Racionalidade Comunicativa e Ética do Discurso em Jürgen Habermas

1.5.1 Teoria consensual da verdade

No artigo “Teorias da Verdade”, Habermas analisa o conceito de verdade a partir das seguintes questões: (a) O que podemos dizer que é verdadeiro ou falso? (b) Se for verdade que em todas as sentenças da forma “p é verdadeira” a expressão “é verdadeira” é redundante, então seria necessária uma teoria da verdade? (c) Como se relacionam os fatos que afirmamos com os objetos da nossa experiência?¹⁶⁶

Na metade do século passado, o mais importante debate acerca das teorias da verdade foi travado entre Austin e Strawson,¹⁶⁷ cujos artigos foram publicados na coletânea “Truth”, editada por George Pitcher e publicada em 1964.

Austin distingue sentenças (sentences) de enunciados (statements). Por enunciado entende:

[...] manifestações por um determinado falante ou escritor de certas palavras (uma sentença) para uma audiência com referência a uma situação histórica, evento, ou outra coisa... Uma sentença é feita **de** palavras, um enunciado é feito **em** palavras... Enunciados são feitos, palavras ou sentenças são usadas. Nós falamos do meu enunciado, mas da sentença em língua inglesa [...]. A mesma sentença é usada para fazer diferentes enunciados [...]. Nós falamos do ‘enunciado que S’, mas da sentença ‘S’, não da ‘sentença que S’.¹⁶⁸

Portanto, para Austin, são os enunciados (ou afirmações)¹⁶⁹, entendidos como manifestações lingüísticas datáveis, que são verdadeiras ou falsas¹⁷⁰. Para

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. Wahrheitstheorien. In: *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984, S. 127-137.

¹⁶⁷ PITCHER, G. Introduction. In: PITCHER, G. (Ed.). *Truth*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1964, p. 14)

¹⁶⁸ AUSTIN, J. L. Truth. In: PITCHER, G. (Ed.). *Truth*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1964, p. 20-21.

¹⁶⁹ No texto original de Habermas: “[...] eine bestimmte Klasse von Äußerungen, nämlich Behauptungen (*assertions, statements* [...])” (HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 127).

Habermas, contudo, isso contradiz o significado da verdade, que coloca uma pretensão de invariância e, portanto, tem caráter não-episódico.¹⁷¹

Aponta Strawson que o termo “enunciado” (statement) tem uma duplicidade de sentido, pois pode ser tanto o que eu digo (what I say) quanto o meu dizer (My saying). Neste último caso, por exemplo, “Seu enunciado foi recebido com estrondoso aplauso”, já no primeiro caso, por exemplo, quando eu digo que “o mesmo ‘statement’ foi primeiro sussurrado por John e depois gritado por Peter, manifestado primeiro em francês e repetido em inglês. No primeiro caso, sublinha Strawson, a palavra “statement” foi descolada da referência a qualquer episódio particular de fala.¹⁷²

Para Habermas, no que segue Strawson, as afirmações ou os enunciados no sentido de Austin, entendidos como manifestações datadas,¹⁷³ não podem ser verdadeiras ou falsas. Então são as proposições (Aussagen)¹⁷⁴ no segundo sentido de “statement”, apontado por Strawson, ou seja, “o que eu digo (what I say)”, que podem ser verdadeiras ou falsas, em vista dos estados de coisas que nelas são reproduzidos ou expressados.¹⁷⁵ Portanto, a verdade é uma pretensão de validade que nós vinculamos com proposições na medida em que nós as afirmamos:¹⁷⁶

¹⁷⁰ AUSTIN, Truth, p. 21. Segundo Austin: “Um enunciado é dito ser verdadeiro quando o estado de coisas histórico com o que ele está correlacionado por convenções demonstrativas (aquelas a que ‘se refere’) é de um tipo com o que a sentença usada ao fazê-lo é correlacionada por convenções descritivas” (“A statement is said to be true when the historic state of affairs to which it is correlated by the demonstrative conventions (the one to which it ‘refers’) is of a type with which the sentence used in making it is correlated by the descriptive conventions”) (AUSTIN, Truth, p. 22).

¹⁷¹ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 128.

¹⁷² STRAWSON, P. F. Truth. In: PITCHER, G. (Ed.). *Truth*. New Jersey: Prentice-Hall, 1964, p. 33.

¹⁷³ No original *Behauptungen*, seguido das expressões inglesas *assertions* e *statements* (HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 127.).

¹⁷⁴ Um artigo escrito por Searle e referido por Habermas em “Wahrheitstheorien” (nota 6) esclarece o sentido que o autor alemão dá à expressão “Aussage” e, com isso, justifica a sua tradução por proposição. Nesse artigo, Searle elabora sua distinção entre os dois sentidos de “statement”. Em relação ao segundo sentido (“o que eu digo”), a que chama “statement-object”, diz ser sinônimo de “proposition” enquanto “proposição construída enquanto enunciada” (“proposition construed as stated”) (SEARLE, John R. Austin on Locutionary and Illocutionary Acts. *The Philosophical Review*, v. 77, n. 4, p. 405-424, oct., 1968. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2183008>>. Acesso: 4 mar. 2009).

¹⁷⁵ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 128. Há uma tradução espanhola: Teorías de la verdad. In: HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Traducción M. J. Redondo. Madrid: Cátedra, 1994, p. 114.

¹⁷⁶ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 129. Teorías de la verdad, p. 114.

Verdade chamamos nós a pretensão de validez, que nós unimos com atos de fala constataivos. Uma proposição é verdadeira quando está justificada a pretensão de validade dos atos de fala com os quais nós, sob o emprego de sentenças, afirmamos essa proposição.¹⁷⁷

(b) A teoria da verdade como redundância (“que ‘p’ é verdadeiro” não acrescenta nada à afirmação “p”), responde afirmativamente à segunda questão.¹⁷⁸ Entretanto, Habermas vê como saída à redundância a divisão da comunicação em dois âmbitos: discursos e ações. No âmbito das ações, reconhecemos e pressupomos as pretensões de validez implicadas nas manifestações (afirmações) para intercambiar informações (isto é, experiências relativas às ações). No discurso a forma de comunicação é a argumentação, em que se tornam tema as pretensões de validez que se tornaram problemáticas e se examina sua justificação.¹⁷⁹

Questões de verdade só existem no discurso e não no âmbito da ação. Assim é possível superar a teoria da verdade como redundância, uma vez que a verdade somente se dá em um nível metalingüístico, o do discurso, no qual as afirmações, feitas no âmbito do contexto da ação, são confirmadas ou negadas.¹⁸⁰

(c) Com relação à terceira questão, em Habermas os fatos¹⁸¹ (*Tatsachen*) devem ser distinguidos dos objetos da experiência: “o que afirmamos nós de objetos é, quando a afirmação está justificada, um fato.”¹⁸² Habermas entende por estados de coisas (*Sachverhalten*) o conteúdo proposicional de afirmações cujo conteúdo veritativo foi problematizado. Fatos são estados de coisas existentes. Quando afirmamos um fato, portanto, não estamos a referir, com esta afirmação, a existência de objetos, mas sim a verdade de proposições, embora estejamos supondo a existência de objetos.¹⁸³

¹⁷⁷ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 135. Teorías de la verdad, p. 120.

¹⁷⁸ Para uma comparação entre as teorias da verdade, ver, dentre outros: TUGENDHAT, E.; WOLFF, U. *Logisch-semantische Propädeutik*. Stuttgart: Philipp Reclam Jun Stuttgart, 1993, S. 217-242. Edição brasileira: TUGENDHAT, E.; WOLFF, U. *Propedêutica lógico-semântica*. Tradução F. A. Rodrigues. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 170-189.

¹⁷⁹ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 130.

¹⁸⁰ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 130.

¹⁸¹ “Fatos são o que enunciados, quando verdadeiros, enunciam; eles não são o que sobre os quais tratam os enunciados. Eles não são, como as coisas ou os acontecimentos na face do globo, presenciados, ouvidos ou vistos” (PITCHER, Introduction, p. 38).

¹⁸² HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 132.

¹⁸³ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 134-135. Teorías de la verdad, p. 119

Nos contextos da ação, nós nos informamos sobre objetos da experiência. Embora o conteúdo da informação se apóia em fatos, só podemos falar de “fatos” quando se põe em dúvida uma informação e passa-se a se discutir o seu conteúdo desde o ponto de vista da possibilidade de que algo possa ser o caso ou não possa ser o caso. Assim, falamos de “fatos quando então ao menos um proponente o afirma e ao menos um oponente o contesta.”¹⁸⁴

Portanto, os fatos somente advêm à linguagem no âmbito do discurso, pois, nos contextos da ação, informamo-nos apenas sobre objetos da experiência. Com isso, Habermas distingue a **experiência**, que ocorre no contexto da ação e que pode ser objetiva ou simplesmente subjetiva, do **pensamento** (*Gedanke*, no sentido de Frege), que é verdadeiro ou falso.¹⁸⁵

Assim, a idéia de verdade somente pode desenvolver-se com referência ao resgate discursivo de pretensões de validez.¹⁸⁶ Essa é a finalidade da teoria consensual da verdade, segundo a qual “eu posso (com a ajuda de sentenças predicativas) atribuir um predicado a um objeto se também cada outro que pudesse entrar em uma conversação comigo atribuisse o mesmo predicado ao mesmo objeto”.¹⁸⁷

Assim, a condição de verdade das proposições é o potencial assentimento de todos os parceiros de conversação que “eu pudesse encontrar se minha vida fosse co-extensiva com a história do mundo humano”.¹⁸⁸

Desse modo, para Habermas, a teoria da verdade como correspondência falha ao não distinguir fato do objeto da experiência. Mas para Habermas, esta teoria

¹⁸⁴ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 134; *Teorías de la verdad*, p. 118.

¹⁸⁵ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 135; *Teorías de la verdad*, p. 119. Sobre o pensamento em Frege, ver 1.1.1.

¹⁸⁶ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 135-136; *Teorías de la verdad*, p. 120.

¹⁸⁷ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 136; *Teorías de la verdad*, p. 121

¹⁸⁸ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 136-137; *Teorías de la verdad*, p. 121.

tem algo de verdadeiro, pois se os enunciados refletem fatos, então tais fatos têm de ser dados em algum sentido.¹⁸⁹

1.5.2 A racionalidade comunicativa

Habermas assume a tarefa de reconstrução das pressuposições e condições pragmático-formais do comportamento explicitamente racional após o fracasso tanto das teorias substantivas e ontológicas da natureza, da história, da sociedade, etc., como também diante da impossibilidade de reconstrução apriorística de dotação transcendental de um sujeito genérico, não empírico, de uma consciência em geral, que caracterizou a filosofia transcendental.¹⁹⁰

Então apresenta uma racionalidade pós-metafísica e comunicativa que possui conotações que remonta à capacidade de unir sem coações e de gerar consensos. Na fala argumentativa, diversos participantes vencem suas concepções inicialmente apenas subjetivas e, em benefício de uma comunidade de convicções racionalmente motivadas, asseguram-se, ao mesmo tempo, da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade de suas conexões de vida.¹⁹¹

Essa racionalidade comunicativa não parte do pressuposto ontológico de um mundo objetivo, porém a objetividade só ganha o mundo pelo fato de que o mundo é

¹⁸⁹ Habermas refere-se à objeção lógica feita por Peirce, para quem a teoria da correspondência é auto-contraditória. Se realidade está vinculada a proposições sobre fatos e entendemos o mundo como a soma de todos os fatos, então a correspondência entre realidade e fatos só pode determinar mediante proposições. Então a teoria da verdade como correspondência trata em vão de romper o âmbito da lógica da linguagem. Mas, para Habermas, essa teoria tem algo de verdadeiro, pois se as proposições refletem (wiedergeben) fatos, então tais fatos têm de ser dados em algum sentido, e exatamente esta é a propriedade que possuem os objetos reais e objetos de experiência, que são algo no mundo (HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 133).

¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationaltät und gesellschaftliche Rationalisierung*. Frankfurt Am Main: Suhrkamp, 1995, Bd. 1, S.16. Há uma tradução espanhola: HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. 4. ed. Madrid: Taurus, 2003, v. 1, p. 16-17.

¹⁹¹ HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 28. HABERMAS, *Teoría de la acción...*1, p. 27.

considerado como um e mesmo mundo que vale para uma comunidade de sujeitos capazes de linguagem e de ação.¹⁹²

Em oposição à racionalidade comunicativa, apresenta a racionalidade cognitivo-instrumental, concernente à auto-afirmação com êxito no mundo objetivo, possibilitada pela capacidade de manipular informadamente e de adaptar-se às condições de um ambiente contingente.¹⁹³

Em contraste com a racionalidade cognitivo-instrumental, um grau mais alto de racionalidade comunicativa amplia as possibilidades de coordenar as ações sem recorrer à coerção e de solucionar consensualmente os conflitos de ação.¹⁹⁴

Além disso, a racionalidade, além de estar ligada a ações, mede-se também pelo comportamento de pessoas. A racionalidade de uma pessoa mede-se do seguinte modo:

Qualquer um participando em um argumento mostra sua racionalidade, ou falta dela, pelo modo em que age e responde ao oferecimento de razões contra e a favor de pretensões. Se ele está 'aberto a argumentos', ele ou reconhecerá a força daquelas razões ou buscará replicá-las, e em ambos os casos ele tratará com elas de um modo racional. Se ele é 'surdo a argumentos', pelo contrário, ele pode ou ignorar as razões contrárias ou replicará elas com asserções dogmáticas, e em ambos os casos ele falha em tratar os assuntos 'racionalmente'.¹⁹⁵

Outrossim, em virtude da suscetibilidade de crítica, o conceito de fundamentação, é ligado com o de aprendizado: “uma racionalidade permanece

¹⁹² HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 30. HABERMAS, *Teoría de la acción...1*, p. 31-33.

¹⁹³ HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 28. HABERMAS, *Teoría de la acción...1*, v. 1, p. 27. Outrossim, distingue Habermas o agir comunicativo, com a pretensão de validez, do agir estratégico, em que um **atua** sobre o outro para **ensejar** a continuação desejada de uma interação de adesão (HABERMAS, Jürgen. *Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso*. In: _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, Cap. 3, p. 79)

¹⁹⁴ HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 34. HABERMAS, *Teoría de la acción...1*, p. 33.

¹⁹⁵ TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. *An Introduction to reasoning*. NewYork: Macmillan Publishing, 1979, p. 13.

casual se ela não é conectada à capacidade de aprender dos desacertos, da refutação de hipóteses e dos fracassos das intervenções no mundo”.¹⁹⁶

1.5.3 Pretensões de validade e a teoria da argumentação

Habermas assenta as bases de sua teoria da argumentação na teoria dos atos de fala. Esta, por sua vez, é enquadrada em uma teoria geral da comunicação.¹⁹⁷ Interessa, para os propósitos deste trabalho, a sua teoria da argumentação.

A racionalidade comunicativa remete à prática da argumentação como instância de apelação que permite prosseguir a ação comunicativa com outros meios quando se produz um desacordo que já não pode ser absorvido pelas rotinas cotidianas e que, tampouco, pode ser decidido pelo uso estratégico do poder.¹⁹⁸

Argumentação é um: “tipo de discurso em que os participantes tematizam e testam as pretensões de validade discutíveis com argumentos para resgatá-las ou criticá-las”. Um argumento contém fundamentos que são enlaçadas de modo sistemático com a pretensão de validade de uma expressão problematizada.¹⁹⁹

A forma de argumentação em que pretensões de verdade controvertidas tornam-se tema é o discurso teórico. O discurso prático é a forma de argumentação em que se tornam tema as pretensões à correção normativa.²⁰⁰

O conceito de pretensão de validade surge nos contextos de todo agir comunicativo, antes de toda reflexão, e se dá pela motivação racional pelo outro

¹⁹⁶ HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 39. HABERMAS, *Teoría de la acción...*1, p. 37.

¹⁹⁷ Nesse sentido, ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation* 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996c, S. 138.

¹⁹⁸ HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 37. HABERMAS, *Teoría de la acción...*1, p. 36.

¹⁹⁹ HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 38. *Teoría de la acción...*1, p. 37.

²⁰⁰ HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, S. 39. *Teoría de la acción...*1, p. 38. Sobre a pretensão de correção normativa, em Habermas, ver infra 1.5.6.

para uma ação de adesão - pelo efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita.²⁰¹

Habermas indica quatro classes de pretensões de validade: inteligibilidade, verdade, correção e sinceridade. Elas constituem um plexo que forma a racionalidade. Todo jogo de linguagem que funciona, no qual se intercambiam atos de fala coordenados, vê-se acompanhado de um “consenso de fundo”. Esse consenso consiste no reconhecimento recíproco de, ao menos, estas quatro pretensões de validade que os falantes competentes terão de levantar em cada um de seus atos de fala: pretende-se inteligibilidade para as manifestações, a verdade de seu componente proposicional, a correção de seu componente performativo e a sinceridade da intenção expressada pelo falante.²⁰²

Nos casos de pretensões de verdade e correção, o falante oferece uma garantia de que oferece razões em sua fala, tendo um efeito de coordenação, de que se esforçará, se necessário, para resgatar a pretensão erguida. No caso da pretensão de sinceridade, a garantia dá-se pela consistência de seu comportamento, pois que alguém pense sinceramente o que diz é algo a que só se pode dar credibilidade pela consequência da ação, não pela indicação de fundamentos²⁰³.

A pretensão de sinceridade, portanto, não pode ser resolvida no âmbito do discurso, apenas no contexto da ação. Já as pretensões de verdade e de correção funcionam como pretensões que se aceitam em atenção à possibilidade de que, em caso de restarem problematizadas no contexto da ação (quando se torna problemática a verdade do conteúdo proposicional de uma expressão ou se torna problemática a correção da norma que subjaz ao ato de fala), possam desempenhar discursivamente.

²⁰¹ HABERMAS, Notas programáticas..., in: *Consciência moral...*, p. 79.

²⁰² HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 137-138; *Teorias de la verdad*, p. 121-122.

²⁰³ HABERMAS, Notas programáticas..., in: *Consciência moral...*, p.79.

Já a inteligibilidade é **condição de comunicação** e faz compreensível o sentido da relação interpessoal e o sentido do componente proposicional de sua manifestação. Também ela não pode ser resolvida no discurso.²⁰⁴

Um aspecto importante, por fim, é a distinção entre pretensão de validade e **vivência de certeza**:

Uma pretensão de validade anuncio eu como algo verificável intersubjetivamente, uma certeza posso eu expressar apenas como algo subjetivo [...]. Uma pretensão de validade eu a levanto, uma certeza eu a tenho.²⁰⁵

1.5.5 O consenso fundado e a lógica do discurso

A racionalidade comunicativa tende à consecução de um consenso que descansa sobre um reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade suscetíveis de crítica. Esse acordo alcançado comunicativamente tem de apoiar-se em fundamentos. Desse modo, a racionalidade daqueles que tomam parte nessa práxis comunicativa mede-se nisso, se eles poderiam fundamentar suas manifestações sob circunstâncias adequadas.²⁰⁶

Esse consenso, contudo, não pode ser entendido como acordo a que se alcança contingentemente. O acordo a que alcança em um discurso tem de ser um **consenso fundado**. Não se trata da circunstância de que se alcance um consenso, mas de que, em todo momento e em todo lugar, quando nós entramos apenas em um discurso, um consenso pode ser alcançado sob condições que os indiquem como consensos fundados.²⁰⁷

²⁰⁴ (HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 158; HABERMAS, *Teorías de la verdad*, p. 138).

²⁰⁵ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 140; HABERMAS, *Teorías de la verdad*, p. 124.

²⁰⁶ HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 37; HABERMAS, *Teoría de la acción...*, v. 1, p. 36.

²⁰⁷ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 160; HABERMAS, *Teorías de la verdad*, p. 139.

Há, todavia, de se buscar as condições sob as quais um consenso pode considerar-se fundado. Um consenso fundado é aquele alcançado argumentativamente, então há de se mostrar em que consiste a força geradora de consenso de um argumento. Isso não pode consistir no mero fato de poder chegar argumentativamente a uma concordância.²⁰⁸

Para que um consenso seja fundado, nele deverão estar ausentes a coação lógica e a coação empírica, bem como deve nele existir a força do melhor argumento. Esta força é a motivação racional²⁰⁹.

Essas condições que permitem qualificar este consenso como fundado têm de ser buscadas na lógica do discurso, cujas unidades lógicas são os atos de fala. É uma lógica pragmática, que investiga as propriedades formais das conexões de argumentações. Ela diferencia-se tanto da lógica de proposições, que indica as regras de construção e transformação de proposições em valores de verdade constantes, quanto de uma lógica transcendental, que investiga os conceitos fundamentais relevantes para a constituição de objetos da experiência possível.²¹⁰

O próximo passo é explicitar a estrutura do argumento, o que faz com base em Toulmin²¹¹. Um argumento é o fundamentação que deve nos motivar a reconhecer, respectivamente, a pretensão de validade de uma afirmação ou o mandato de uma avaliação. No caso do passo da garantia (backing) ao apoio (warrant), um argumento extrai sua força que visa ao consenso da justificação dessa passagem.²¹²

Na lógica do discurso, aparecem, no lugar das modalidades lógicas impossível (contradição), necessário (impossibilidade da negação) e possível (negação da impossibilidade), outras modalidades que qualificam formalmente a adequação de um argumento para apoiar ou debilitar uma pretensão de validez.

²⁰⁸ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 161; HABERMAS, *Teorías de la verdad*, p. 140.

²⁰⁹ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 160; HABERMAS, *Teorías de la verdad*, p. 139.

²¹⁰ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 161; HABERMAS, *Teorías de la verdad*, p. 140.

²¹¹ Ver sobre Toulmin, *supra*, 1.4.1.

²¹² HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 162; HABERMAS, *Teorías de la verdad*, p.141.

Para fundamentação de uma pretensão de validade um argumento pode ser, então, discordante (impossível) ou forçoso (necessário) ou acertado (possível).²¹³

Habermas chama a atenção dos argumentos que são **acertados**. Os argumentos acertados são argumentos substanciais, uma vez que, embora não exista nenhuma relação dedutiva e, não obstante a “descontinuidade lógica”, isto é, um “salto de tipo” entre o apoio e a garantia, são argumentos válidos.²¹⁴

A nova questão que se coloca, então, é força que visa ao consenso (konsenszielende Kraft), que permite passar do apoio à garantia.²¹⁵

Primeiro exemplo: “A água desta panela se dilata” é uma afirmação que precisa explicação (C). Explicação (D): “está recebendo calor”. Fundamentação mediante uma hipótese legal (G): “uma correspondente lei da termodinâmica”. Evidência casuística em apoio da hipótese (A): uma série de constatações sobre a covariância reiteradamente observada entre magnitudes como o volume, a temperatura e o peso dos corpos.²¹⁶

Segundo exemplo: recomendação necessitada de justificação (C): “deves devolver a A os 50 marcos alemães antes do final de semana”. Justificação (D): “A emprestou a ti dinheiro por quatro semanas”. Fundamentação mediante uma norma de ação (G): “os empréstimos devem ser devolvidos nos prazos acordados”. Evidência casuística em apoio da norma (A): “uma série de referências às conseqüências e conseqüências secundárias (Nebenfolgen) da aplicação da norma para o cumprimento de necessidades aceitas, por exemplo, os empréstimos possibilitam uma utilização flexível dos recursos escassos”.²¹⁷

²¹³ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 162; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 141.

²¹⁴ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 162; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 141.

²¹⁵ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 164-165; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 143.

²¹⁶ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 165; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 143.

²¹⁷ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 165; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 143.

Portanto, a passagem de A para G não se dá em um sistema dedutivo, mas por meio dos princípios-ponte da indução (para a fundamentação de afirmações) e da universalização (para a fundamentação de normas de ação).²¹⁸

A indução serve para justificar a travessia de um número finito de proposições singulares (dados) para uma proposição universal (hipótese). A universalização serve de princípio ponte para justificar a passagem desde referências descritivas (as conseqüências e conseqüências secundárias da aplicação de uma norma para o cumprimento de necessidades geralmente aceitas) à norma.²¹⁹

O papel desses princípios-ponte está estreitamente ligado com a linguagem da fundamentação, que antecede a experiência e que, por sua vez, pode ser entendido como resultado do processo de formação dependente da experiência. Os predicados básicos de linguagens de fundamentação expressam esquemas cognitivos, que podem ser entendidos no sentido de Piaget, como resultado de um processo de assimilação, que é simultaneamente processo de acomodação (Akkomodation)²²⁰. Esses esquemas, portanto, são eles mesmos resultado de processos de formação da experiência; por outro lado, frente a experiências que neles são organizados *como* experiências, esses esquemas têm uma validade apriorística.²²¹

²¹⁸ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 166; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 144-145.

²¹⁹ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. p. 167; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 145.

²²⁰ Piaget define assimilação como “integração de dados a uma estrutura anterior, ou mesmo a constituição de uma nova estrutura sob a forma elementar de um esquema” (PIAGET, J. *Epistemologia genética*. Tradução Á. Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.12-13). Com isso marca sua diferença tanto em relação ao inatismo (“segunda a qual o sujeito está munido desde o início de estruturas endógenas que imporá aos objetos”, (PIAGET, *Epistemologia...*, p. 7) quanto em empirismo (“toda a informação cognitiva emana dos objetos, informando de fora o sujeito”, (PIAGET, *Epistemologia...*, p. 7). O conhecimento, então, “não pode ser concebido como algo predeterminado nem nas estruturas internas do sujeito, porquanto estas resultam de uma construção efetiva e contínua, nem nas características preexistentes do objeto, uma vez que elas só são conhecidas graças à mediação necessária dessas estruturas, e que estas, ao enquadrá-las, enriquecem-nas... Em outras palavras, todo conhecimento contém um aspecto de elaboração nova [...]” (PIAGET, *Epistemologia...*, p. 1). Para Piaget, os objetos comportam estruturas que existem independentemente de nós e são somente são conhecidos graças às nossas operações que lhes são aplicáveis e que constituem o quadro do instrumento de assimilação que permite atingi-los, entretanto são alcançáveis por aproximações sucessivas, o que equivale dizer que eles representam um limite jamais atingido, embora sejamos obrigados a acreditar que sim (PIAGET, *Epistemologia...*, p. 114-115).

²²¹ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 167; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 145.

A indução significa exatamente o tipo de experiência em que se formaram previamente os esquemas cognitivos que entraram nos predicados básicos da linguagem de fundamentação. Esse sistema de linguagem elege os dados permitidos para uma confirmação ou refutação indutiva e a indução garante a coerência das proposições universais que aparecem em um argumento com outras proposições universais que podem formar-se dentro do mesmo sistema de linguagem. Portanto, esse sistema de linguagem conceitual, que garante a via indutiva da verdade de uma proposição universal, antecede a toda argumentação possível nessa linguagem.²²²

Mas permanece ainda em aberto a questão do que gera a força geradora de consenso de um argumento, uma vez que ela não decorre da confrontação de sentenças particulares com as experiências, mas sim do confronto das proposições universais com todo o sistema de linguagem.²²³

A resposta de Habermas está na chamada “adequação” (Angemessenheit) do sistema de linguagem ao âmbito do objeto (Gegenstandsbereich). Nesse sentido menciona a teoria cibernética de verdade, de C. F. von Wiezsäcker, que interpreta a verdade como aquela relação-sistema-ambiente que na etapa sócio-cultural da evolução responde à relação de adaptação dos organismos ao seu ambiente. Esse conceito de verdade vem a coincidir com a adequação dos sistemas cognitivos de Piaget: “também estes se “ajustam” a uma realidade que para nós se constitui como realidade para nós no processo de formação como realidade”.²²⁴

Essa adequação, entretanto, para Habermas, não pode ser entendida como verdade, pois nem os esquemas cognitivos e nem os conceitos e predicados podem ser verdadeiros ou falsos. A adequação é uma categoria que pertence à esfera da cognição ou da ação, na qual não se tematizam pretensões de validade.²²⁵

²²² HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 168; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 146.

²²³ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 168; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 146.

²²⁴ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 168-169; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 146.

²²⁵ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 169; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 147.

Portanto, a verdade tem de se definir por referência à argumentação. Com isso, a questão se um sistema de linguagem é adequado a um âmbito do objeto, então pode converter-se ela mesma em objeto da argumentação. O progresso do conhecimento se efetua em forma de crítica substancial da linguagem.²²⁶

1.5.6 Pretensão de correção normativa e a situação ideal de fala

Embora as proposições normativas não sejam passíveis de verdade no mesmo sentido que as proposições descritivas, elas apresentam uma pretensão de correção normativa. A pretensão de correção normativa parte de uma suposição mais fraca de uma pretensão de validade análoga à verdade.²²⁷

Ao igual que os atos de fala constatativos, em que alguém faz uma afirmação e é capaz de defendê-la frente a um crítico, aduzindo as evidências pertinentes, também as ações que levam associadas pretensões de correção normativas e veracidade subjetiva satisfazem o requisito essencial para a racionalidade: “elas podem ser fundamentadas e criticadas.”²²⁸

Além disso, as sentenças assertóricas empregadas em atos de fala constatativos parecem estar para os fatos numa relação análoga à maneira pelas quais as sentenças normativas empregadas em atos de fala regulativos se relacionam a relações interpessoais legitimamente ordenadas. A verdade das sentenças significa a existência de estado de coisas, assim como, analogamente, a correção das ações significa o preenchimento de normas.²²⁹

²²⁶ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 170-172; HABERMAS, *Teorías de la verdad*, p. 148.

²²⁷ HABERMAS, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, 7. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, S. 66, 87.

²²⁸ HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 35-36. HABERMAS, *Teoría de la acción...*, v. 1, p. 34.

²²⁹ HABERMAS, *Moralbewusstsein...*, S. 69; HABERMAS, *Consciência moral...*, p. 80.

Diz Habermas que se pode falar, então, de normas existentes: “A validade normativa é o modo de existência das normas. Expressa-se em sentenças de dever: em dadas situações deve-se (ou é obrigatório) executar (ou omitir) a ação x”.²³⁰

As pretensões de correção normativa partem do suposto que se pode alcançar, em princípio, um consenso fundado ou aprovação racionalmente motivada de todos os afetados.²³¹

A força que visa ao consenso do argumento decerto baseia-se na suposição de que o sistema de linguagem, em cujo quadro se interpretam tanto a recomendação necessária de justificação, como também a norma e as necessidades geral ou universalmente aceitas que se aduzem para apoiá-las, é adequado.²³²

Os conceitos básicos de uma linguagem ética podem entender-se como esquemas cognitivos que se formaram filogeneticamente com a evolução das imagens do mundo de sistema morais e no plano da ontogênese com o desenvolvimento da evolução da consciência moral.²³³

A argumentação pode apenas pretender a força que visa ao consenso por meio da argumentação se é assegurado que os participantes possam questionar e revisar a linguagem de fundamentação em que interpretam suas necessidades.²³⁴

Isso implica que os discursos teórico e prático têm que fazer possível uma progressiva radicalização, isto é, auto-reflexão do sujeito cognoscente e do sujeito agente. No caso do discurso prático, o primeiro passo é a passagem **de mandatos/proibições problematizados**, que representam eles próprios ações, para recomendações ou advertências, cuja controvertida pretensão de validade se converte em objeto do discurso (entrada no discurso). O segundo passo consiste na justificação teórica dos mandatos/proibições problematizados, isto é, em **dar ao menos um argumento** dentro do sistema de linguagem eleito (discurso prático). O terceiro passo é a passagem a uma modificação do sistema de linguagem

²³⁰ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 146; HABERMAS, *Teorías de la verdad*, p. 128.

²³¹ HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 39-40. *Teoría de la acción...* 1, p. 38-39.

²³² HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 173; HABERMAS, *Teorías de la verdad*, p. 150.

²³³ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 173; HABERMAS, *Teorías de la verdad*, p. 150.

²³⁴ HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, S. 175; HABERMAS, *Teorías de la verdad*, p. 150.

inicialmente eleito ou a uma ponderação da **adequação dos sistemas de linguagem** alternativos (discursos metaético ou meta-político). O último passo é a passagem a uma **reflexão acerca da dependência das nossas estruturas de necessidades** com o estado de nosso saber e poder.²³⁵

A força que visa ao consenso consiste em que podemos ir e vir entre os distintos níveis do discurso, tão freqüentemente como seja necessário, até que surja um consenso. Portanto, o discurso há de possuir propriedades formais que assegurem a passagem livre entre os distintos níveis do discurso. Uma situação ideal de fala possui tais propriedades.²³⁶

Uma situação ideal de fala têm de cumprir as seguintes condições:

a) postulado de igualdade de abrir discursos: “Todos os participantes potenciais de um discurso têm de ter igual chance de utilizar atos de fala comunicativos, de modo eles, em todo momento, possam abrir discursos, bem como possam perpetuá-los mediante falas (Rede) e réplicas (Gegenrede), perguntas e respostas”;

b) postulado da igualdade de fala no discurso: “Todos os participantes em um discurso têm de ter igual chance de fazer interpretações, afirmações, recomendações, esclarecimentos e justificações e de problematizar, arrazoar ou refutar estas pretensões de validade, de modo que nenhum prejuízo fique subtraído por muito tempo à tematização e à crítica.”;

c) postulado da veracidade no discurso: “Para o discurso só se permitem falantes que, como agentes, têm chances iguais de utilizar atos de fala representativos, isto é, de expressar atitudes, sentimentos e desejos.”;

d) postulado da reciprocidade de expectativa de comportamento: Exigência de exclusão de privilégios: “Para o discurso só se permitem falantes que, como agentes, têm chances iguais de empregar atos de fala regulativos, isto é, de mandar

²³⁵ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 175-176; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 151-152.

²³⁶ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 175-176; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 151-152.

e opor-se, de permitir e proibir, de fazer e retirar promessas, de prestar contas e pedi-las²³⁷.

Cumpridas as condições da situação ideal de fala, é possível qualificar-se um consenso como racional, de modo a distingui-lo de um consenso enganoso.²³⁸

Habermas distingue as condições ideais de fala das condições empíricas de fala. Reconhece que a fala empírica está submetida a limitações espaço-temporais do processo de comunicação, bem como dos limites da carga (Belastungsgrenze) psíquica dos participantes no discurso, que excluem, em princípio, um inteiro cumprimento das condições ideais. Entretanto, uma realização suficiente das exigências não se pode tomar aprioristicamente como impossível, porque as restrições podem ser compensadas através de dispositivos institucionais ou neutralizadas em seus efeitos sobre o objetivo declarado de uma distribuição igual de chances para utilizar atos de fala.²³⁹

A situação ideal de fala, todavia, não é um fenômeno empírico e nem uma simples construção, senão uma suposição inevitável que fazemos nos discursos. Há, portanto, uma antecipação de uma situação ideal de fala:

Essa antecipação somente é uma garantia de que podemos nós unir, com um consenso alcançado faticamente, a pretensão de um consenso racional; igualmente é um critério crítico que pode ser colocado em questão em cada consenso alcançado faticamente e também pode ser ele examinado se é um indicador suficiente para um consenso fundado.²⁴⁰

²³⁷ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 177-178; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 153-154.

²³⁸ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 179; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 154.

²³⁹ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 179; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 154-155.

²⁴⁰ HABERMAS, Wahrheitstheorien, S. 180; HABERMAS, Teorías de la verdad, p. 155.

1.5.7 A ética discursiva

1.5.7.1 A fundamentação de um conteúdo cognitivista e pragmático da moral

Uma das classificações mais importantes da metaética é a que divide as teorias morais em teorias cognitivistas e não-cognitivistas. As primeiras exprimem o sentido do imperativo categórico kantiano de que sentenças ou manifestações morais têm, quando podem ser fundamentadas, um conteúdo cognitivo.²⁴¹ Já as teorias não-cognitivistas negam conteúdo cognitivo às normas morais.²⁴²

Teorias não-cognitivistas dividem-se em não-cognitivismos forte, segundo as quais por detrás de todo conteúdo cognitivo da linguagem moral há somente ilusões, sentimentos ou posições de origem subjetiva,²⁴³ e não-cognitivismos fracos, que parte de que os atores podem deixar afetar seu arbítrio apenas por meio da racionalidade dos fins,²⁴⁴ como é o caso de teorias utilitaristas, que vêm nas preferências a origem do sentido de obrigatório das orientações de valor e dever.²⁴⁵

Com a passagem para o pluralismo de concepções de mundo, decompõe-se nas sociedades modernas a religião e o *Ethos* nela enraizado como fundamento de validação pública de uma moral compartilhada por todos. Assim, não é mais possível a sustentação de uma validação das normas morais por meio de uma fundamentação ontoteológica e soteriológica, que conferia aos mandamentos morais uma validação pelo fato de expressarem o conteúdo da sábia legislação do Deus criador e indicarem o caminho para a salvação pessoal.²⁴⁶

²⁴¹ HABERMAS, J. Uma visão genealógica da moral. In: HABERMAS, J. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 10-11.

²⁴² HABERMAS, Uma visão genealógica..., in: _____. *A inclusão...*, p. 11-60.

²⁴³ HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 14; HABERMAS, J. Eine genealogische Betrachtung zum cognitive Gehalt der Moral. In: _____. *Die Einbeziehung des Anderen: studien zur politischen theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, S. 14.

²⁴⁴ HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 38; HABERMAS, Eine genealogische..., S. 36-37.

²⁴⁵ HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 11-60.

²⁴⁶ HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 20; HABERMAS, Eine genealogische, S. 19.

Ao lado disso, a virada lingüística parecia levar definitivamente, seguindo os passos de Wittgenstein,²⁴⁷ à impossibilidade da existência de proposições não-descriptivas, qualificadas como sem-sentido. Com isso, restaria a solução de questões morais apenas por meio da dedução ou por evidências empíricas.

Para Habermas, contudo, um acordo sobre as questões teóricas ou morais não pode ser imposto nem dedutivamente nem por evidências empíricas. No caso da dedução, os argumentos não trazem nada de absolutamente novo; e na medida em que se apóiam em experiências e necessidades, essas podem ser diversamente interpretadas à luz de diferentes teorias com a ajuda de diferentes sistemas de descrição e por isso não oferecem nenhum fundamento último.

Habermas concebe então a fundamentação de forma pragmática, em que, em uma práxis de justificação pública, possa-se resgatar-se reivindicações de validade por meio de razões e em que apenas a força do melhor argumento determine o sim ou não dos participantes.²⁴⁸

A empresa de fundamentação de um conteúdo cognitivo da moral exige então a fundamentação de uma validação “sob condições de comunicação que garantam que *cada um*, também da perspectiva de sua própria autocompreensão e compreensão do mundo, possa testar a aceitabilidade de uma norma elevada a práxis geral”.²⁴⁹

Validade então agora significa “que normas morais poderiam encontrar o assentimento de todos os envolvidos, quando esses testarem em conjunto, em discursos práticos, se a práxis correspondente vem ao encontro dos interesses de todos em igual medida”.²⁵⁰

No caso das sentenças afirmativas, o acordo alcançado discursivamente declara que estão preenchidas as condições de verdade interpretadas como condições de afirmabilidade. Já no caso das normas morais, o acordo alcançado

²⁴⁷ Ver 1.1.2.

²⁴⁸ HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 53; HABERMAS, Eine genealogische..., S. 50.

²⁴⁹ HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 49; HABERMAS, Eine genealogische..., S. 47.

discursivamente fundamenta que uma norma é digna de reconhecimento e colabora assim para o preenchimento de suas condições de validade. Portanto, se no primeiro caso a aceitabilidade apenas indica a verdade de uma sentença assertiva, no segundo caso ela presta uma contribuição constitutiva para a validação das normas morais.²⁵¹

Com isso, estão lançadas as bases de uma ética discursiva, que justifica, então, “o conteúdo de uma moral do respeito indistinto e da responsabilidade solidária por cada um”. Somente a ética discursiva é capaz de uma reconstrução racional dos conteúdos de uma tradição moral abalada em suas bases validativas religiosas e, ao mesmo tempo, permitir a solução de conflitos morais em sociedades modernas e pluralistas em sua visão de mundo.²⁵²

Coloca-se o desafio, então, de fundamentação desta ética discursiva, que não pode, portanto, ser apoiada de forma transcendente, mas de forma imanente, na práxis argumentativa de reuniões em conselhos presente em todas as culturas e sociedades.²⁵³ Portanto, para Habermas, embora o pluralismo de formas particulares de vida, é possível identificar uma práxis argumentativa comum em todas as formas de vida.²⁵⁴

Isso torna possível reconhecer no discurso o único expediente possível para o ponto de vista do julgamento imparcial das questões morais. Introduce então o princípio discursivo (D): “apenas podem pretender validade as normas que puderem encontrar concordância de todos os envolvidos em discursos práticos”.²⁵⁵

No entanto, para a operacionalização de “D”, falta ainda uma regra da argumentação que indique como as normas morais podem ser fundamentadas.²⁵⁶ Isso leva ao princípio da universalização.

²⁵⁰ HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 52; HABERMAS, Eine genealogische..., S. 49.

²⁵¹ HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 55; HABERMAS, Eine genealogische..., S. 52.

²⁵² HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 56; HABERMAS, Eine genealogische..., S. 53.

²⁵³ HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 58-59; HABERMAS, Eine genealogische..., S. 55-56.

²⁵⁴ HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 60-61; HABERMAS, Eine genealogische..., S. 57.

²⁵⁵ HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 56; HABERMAS, Eine genealogische..., S. 59.

1.5.7.2 Princípio da universalização

As duas formulações do imperativo categórico de Kant são as seguintes: (a) “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal (“Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde”). (b) “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, a qualquer tempo simultaneamente como finalidade e nunca simplesmente como meio” (“Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst”).²⁵⁷

O imperativo categórico deve ser entendido como um princípio que exige a possibilidade de universalizar as maneiras de agir e as máximas ou, antes, os interesses que elas levam em conta. Segundo Kant, são inválidas todas as normas que contradigam tal exigência.²⁵⁸

Há diversas interpretações do imperativo categórico. As formalistas, por exemplo, limitam-se na exigência de que normas morais devem ter a forma de proposições deontológicas universais e incondicionais e proibiriam uma referência a um determinado grupo de indivíduos.²⁵⁹ Essa interpretação deve ser rejeitada, uma vez que normas racistas poderiam satisfazer essa exigência.

Hare formula a exigência de consistência no uso da linguagem, segundo a qual a mesma expressão deva ser utilizada em todos os casos que se assemelham

²⁵⁶ HABERMAS, Uma visão genealógica..., p. 56; HABERMAS, Eine genealogische..., S. 60.

²⁵⁷ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Disponível em: <<http://www.ikp.uni-bonn.de/kant/aa04/>> Acesso em: 15 jun. 2008, S. 421, 429. Kant utiliza-se ainda da expressão “reino das finalidades”. Por reino, Kant entende como “ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns”. O reino das finalidades integra a todos os seres racionais que atuam como legisladores que tratam a si mesmo e aos outros como fins em si mesmos, ou seja, submetidos às leis do imperativo categórico (KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução P. Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003, p. 75-76).

²⁵⁸ HABERMAS, *Moralbewusstsein...*, S. 73-74; HABERMAS, *Consciência moral...*, p. 84.

²⁵⁹ HABERMAS, *Moralbewusstsein...*, S. 74-75; HABERMAS, *Consciência moral...*, 84-85.

nos aspectos relevantes em cada situação. O autor aplica essa exigência aos juízos morais, de modo que a mesma norma deve ser aplicada a todos os indivíduos que se encontram em situação semelhante nos aspectos relevantes²⁶⁰. K. Baier e B. Gert exigem que as normas morais válidas possam ser ensinadas universalmente e defendidas publicamente. Singer exige que sejam válidas apenas as normas que assegurem um tratamento igual.²⁶¹

Para Habermas, contudo, somente satisfazem a exigência do imperativo aquelas normas que manifestem o **interesse comum** de todos os concernidos e possam contar com o **assentimento universal** e, nessa medida, merecem **reconhecimento intersubjetivo**.²⁶²

Desse modo, Habermas reconstrói o princípio da universalização (PU) com a pretensão de se constituir uma interpretação do imperativo categórico em roupagem discursiva:

[...] que uma norma só é válida quando as conseqüências presumíveis e os efeitos colaterais para os interesses específicos e para as orientações valorativas de *cada um*, decorrentes do cumprimento geral dessa mesma norma, possam ser aceitos *sem coação por todos os atingidos em conjunto*.²⁶³

O autor oferece uma explicação das expressões de que se compõem este princípio. Assim, por **interesses específicos e orientações valorativas** quer referir-se a razões pragmáticas e éticas dos participantes que, ao serem consideradas, evitam a marginalização da auto-compreensão e compreensão de mundo.

As orientações valorativas, contudo, são **apenas** candidatas à materialização em normas de ação deônticas que dêem vez a um interesse

²⁶⁰ Ver, *infra*, nota 330.

²⁶¹ Para discussão dessas versões, ver, *infra*, 2.2.5.1.

²⁶² HABERMAS, *Moralbewusstsein...*, S. 75; HABERMAS, *Consciência moral...*, p., 86.

²⁶³ HABERMAS, *Uma visão genealógica...*, p. 56; HABERMAS, *Eine genealogische...*, S. 60.

universal.²⁶⁴ Os valores culturais, portanto, encerram uma pretensão de validade intersubjetiva, mas encontram-se entrelaçados com uma forma de vida particular.²⁶⁵

Por **assunção recíproca e generalizada de perspectivas alheias** (“cada um” – “por todos em conjunto”) exige de cada participante não apenas empatia, mas uma intervenção interpretativa na autocompreensão e na compreensão de outros, ou seja, cada um precisa manter-se aberto a revisões das descrições de si mesmo e dos outros. Por **aceitação geral e não-coativa**, quer fixar o aspecto de que as razões apresentadas extraem dos motivos para a ação o sentido relativo aos atores e sob o qual assumem um sentido epistêmico sob o ponto de vista da consideração simétrica.²⁶⁶

O preceito (U) é o único princípio moral da ética do discurso. Entretanto a expressão princípio moral dá ensejo a confusões, que Habermas quer evitar por meio da distinção de (U) com relação a princípios ou normas básicas contedísticas, que só podem constituir objeto de argumentações morais. (U), enquanto regra de argumentação, não prejudica nenhuma regulamentação contedística, embora não seja compatível com todos os princípios morais e jurídicos.²⁶⁷

Desse modo, Habermas reconhece sua ética do discurso como “formal”, pois não é um processo para geração de normas justificadas, mas, sim, para o exame de validade de normas propostas e consideradas hipoteticamente. Ela não indica orientações contedísticas, mas um processo: o discurso prático. O discurso precisa que os pontos de vista axiológicos dêem entrada e, caso não possam obter consenso, têm de ser deixados de lado.²⁶⁸

Além disso, o princípio da universalização não pode ser confundido com o princípio discursivo (D), segundo o qual uma norma só pode pretender validade quando todos os que possam ser concernidos a ela chegarem (ou possam chegar),

²⁶⁴ HABERMAS, *Moralbewusstsein...*, S. 113-114; HABERMAS, *Consciência moral...*, p. 126-127.

²⁶⁵ Diz Habermas que os valores culturais não são válidos universalmente e restringem-se a um determinado mundo da vida (HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 71; *Teoría de la acción... 1*, p. 69).

²⁶⁶ HABERMAS, *Uma visão genealógica...*, p. 57; HABERMAS, *Eine genealogische...*, S. 60.

²⁶⁷ HABERMAS, *J. Moralbewusstsein...*, S. 103-104; HABERMAS, *Consciência moral...*, p. 116-117.

²⁶⁸ HABERMAS, *J. Moralbewusstsein...*, S. 113; HABERMAS, *Consciência...*, p. 126.

enquanto participantes de um discurso prático, a um **acordo** quanto à validade dessa norma. O princípio (D) pressupõe que as escolhas das normas possa ser fundamentadas, portanto pressupõe (U).²⁶⁹

Por fim, destaco que a exigência moral da universalização marca a distinção entre eticidade e moralidade em Habermas. O mundo da vida,²⁷⁰ posto à distância e no qual se entrelaçam obviedades (Selbstverständlichkeiten) culturais de origem moral, cognitiva e expressiva, apresenta-se como a esfera da eticidade. No discurso, esses valores são submetidos às exigências de uma rigorosa justificação moral.²⁷¹

Questões morais, portanto, são distinguidas das questões valorativas. Estas somente acessíveis a um debate racional no interior do horizonte não-problemático de uma forma de vida historicamente concreta ou de uma conduta de vida individual.²⁷² Contudo, as morais universalistas não são totalmente independentes de formas de vida, pois estas precisam ser racionalizadas a tal ponto que possibilitem a aplicação inteligente de discernimentos morais universais e propiciem motivações para a transformação dos discernimentos em agir moral.²⁷³

²⁶⁹ HABERMAS, J. *Moralbewusstsein...*, S. 76; HABERMAS, *Consciência...*, p. 86-87.

²⁷⁰ O mundo da vida acumula o trabalho de gerações passadas e está formado por convicções de fundo sempre aproblemáticas. Ele é um contrapeso conservador contra o risco de dissenso que comporta todo processo de entendimento (HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 107; *Teoría de la acción...1*, p. 104).

²⁷¹ HABERMAS, J. *Moralbewusstsein...*, S. 117; HABERMAS, *Consciência...*, p. 130.

²⁷² HABERMAS, J. *Moralbewusstsein...*, S. 118; HABERMAS, *Consciência...*, p. 130-131.

²⁷³ HABERMAS, J. *Moralbewusstsein...*, S. 119; HABERMAS, *Consciência...*, p. 131. Isso não pressupõe seres desenraizados dos contextos culturais onde vivem. Uma pessoa racional interpreta suas necessidades à luz dos padrões de valor apreendido em sua cultura, mas, sobretudo, é "capaz de adotar uma atitude reflexiva frente aos padrões de valor com que interpreta suas necessidades". (HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 41; *Teoría de la acción...1*, p. 39). Contudo, uma tradição cultural tem de preencher certas condições para que em um mundo da vida orientada por ela possa condensar-se como um modo de vida racional: a) a tradição cultural tem de por à disposição dos agentes os conceitos formais de mundo objetivo, mundo social e mundo subjetivo, tem de permitir pretensões de validade diferenciadas (verdade proposicional, correção normativa e veracidade subjetiva), e incitar à correspondente diferenciação de atitudes básicas (objetivante de conformidade/não conformidade com as normas, e expressiva); b) tem de permitir uma reflexão consigo mesma (tem de despojar-se de sua dogmática até o ponto que as interpretações nutridas pela tradição possam ser postas em questão e submetidas a uma revisão crítica); c) tem de permitir formas especializadas de argumentação em respectivos sistemas culturais especializados na ciência, moral e direito, arte e literatura; d) A transmissão cultural tem de interpretar finalmente o mundo da vida de modo que ações orientadas ao êxito possam ser liberadas de imperativos a que a subordinaria um entendimento que fosse necessário renovar-se repetidamente e possam ser acopladas ações orientadas ao entendimento pelo menos parcialmente (HABERMAS, *Theorie des kommunikativen...*, Bd. 1, S. 108-109; *Teoría de la acción...1*, p. 106).

1.5.7.3 As regras (pressupostos) do discurso moral

Habermas distingue três planos de pressupostos argumentativos: plano lógico-semântico dos produtos, plano dialético dos procedimentos e plano retórico dos processos. Cada um dos planos possui um conjunto de regras a serem observadas no discurso. Desse modo, passa a utilizar o catálogo de pressupostos argumentativos elaborados por Alexy.²⁷⁴

Antes da apresentação de tais regras, convém referir a advertência de Habermas de que o conceito de regra no sentido de Alexy pode levar ao equívoco de se entender que tais regras são constitutivas para o discurso, do mesmo modo que as regras de xadrez são constitutivas para as partidas de xadrez realmente jogadas. No caso do xadrez, suas regras têm que efetivamente serem seguidas caso deva ter lugar uma prática argumentativa isenta de erros. No caso das regras do discurso, mais especificamente no plano retórico, isso significa que os participantes da argumentação têm que presumir um preenchimento aproximativo e suficiente para os fins da argumentação, não importa em que medida essa presunção tem ou não, no caso dado, um caráter contrafactual.²⁷⁵

No plano lógico, existem regras lógicas e semânticas que não têm conteúdo ético algum, como: “Nenhum falante deve contradizer-se”; “Todo falante que aplica um predicado F a um objeto a, precisar estar pronto a aplicar F também a todo outro objeto igual a “a” em todos aspectos relevantes”; “Distintos falantes não devem utilizar expressões iguais com diferentes significados”.²⁷⁶

No plano dialético dos procedimentos estão os pressupostos pragmáticos de uma interação que se torna necessária para uma busca cooperativa da verdade e reconhecimento recíproco. Como exemplo de regras deste tipo, menciona: “Todo

²⁷⁴ HABERMAS, J. *Moralbewusstsein...*, S. 97; HABERMAS, *Consciência...*, p. 110.

²⁷⁵ HABERMAS, J. *Moralbewusstsein...*, S. 101-102; HABERMAS, *Consciência...*, p. 114-115.

²⁷⁶ HABERMAS, J. *Moralbewusstsein...*, S. 97; HABERMAS, *Consciência...*, p. 110.

falante deve falar aquilo que ele próprio acredita”; “Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão tem que indicar uma razão para isso”.²⁷⁷

No plano retórico dos processos, mostram-se estruturas de uma situação de fala que está particularmente imunizada contra a repressão e a desigualdade, aproximando-se às condições ideais de fala que todo falante tem que pressupor como suficientemente preenchidas.

Com isso, Habermas assume então os pressupostos da “comunidade ilimitada da comunicação”, que Apel desenvolve com base em Peirce²⁷⁸ e Mead. Para esse plano, refere a classificação das regras do discurso elaborada por Alexy: “Todo sujeito capaz de ação e fala pode tomar parte em discursos”; “Todos podem problematizar qualquer afirmação”; “Todos podem introduzir qualquer afirmação no discurso”; “Todos podem expressar suas colocações, desejos e necessidades”; “Nenhum falante pode ser impedido de salvaguardar seus direitos fixados [nas regras acima], mediante coerção dominante interna ou externa ao discurso”.²⁷⁹

Busca, então, com base no conceito de contradições performativas, assentar as bases dessas pressuposições do discurso. Essas podem ser demonstradas no fato de que quem as contesta se envolve em contradições performativas. Por exemplo, a seguinte frase: “Com boas razões acabei convencendo H de que p”. Ao significado da expressão ‘convencer’ pertence, em geral, a idéia de que um sujeito forma sua opinião em boas razões. Além disso, a expressão “convencer alguém de algo” tem uma relação interna com a expressão “alcançar um acordo fundamentado sobre algo”. Assim, “convicções baseiam-se em última instância em um consenso ensejado discursivamente”.²⁸⁰

Dito isso, a seguinte sentença é paradoxal: “Por meio de uma mentira acabei de convencer H de que p”. Isso significa que H deve ter formado suas convicções sob condições em que não é possível formar convicções, pois contradiz as

²⁷⁷ HABERMAS, J. *Moralbewusstsein...*, S. 98; HABERMAS, *Consciência...*, p. 110-111.

²⁷⁸ Sobre a concepção de comunidade de comunicação em Peirce, ver , supra, 1.2.2.

²⁷⁹ HABERMAS, J. *Moralbewusstsein...*, S. 99; HABERMAS, *Consciência...*, p. 113.

²⁸⁰ HABERMAS, J. *Moralbewusstsein...*, S. 100; HABERMAS, *Consciência...*, p. 113.

pressuposições pragmáticas da argumentação em geral, nesse caso a regra que diz “todo falante só pode afirmar aquilo que ele próprio acredita”. Que essa pressuposição não seja apenas ocasional, mas inevitável, pode ser demonstrado no fato de que quando um proponente se empenha em defender a verdade desta proposição, ele se enreda numa contradição performativa, pois ao apresentar uma razão qualquer para a sua verdade e ao entrar assim numa argumentação, o proponente já aceitou a pressuposição de que jamais pode convencer um oponente com o auxílio de uma mentira e de que poderia, quando muito, persuadi-lo a aceitar algo como verdadeiro. Então nesse caso o conteúdo da afirmação contradiz uma das pressuposições sem as quais a manifestação do proponente não pode ser considerada como uma fundamentação.²⁸¹

Por fim, adverte que os discursos estão submetidos a limitações de espaço e tempo, têm lugar em contextos sociais e os participantes também são movidos por outros motivos além do único aceitável, que é o da busca cooperativa da verdade, etc.

Em razão dessas limitações, são misteres dispositivos institucionais que neutralizem as limitações empíricas inevitáveis e as influências externas e internas evitáveis de forma que as condições idealizadas possam ser preenchidas pelo menos numa aproximação suficiente. Por exemplo, discursos teóricos foram institucionalizados na atividade científica e discursos práticos na atividade parlamentar.²⁸²

1.5.8 Aportes conclusivos

De Habermas, destaco, em primeiro lugar, a teoria consensual da verdade como alternativa à teoria da verdade como correspondência e à teoria da verdade como redundância. Dentro da teoria consensual, a divisão da comunicação em dois

²⁸¹ HABERMAS, J. *Moralbewusstsein...*, S. 100-101; HABERMAS, *Consciência...*, p. 113-114.

²⁸² HABERMAS, J. *Moralbewusstsein...*, S. 102; HABERMAS, *Consciência...*, p. 115.

âmbitos, ações e discursos. No discurso, as proposições problematizadas serão avaliadas quanto a sua verdade (discurso teórico) ou correção (discurso prático).

Esse resgate do conceito de verdade por meio do discurso integra a empresa habermasiana de reconstrução da racionalidade em termos comunicativos. Trata-se de uma racionalidade que se mede pelo entendimento entre sujeitos autônomos e capazes de orientar suas ações por pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas. A racionalidade comunicativa tende à consecução de um consenso fundado, ou seja, um consenso alcançado argumentativamente e em conformidade com as pressuposições ou regras do discurso.

O tipo de discurso em que os sujeitos tematizam e experimentam suas pretensões de validade chama-se argumentação. As pretensões de validade surgem nos contextos de todo agir comunicativo e se dá pela motivação para uma ação de adesão pelo outro – pelo efeito ilocucionário que a oferta de um ato de fala suscita. Surgem então pretensões de verdade e de correção, que são tematizadas, respectivamente, nos discursos teóricos e práticos.

Com base em Toulmin, Habermas reconhece a impossibilidade lógica do sistema dedutivo gerar conhecimento. Deste modo, para a fundamentação de afirmações ou asserções dentro do discurso teórico o princípio da indução cumpre este papel; no discurso prático, o preceito da universalização serve para justificar a passagem desde referências descritivas às normas.

Para a teoria da argumentação jurídica, o conceito de pretensão de correção normativa tem especial importância. Habermas assume que as proposições normativas não são passíveis de verdade no mesmo sentido que as proposições descritivas. Propõe, no entanto, uma pretensão de correção análoga à pretensão de verdade.

Deste modo, Habermas entende ser possível uma fundamentação de um conteúdo cognitivista da moral com base no imperativo categórico kantiano reconstruído em termos de uma racionalidade comunicativa. Com isso, estão lançadas as bases de uma teoria moral pós-metafísica após a derrocada das bases

validativas ontoteológicas e soteriológicas de uma sociedade tradicional abalada pelo pluralismo de formas particulares de vida e de visões de mundo.

Na reconstrução do imperativo categórico kantiano, ele mantém a exigência do caráter impessoal e universal dos mandamentos morais a partir da possibilidade de universalização de interesses particulares. Entretanto, não mais é suficiente que uma norma possa ser aceita por alguns indivíduos, mas que tais normas têm de merecer o reconhecimento de todos os concernidos em conjunto, ou seja, têm de merecer reconhecimento intersubjetivo.

Essa ética do discurso não é, por conseguinte, um processo para geração de normas justificadas, para sim para exame de validade de normas propostas. Os candidatos a normas válidas precisam, para merecer essa validade, preencher os pressupostos pragmáticos ou regras do discurso moral.

Assim, em Habermas, renovam-se as chances de um cognitivismo moral, agora reconstruído em bases pragmático-universais.

Diversos aportes das teorias consensuais da verdade e da correção, da teoria da argumentação e da ética do discurso em Habermas serão utilizados por Alexy em sua teoria do discurso prático geral, como veremos a seguir.

2 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM ROBERT ALEXY

No presente capítulo serão discutidas as teorias do discurso prático geral e a teoria da argumentação jurídica em Robert Alexy, bem como a tese da pretensão de correção jurídica inclusiva da pretensão de correção moral. Como complemento da teoria argumentação, igualmente será objeto deste capítulo a teoria da coerência jurídica em Alexy. Por fim, serão apreciadas algumas objeções às teorias referidas.

2.1 A Teoria do Discurso Prático Geral

2.1.1 Conceito e finalidade de discurso prático geral

Alexy identifica três concepções de razão prática ou racionalidade prática, com referência a modelos históricos, a saber, a aristotélica, a hobbesiana e a kantiana, e mais a concepção da crítica radical do conceito da razão prática, a nietzscheana. A base da concepção kantiana forma a idéia de universalidade, por isso é uma racionalidade universalista procedimental.²⁸³

Para o autor, o que distingue a posição kantiana da hobbesiana, à qual pertencem teorias procedimentais-contratuais, é a formação dos procedimentos. O procedimento das teorias contratuais é um procedimento de negociação e o da teoria do discurso é um procedimento de argumentação. O centro nuclear da teoria do discurso é o conceito de juízo racional, enquanto o das teorias contratuais é o conceito de utilidade individual. O conceito de juízo racional é definido pelo conceito de fundamentação ou argumentação racional e é determinado pela idéia do discurso racional. Um discurso prático é racional quando nele são cumpridas as condições do

²⁸³ ALEXY, Robert. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. Tradução de Luís Afonso Heck. No prelo. Cf.: WEINBERGER, O. Conflicting views on practical reason. Against pseudo-arguments in practical philosophy. *Ratio Juris*, v. 5, n. 3, p. 252-268, 1992. Sobre o imperativo categórico kantiano, ver, sobre Habermas, 1.5.2.7.

argumentar prático racional. Essas condições são reunidas em um sistema de regras do discurso. Então, razão prática é definida pelo autor como a “capacidade de, por esse sistema de regras, chegar a juízos práticos”.²⁸⁴

Alexy assume então explicitamente uma posição kantiana, ou seja, uma racionalidade universalista, e assume a tarefa de buscar as condições para a fundamentação²⁸⁵ e correção de proposições normativas²⁸⁶ em termos pragmático-universais.

Para isso apresenta o que chama um modelo simples do discurso prático: Um proponente (P) e um oponente (O) litigam sobre uma proposição (Aussage) normativa (N), enquanto dirigem razões (G) pró e contra N. A discussão então conduz à questão sobre quais regras valem nesse discurso, especialmente se há regras que distinguem determinados razões (G) como bons fundamentos pró ou contra N.²⁸⁷ Tais regras podem ser consideradas como normas para a fundamentação de normas.²⁸⁸

²⁸⁴ ALEXY, Uma concepção teórico-discursiva... .

²⁸⁵ Alexy utiliza o conceito de justificação (Rechtfertigung) como sinônimo de fundamentação (Begründung), embora afirme que se possa se afirmar que um enunciado está justificado, mesmo sem estar fundamentado, com o objetivo de evitar males (ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation* 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, S. 54, nota 3). Outros conceitos utilizados por Alexy são os seguintes: a) Forma de argumento designa a estrutura de uma proposição afirmada por um falante, bem como das proposições aduzidas e pressupostas diretamente para o apoio desta proposição. b) Por estrutura designa a forma lógica destas proposições e também seu caráter, por exemplo, enquanto empíricas, normativas (morais) ou promulgadas pelo legislador. d) Um argumento compõe-se de proposições aduzidas para apoiar uma proposição e que pertencem a uma forma de argumento. Deste modo, se dão vários argumentos quando, por exemplo, a proposição que se fundamenta se segue respectivamente de várias classes parciais disjuntas de proposições aduzidas ou pressupostas. e) Estrutura de argumento designa as relações lógicas entre os vários argumentos de um falante. f) Estrutura de argumentação designa as relações lógicas das proposições emitidas por vários falantes. (Ibid., S. 123; Há uma tradução para o espanhol: ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 102-103). Esses conceitos são elaborados com base em Toulmin, supra, 1.4.1.

²⁸⁶ Alexy define “Satz” como uma determinada seqüência de signos, sonoros ou escritos; “Äußerung” é o uso de um “Satz” em determinada situação e “Aussage” é o que é dito com um “Satz”, seu significado, Afirma então que, onde não importem as diferenças, usará indistintamente “Aussage” e “Satz” (ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 53).. Sigo esta orientação para traduzir, neste capítulo, “Satz” e “Aussage” por proposição. Ver nota 174.

²⁸⁷ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 82.

²⁸⁸ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 225.

2.1.2 O trilema de Münchhausen e a fundamentação de proposições normativas

No campo da filosofia analítica, a metaética é a disciplina cujo objeto de estudo é linguagem normativa, mas especificamente a linguagem da moral. Entre as chamadas teorias metaéticas podem diferenciar-se dois grupos. Em primeiro lugar estão aquelas que não são compatíveis com a teoria do discurso racional porque não assumem o intento de buscar uma fundamentação de proposições normativas, embora visem explicá-las ou descrevê-las por meio de alguma entidade não empírica (intuicionismo) ou pelo método das ciências empíricas como expressões de sentimentos ou colocações (naturalismo).²⁸⁹ Já segundo o emotivismo,²⁹⁰ as proposições normativas não se limitam a designar algo, pois também realizam a função de expressar e/ou provocar sentimentos e/ou atitudes. Para Stevenson, um

²⁸⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 221-222. Alexy dirige-se contra a falta de critérios do intuicionismo e do naturalismo para decisão moral, ou seja, para diferenciar evidências corretas e incorretas, uma vez que diferentes pessoas vivem evidências diferentes.

²⁹⁰ Para Alexy, essa função emotiva pode ser analisada por dois modelos de análise (pattern of analysis). No primeiro modelo apresenta as seguintes definições que designa como modelos de trabalho (workin models): “Isto é errado” significa “Eu desaprovo isto; faça isto assim também”. “Ele deve fazer isto” significa “Eu desaprovo que deixe isto por fazer; faça isto assim também” “Isto é bom” significa “Eu aprovo isto; faça isto assim também”. Essas definições apresentam duas partes. Na primeira parte há uma descrição da atitude do falante, na segunda um significado emotivo, por meio do mecanismo da sugestão (suggestion). Deste modo os termos emotivos movem as pessoas a mudar suas atitudes. Enquanto no primeiro modelo o significado descritivo é constante, no segundo modelo ele pode variar, pois isto abre a possibilidade de definições persuasivas, que servem para influir nas opiniões mediante a determinação ou mudança de significado descritivo. Por exemplo, a palavra democracia tem um significado emotivo positivo e pode se unir a diferentes concepções políticas e, desta maneira, ser usada para influenciar. Para Alexy o mais interessante é a teoria da argumentação moral de Stevenson. Uma argumentação é racional se se podem aduzir como razões fatos; é não racional ou persuasiva se se recorre a outros meios adequados para influenciar. Exemplos de razões, no primeiro modelo, diz respeito a propriedades da coisa que se há de valorar, sobre conseqüências de uma ação ou de uma regra, sobre os motivos de quem realiza uma ação, sobre as conseqüências da generalização de uma ação, sobre autoridades e sobre o fato de que o próprio indivíduo a quem se dirige o argumento não cumpre as exigências de sua afirmação normativa. Exemplos de razões persuasivas e não racionais são o uso de definições persuasivas, a sucessão de expressões emotivas, o falar mediante metáforas e o relato didático. Para Stevenson não há como sustentar a superioridade do modelo racional ante o persuasivo. Isso porque os juízos morais não são suscetíveis de verdade e, conseqüentemente, de validade. Alexy, embora reconheça em Stevenson uma contribuição a sua teoria, em especial pela refutação no naturalismo e intuicionismo, pela diferença entre métodos racionais e persuasivos e pela classificação das distintas formas de argumentos e argumentação, ela é viciosa (verfehlen) por não encontrar o caráter do discurso moral como uma atividade guiada por regras (regelgelaiteten Tätigkeit). (ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 60-69; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 56-63).

dos autores que se inscrevem na posição emotivista, o uso essencial dos juízos morais consiste em influenciar alguém.

Alexy sustenta que tais concepções não fazem justiça ao fato de que com juízos de valor e dever está unida uma pretensão de correção. Questionado um juízo de tal tipo, então se pode seguir uma discussão sobre sua justificação. Em tais discussões podem-se aduzir razões pró e contra às proposições normativas disputadas (umstrittenen). A fundamentabilidade ou correção de proposições normativas depende então se há critérios ou regras que permitem distinguir as boas razões das más razões, isto é, os argumentos válidos dos inválidos.²⁹¹

Com base em Hare e Toulmin, Alexy apresenta então uma estrutura da argumentação em que regras são utilizadas para fundamentar razões a favor de uma proposição normativa. Tais razões e regras podem ser questionadas, o que vem a exigir uma fundamentação de segundo nível, em que são aduzidas razões e regras para fundamentar as razões e regras de primeiro nível, e assim sucessivamente.²⁹²

Tal necessidade contínua de fundamentação pode levar a um regresso ao infinito ou à interrupção da fundamentação por uma decisão que não se necessita fundamentar ou ainda a um círculo lógico²⁹³. Tal é a situação que Hans Albert chama de trilema de Münchhausen, em referência ao famoso personagem mentiroso cujas façanhas desafiam as leis da física²⁹⁴.

Para Hans Albert, uma ruptura da argumentação em algum ponto determinado significa a introdução de um dogma, uma afirmação que não precisa ser fundamentada e por isso não pode ser questionada. Este fundamento seguro é

²⁹¹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 222; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 176.

²⁹² ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 222-223; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 176.

²⁹³ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 223.; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 176.

²⁹⁴ ALBERT, H. *Razón crítica e práctica social*. Tradución R. Sevilla. Barcelona: Paidós, 2002, p. 39-43; ALBERT, H. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p. 24-28.

uma ilusão que perdura em toda a história da filosofia e é resultado do modelo de racionalidade da ciência aristotélica²⁹⁵ e do sistema axiomático euclidiano.²⁹⁶

Para Alexy, o trilema de Münchhausen pode ser evitado se a exigência de fundamentação reiterada de cada proposição por outra proposição puder ser substituída por uma série de exigências na atividade de fundamentação. Tais exigências deixam-se formular como regras da discussão racional. O cumprimento destas regras não garante certeza absoluta de todo resultado, mas é capaz de

²⁹⁵ Nos “Analíticos Segundos”, Aristóteles assim define o silogismo apodíctico ou científico: “es necesario también que la ciencia demostrativa se base en cosas verdaderas, primeras, inmediatas, más conocidas, anteriores e causales respecto da conclusión” (ARISTÓTELES. *Analíticos segundos*. In: _____. *Tratados de lógica (Órganon)*. Tradução M. C. Sanmartín. Madrid: Gredos, 1988, 2, 71b-72a). Entretanto, não pode ser olvidado, em Aristóteles, o método dialético, definido no Livro I da *Tópica* como: “método a partir del qual podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles, y gracias al qual, si nosotros mismos sostenemos un enunciado, no digamos nada que le sea contrario” (ARISTÓTELES. *Tópicos*. In: _____. *Tratados de lógica (Órganon)*. Livro I.1, 100a 17). Coisas plausíveis (Ibid., 1982), “reputable views” (SMITH, Robin. *Logic*. In: *The Cambridge Companion to Aristotle*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p 60) e premissas aceitas (BERTI, E. *As razões de Aristóteles*. Tradução D. D. Macedo. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002) estão entre as diversas traduções da palavra grega *éndoxa*, assim definida por Aristóteles: “são cosas plausibles las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sábios, y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o la los más conocidos y reputados”. Contudo, o silogismo apodíctico, em geral, foi considerado como superior ao método dialético, o que se refletiu na ciência do direito moderna. Nesse sentido: VILLEY, M. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 279-284. O renascimento da dialética aristotélica na ciência do direito dá-se por meio de Viehweg. Segundo Viehweg, o ponto mais importante no exame da *tópica* aristotélica constitui a afirmação de que se trata de uma técnica de pensamento que se orienta para o problema. *Tópica* é uma técnica do pensamento problemático (VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964, p. 53-54). Problema, define o autor, é toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, conforme ao qual examina a questão que há de levar a sério e a qual tem de se buscar uma única resposta como solução. Para buscar esta resposta há de se buscar uma série de pontos de vista ocasionais (*tópica* de primeiro grau) ou através de repertórios de ponto de vista já preparados de antemão (*tópica* de segundo grau) que podem levar à solução do problema (VIEHWEG, *Tópica...*, p. 57-58), servindo como possibilidades de orientação e fios condutores do pensamento (Ibid., p. 61). Quando se tem formado um catálogo de tópicos admissíveis, produz-se, no desenvolvimento posterior do pensamento, “série de deduções de curo alcance, que podem interromper-se em qualquer momento à vista do problema” (VIEHWEG, *Tópica...*, p. 64-65). Além disso, “em caso de necessidade os pontos de vista que até um determinado momento eram admissíveis podem considerar-se expressa ou tacitamente como inaceitáveis” (VIEHWEG, *Tópica...*, p. 65) Sobre o controle da *tópica*, responde Viehweg: O debate é a única instância de controle: a discussão de problemas se mantém dentro do círculo do que Aristóteles chamava dialética. No marco do opinável se pode aspirar também a uma efetiva inteligência a não a uma simples e arbitraria opinião (VIEHWEG, *Tópica...*, p. 66-67). Segundo Robert Alexy, uma teoria da argumentação jurídica assume os intentos da *tópica* jurídica. Os defeitos devem ser solucionados: infra-valorização da importância da lei, da dogmática jurídica e do precedente; na insuficiente penetração na estrutura dos argumentos e na insuficiente precisão do conceito de discussão (ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 39-43).

²⁹⁶ Para Lorenzen, o método axiomático pode ser formulado em duas teses: “1. Nosso saber se constitui sobre certos conceitos fundamentais não definidos; as restantes proposições terão de ser definidas com sua ajuda. 2. Com respeito aos conceitos fundamentais valem certas proposições não demonstradas, os axiomas; todas as restantes proposições hão de ser demonstradas com sua ajuda” (LORENZEN, P. *Pensamiento metódico*. Buenos Aires: Sur, 1973, p. 23).

caracterizar este resultado como racional. Esse é o sentido do discurso prático racional: conexões de ações interconectadas, nas quais se comprova a correção de proposições normativas.²⁹⁷

2.1.3 O caráter universalista das regras do discurso e sua fundamentação

Portanto, para Alexy a fundamentação de proposições normativas mediante regras aplicáveis à atividade de fundamentação oferece uma solução para o trilema de Münchhausen. As regras do discurso prático racional podem ser concebidas como normas para a fundamentação de normas.²⁹⁸

Essas regras expressam o caráter universalista da concepção teórico-discursiva da razão prática. Se as regras do discurso valem, então vale o seguinte princípio de universalização, que constitui uma variante do princípio da universalização habermasiano:

UZ: uma norma pode, em um discurso, somente então encontrar aprovação universal, quando as conseqüências de seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada um particular podem, em virtude de argumentos, ser aceitas por todos.²⁹⁹

Uma norma que encontra aprovação universal sob esta condição é correta no sentido ideal. Esse conceito de validade moral ideal corresponde ao princípio de kantiano.³⁰⁰

Em Alexy, a fundamentação da validade universal das regras do discurso dá-se por meio de um argumento que se compõe de três partes. Na primeira, a fundamentação destas regras consiste em mostrar que a validade universal de determinadas regras é condição de possibilidade da comunicação lingüística. Alexy

²⁹⁷ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 223-224; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 176-177.

²⁹⁸ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 225; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 178..

²⁹⁹ ALEXY, *Uma concepção...*

³⁰⁰ "Portanto, pode somente a vontade, concordante e unida, de todos, contanto que cada um decida sobre todos e todos sobre cada um o mesmo, portanto, somente a vontade popular universalmente unida ser dadora de leis." (KANT, I. *Metaphisiken der Sitten*, apud ALEXY, *Uma concepção...*).

chama essa via de fundamentação de pragmático-universal ou uma versão muito fraca do argumento pragmático-transcendental.³⁰¹

O ponto de partida do argumento pragmático-transcendental é o ato de fala da afirmação. A seguir, na segunda premissa, apresenta-se teses sobre aquilo que as afirmações necessariamente pressupõem. A primeira tese diz que afirmações somente são possíveis se algumas regras valem. As afirmações são atos de fala que possuem um significado nuclear, do qual faz parte a pretensão de verdade ou correção. A pretensão de verdade implica uma pretensão de fundamentabilidade, pois quem afirma e diz, simultaneamente, que não existem bons fundamentos para o afirmado, não estabelece uma afirmação autêntica é uma afirmação viciosa.³⁰²

À pretensão de fundamentabilidade corresponde o dever argumentativo de, a pedido, fundamentar o afirmado ou citar fundamentos para isso. Quem afirma algo está sob o dever *prima facie* de, a pedido, fundamentar sua afirmação. Com isso, quem afirma, dá entrada no âmbito da argumentação. Quem fundamenta algo pretende, pelo menos, aceitar o outro como parceiro da fundamentação com os mesmos direitos e nem exercer coerção. Além disso, ele requer poder defender sua afirmação perante qualquer um. A essas pretensões correspondem as regras do discurso que garantem a participação, a liberdade e igualdade no discurso.³⁰³

Alexy reconhece que se poderia objetar que o conceito forte de afirmação, que inclui a pretensão de correção, pretensão de fundamentabilidade e dever *prima facie* de fundamentação, não são nada mais que definições. Desse modo, reformula a primeira premissa do argumento pragmático-transcendental no sentido de que **as afirmações são necessárias**. Fazendo referências a Apel e Habermas, então, afirma que:

³⁰¹ Um argumento transcendental não deve ser confundido com um argumento transcendente. Cada argumento transcendental compõe-se, pelo menos, de duas premissas: a primeira premissa identifica o ponto de partida do argumento, que se compõe de coisas como percepções, idéias ou atuações práticas. Afirma-se então que o objeto eleito nessa primeira premissa é, em algum sentido, necessário. A segunda premissa diz que algumas categorias ou regras são necessárias, se o objeto, eleito como ponto de partida, deve ser possível. A conclusão diz que essas categorias ou regras valem necessariamente (ALEXY, Uma concepção...).

³⁰² ALEXY, Uma concepção...

³⁰³ ALEXY, Uma concepção...

quem, durante toda a sua vida, não estabelece nenhuma afirmação (no sentido aqui definido) e não fá nenhuma fundamentação (no sentido aqui definido) não participa naquilo que se pode denominar a 'forma de vida mais geral da pessoa'.³⁰⁴

Mesmo o mais forte pode, por exemplo, manifestar uma simples ordem e impô-la com ameaça de violência e, contudo, participa da forma de vida mais geral³⁰⁵ se ele faz afirmações e fundamentações. Salvo a situação de alguém que vive completamente isolado, deveria ser faticamente impossível não participar de uma forma de vida mais geral, pois todas as formas de vida particulares contêm necessariamente estes universais-argumentativos que podem ser expressos pelas regras do discurso.³⁰⁶

Isso não impede, contudo, que a capacidade de cada um de solucionar argumentativamente leve a que sempre o mais forte, por exemplo, faça uso dessa capacidade em cada conflito de interesses. Ao mais forte pode parecer mais vantajoso limitar-se a rituais de dominação, ordens e exercício de força. Por conseguinte, diz Alexy, o argumento transcendental justifica **somente a validade hipotética** das regras do discurso. Para que elas valham efetivamente é necessário que exista um interesse em correção.

Aqui inicia a segunda parte do argumento de Alexy, que se direciona para a maximização da utilidade individual e possui, portanto, um caráter hobbesiano³⁰⁷. Consiste em dizer que em razão do interesse de um número suficiente de pessoas em correção, um contrato social considerado como justo e, portanto, como suscetível de justificação discursiva, é mais estável e, por isso, melhor, mesmo para aqueles interessados exclusivamente em suas próprias vantagens. Tal contrato

³⁰⁴ ALEXY, Uma concepção...

³⁰⁵ Para Alexy, as regras do discurso não definem um modo de vida particular ou europeu, senão que algo é comum a todas as formas de vida, sem prejuízo de que esse algo resulte válido em distintas formas de vida em medida bem distinta (ALEXY, R. Antwort auf einige Kritiker. In: ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996).

³⁰⁶ ALEXY, Uma concepção...

³⁰⁷ Alexy refere-se aqui à posição hobbessiana de Buchanan, para quem o "direito", "os direitos de propriedade", "regras de comportamento", podem emergir do comportamento auto-interessado dos homens (BUCHANAN, J. *The limits of liberty: between anarchy and Leviathan*. Chicago: The University of Chicago, 1975, p. 54).

determina, entre outras coisas, direitos mútuos cuja permanência se obtém através de uma instância de proteção do Direito: o Estado.³⁰⁸

A segunda parte do argumento está unida com uma terceira, que corresponde a uma premissa empírica de que existe um número elevado de pessoas que têm interesse de correção, mesmo que ocasionalmente.³⁰⁹ Indica, como evidência desta afirmação, que mesmo na relação entre dominantes e dominados é mais vantajoso para aqueles justificar o seu domínio que se apoiar exclusivamente em força.³¹⁰

Em síntese, a via de fundamentação pragmático-transcendental alexyana consiste em mostrar que: a) a validade de determinadas regras é constitutiva para a possibilidade de determinados atos de fala; b) que nós não podemos renunciar (*verzichten*) a estes atos de fala sem abandonar (*aufgeben*) formas de comportamento que nós consideramos como especificamente humanas, como é o caso do ato de afirmar e fundamentar;³¹¹ c) a maximização da utilidade individual leva ao interesse em correção; d) existe um número suficiente de pessoas interessadas em correção.³¹²

2.1.4 A aplicação da teoria do discurso

No âmbito da aplicação das regras do discurso, Alexy distingue os problemas do conteúdo e o da imposição.

O problema da imposição nasce do fato do não-cumprimento, por todos, das regras do discurso. Desse modo, surge a necessidade de regras armadas com

³⁰⁸ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S.425.

³⁰⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 425-426. Alexy denomina de tese antropológica, que pode ser interpretada aristotelicamente (ALEXY, R. Prefácio. Tradução L. A. Heck. No prelo).

³¹⁰ ALEXY, *Uma concepção...*

³¹¹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 230-234. Ver também: (ALEXY, *Uma concepção...*). Na "Antwort auf einige Kritiker", in: *Theorie der juristischen...*, e em "Uma concepção...", Alexy afirma que prefere a expressão "pragmático-transcendental" à expressão "pragmático-universal".

³¹² ALEXY, *Uma concepção...*

coerção, que são encontradas no direito positivo. Portanto, a teoria do discurso somente pode obter seu significado prático em uma teoria do direito.³¹³

O problema do conteúdo trata-se da questão se e em qual proporção deixam distinguir-se na base das regras do discurso normas para a atuação correta, uma vez que o sistema de regras do discurso não oferece nenhum procedimento que conduza sempre a um mesmo resultado.³¹⁴ Isso ocorre porque: a) algumas regras do discurso somente podem ser cumpridas parcialmente; b) nem todos os passos de argumentação estão determinados; c) todo o discurso tem de partir de concepções normativas historicamente dadas.³¹⁵

A aplicação das regras do discurso produz, então, três resultados possíveis: necessidade discursiva, impossibilidade discursiva e possibilidade discursiva. Um exemplo de uma regra excluída necessariamente pelas regras do discurso é aquela que exclui alguns homens completamente do discurso e se lhes atribui o status de escravo. Além disso, determinados direitos humanos mostram-se discursivamente necessários e suas negações discursivamente impossíveis. Esse é o caso do direito à vida e integridade corporal, à liberdade de atuação, liberdade de crença, de opinião, reunião, de profissão, propriedade, igualdade de tratamento e à participação no processo de formação da vontade política e direitos fundamentais sociais mínimos, como é o caso do direito a um mínimo existencial.³¹⁶

Além disso, a aplicação das regras da teoria do discurso também afasta aqueles que, embora tenham interesse em correção, excluem indivíduos de todos ou de determinados direitos humanos. Esse é o caso do racista que supõe sua teoria da raça como teoria científica ou a apóia em revelações, religiosas, afirmações metafísicas não-revisáveis e visões mágicas. As regras do discurso admitem “somente argumentos revisáveis por todos os participantes”.³¹⁷

³¹³ ALEXY, Uma concepção...

³¹⁴ ALEXY, Uma concepção...

³¹⁵ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 255-257.

³¹⁶ ALEXY, Uma concepção...

³¹⁷ ALEXY, Uma concepção...

Entretanto, diz Alexy que são mais freqüentes os casos em que mais de uma regra ou proposição normativa incompatíveis entre si são fundamentadas sem qualquer violação a regras do discurso. Disso surge a necessidade de novos discursos práticos em que se fundamentam regras que permitem decidir-se entre duas soluções contraditórias discursivamente possíveis. Esse é o caso das regras de legislação parlamentar, que se apóiam nos princípios de representação e da maioria, e das regras jurídicas, que são estabelecidas por meio de procedimentos regulados por aquelas.³¹⁸

Com isso, o problema do conteúdo leva à necessidade de procedimentos jurídicos que garantem um resultado definitivo: “A teoria do discurso pressupõe, por conseguinte, a necessidade do direito não só por causa do problema da imposição, mas também por causa do problema do conteúdo.”.³¹⁹

2.4 As Regras do Discurso Prático Geral

Há diversos modos de classificar as regras do discurso. Na “Theorie der juristischen Argumentation” a classificação dá-se em seis grupos: a) regras fundamentais, b) regras da razão, c) regras da argumentação, d) formas de argumentos, e) regras de fundamentação, f) regras de passagem. A seguir, cada um será analisado pormenorizadamente.

2.1.5.1 As regras fundamentais

A validade das regras fundamentais é condição da possibilidade de toda comunicação lingüística em que se trate de verdade ou correção³²⁰. São as seguintes.

³¹⁸ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 255-257.

³¹⁹ ALEXY, *Uma concepção...*

³²⁰ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 234; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 185.

- (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.
- (1.2) Cada falante pode apenas afirmar o que ele próprio crê.
- (1.3) Cada falante que aplica um predicado F a um objeto “a”, precisa estar pronto a aplicar F também a todo outro objeto igual a “a” em todos os aspectos relevantes.
- (1.4) Distintos falantes não podem utilizar expressões iguais com diferentes significados.³²¹

(1.1) é uma regra da lógica. Aqui pode ser apresentada a objeção à aplicação das leis da lógica às proposições normativas porque não seriam elas suscetíveis de verdade. Para Wittgenstein, por exemplo, não pode haver proposições de ética.³²²

Tal questão é discutida sob a denominação de dilema de Jørgensen.³²³ Entre as saídas para este dilema está em que a proibição de não se contradizer refere-se à incompatibilidades deônticas³²⁴ e na interpretação descritiva de formulações normativas, às quais seriam aplicadas as leis da lógica ordinária.³²⁵

³²¹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 234-235

³²² Ver supra 1.1.2. Para Wittgenstein, tais proposições são incluídas na classe da metafísica, não são suscetíveis de verdade ou falsidade porque não dizem nada e são, portanto, sem significado. Ver também a proposição 6.53 do *Tractatus* e a análise de Wright (WRIGHT, G. H. *Valuations - or how to say the unsayable. Ratios Juris*, v. 13, n. 4, p. 345-357, dec. 2000).

³²³ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 235; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 185.

³²⁴ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 236; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 186.

³²⁵ Wright faz uma distinção tripartida entre normas (norms), formulações normativas (norm-formulations) e proposições normativas (norm-propositions). Uma formulação normativa pode ser usada prescritivamente para enunciar uma norma ou uma regra de conduta e descritivamente para declarar (*state*) que existe uma norma ou regra. Em uma interpretação descritiva, as fórmulas deônticas expressam proposições segundo as quais uma norma existe. Essas proposições são verdadeiras ou falsas e seguem as leis da lógica ordinária (inclusive as noções metalógicas de implicação, coerência e contradição). Na interpretação prescritiva, as fórmulas deônticas têm um significado prescritivo e expressam normas, que são julgadas desde vários aspectos e critérios de racionalidade, mas não proposições verdadeiras ou falsas. (WRIGHT, G. H. *Normas, verdad y lógica*. 2 ed. México, D.F.: Fontamara, 2001, p. 23-26). Essa é a mesma solução conferida por Ulrich Klug, para quem as proposições normativas podem ser definidas metalinguisticamente e referem-se a um enunciado da linguagem referido a objetos. Por exemplo, a proposição “ninguém pode ser obrigado contra sua vontade a prestar serviço militar com armas” será então e somente verdadeira quando ninguém possa ser obrigado contra sua consciência a prestar serviço militar com armas (KLUG, U. *Lógica jurídica*. Bogotá: Temis, 2004, p. 260).

(1.2) assegura a sinceridade da discussão e é constitutiva para qualquer comunicação lingüística.³²⁶ Não exclui conjecturas, porém exige que sejam caracterizadas como tais.³²⁷

(1.3) refere-se ao uso de expressões por cada falante e (1.4) refere-se ao uso de expressões por diversos falantes. Ambas as regras são variantes da regra geral que exige que todos os falantes devem usar todas as expressões com o mesmo significado.³²⁸

(1.3) refere-se à consistência do falante. Adota a seguinte forma no que se refere a juízos de valor e de dever: (1.3'): Todo falante somente pode afirmar aqueles juízos de valor e de dever que afirmaria assim mesmo em todas as situações em que afirma que são iguais em todos os aspectos relevantes.³²⁹

³²⁶ Austin inclui a sinceridade entre as regras que devem ser seguidas para a felicidade das manifestações performativas (ver 1.3.1.2). Searle inclui a sinceridade entre as regras cuja não realização leva ao defeito do ato ilocucionário (ver 1.3.2.4).

³²⁷ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 236; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 186.

³²⁸ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 236-237.

³²⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 236-237.

Enquanto (1.3') é uma formulação do princípio da universalidade de Hare³³⁰, (1.4) Exige uma comunidade de uso de linguagem³³¹.

2.1.5.2 Regras da razão

O objetivo principal das regras da razão é o asseguramento da imparcialidade da razão prática, por isso são regras de tipo não-monológicas.³³²

³³⁰ Para Hare, os julgamentos morais (moral judgements) são um tipo de julgamento prescritivo (prescriptive judgements) e universalizáveis (universalizable). Em razão de serem universalizáveis, eles são racionais (para universalizar, deve-se dar razão) (p. 4-5). Esta característica da universalidade eles compartilham com os julgamentos descritivos. Por exemplo, se uma pessoa diz que uma coisa é vermelha, ela está comprometida com a visão de que tudo que seja como isto, em aspectos relevantes, seja igualmente vermelho.. "Isto é vermelho" é um julgamento descritivo e acarreta (entails) "Tudo o que é como isso nos aspectos relevantes é vermelho". Os aspectos relevantes são aqueles que acarretaram chamar essa coisa de vermelho Quando um termo singular é regido pela palavra como (like) ou seus equivalentes, isso tem a propriedade de ser turnable em um termo universal pela substituição do "como isso" (like this) por um termo que descreve os aspectos em que a coisa em questão está sendo dita para ser como isso. Então se uma pessoa diz "Isso é vermelho" ela também está comprometida com a proposição "Tudo o que é como isso nos aspectos relevantes é vermelho" e, além disso, com a proposição de que há uma propriedade tal que isso tem isso (this has it) e tal que tudo que tem isso é vermelho". (p. 10-11). Entretanto, nada é exatamente como algo mais, o que leva ao conceito de similiaridade (similarity), (p. 12-13) Por exemplo, o conceito vermelho tem fronteiras mal definida e duas pessoas podem não concordar em chamar um objeto de vermelho, não porque haja diferença em suas visões, mas porque eles tinham aprendido a usar a palavra vermelho de modos diferentes. Tal dificuldade para formular a regra que está implicada em qualquer julgamento de valor é a mesma encontrada para explicar o significado de um termo descritivo como usado em ocasião particular (p. 14). Por exemplo, no caso de julgamento de valor "Isso é bom", nós estamos comprometidos com o julgamento de que algo que é como isso nos aspectos relevantes é também bom (p. 20). No caso de julgamentos morais, as regras que determinam seu significado descritivo não são meramente regra de significado (meaning-rule), mas princípios morais substanciais (moral principles of substance), como o de que "todos devem sempre aderir a regras universais e governar toda a sua conduta em consonância com estes princípios" (p. 30-31). (HARE, R. M. *Freedom and reason*. Oxford: Oxford University, 1965). A crítica de Alexy ao princípio da universalidade de Hare é o de que, embora seja correta a exigência de que juízos morais para serem corretos devam seguir logicamente de tais regras universais juntamente com proposições descritivas, Hare nada diz sobre o conteúdo destas regras e sobre como podem ser justificadas: "Qualquer regra é compatível com PU, já que exige somente a consistência do falante" (ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 96; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 82).

³³¹ Para esse fim, Alexy entende que se pode partir da linguagem ordinária e, somente quando surjam obscuridades e incompreensões, estabelecerem-se determinações sobre o uso das palavras. (ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 237; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 186-187). Comparar com a noção de jogos de linguagem em Wittgenstein (ver *supra* 1.2.1), de comunidade de investigadores em Peirce (ver 1.2.2) e regras e formas dos argumentos lingüísticos (ver *infra* 2.3.2.2.1).

³³² ALEXY, Uma concepção...

Com base na teoria dos atos de fala, Habermas reconhece o efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita. Desse modo, a pretensão de validade surge nos contextos de todo agir comunicativo.³³³

Alexy, ao proceder à fundamentação pragmático-transcendental das regras do discurso, associa, à pretensão de correção e de verdade, uma pretensão de fundamentabilidade.

A pretensão de fundamentabilidade não significa que o falante está obrigado a fundamentar toda afirmação em qualquer momento e frente a qualquer pessoa, uma vez que é suficiente uma referência à capacidade de fundamentação de outras pessoas determinadas ou determináveis. Entretanto, de qualquer modo, a negativa de fundamentação só pode ser justificada se se possam dar razões para isso³³⁴. Apresenta então a regra geral de fundamentação que rege os atos de fala de afirmação: “(2): Cada falante deve, quando se lhe pede, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem o rechaçar uma fundamentação.”³³⁵

Quem fundamenta algo pretende também aceitar o outro como parte da fundamentação, com os mesmos direitos e não exercer ou aceitar coerção sobre ele. Tais exigências são necessárias para que os jogos de linguagem possam ser considerados uma fundamentação. Igualdade de direitos, universalidade e não coerção, cada uma destas exigências corresponde à situação ideal do discurso de Habermas e podem ser formuladas como três regras:

- (2.1) Cada um que pode falar pode participar em discursos.
- (2.2) (a) Cada um pode problematizar cada afirmação.
- (b) Cada um pode introduzir no discurso cada afirmação
- (c) Cada um pode expressar seus pontos de vista, desejos e necessidades.
- (2.3) Nenhum falante pode, mediante coerção dominante interna ou externa ao discurso, ser impedido de defender seus direitos determinados em 2.1 e 2.2³³⁶.

³³³ Ver supra 1.5.1.

³³⁴ Diz Lorenzen: “Afirmar um enunciado quer dizer apropriar-se dele, estar disposto a defendê-lo contra um interlocutor.” (LORENZEN, *Pensamento...*, p. 36).

³³⁵ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 239.

³³⁶ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S.240. Alexy diz que (2.2.c) é especialmente importante no discurso prático.

Alexy reconhece que por razões de tipo fático está excluído que todos os falantes exerçam seus direitos regulados em (2.1) e (2.2), bem como se pode duvidar que alguma vez se alcance a **inexistência** de coerção exigida em (2.3). Entretanto, o sentido de tais exigências está em que elas formam um critério hipotético-negativo, ou seja, critério para discussões hipotéticas. Em relação a discussões práticas, podem-se cumprir sempre de maneira aproximada e na medida ótima alcançável na situação a julgar. Além disso, tem uma função de instrumento de crítica das restrições de direitos e de oportunidades dos participantes no discurso, que não sejam justificáveis. Definem um ideal a que cabe aproximar-se por meio da prática e de medidas organizativas. Por fim, proporcionam uma explicação da pretensão de verdade ou correção.³³⁷

2.1.5.3 As regras sobre a carga de argumentação

As regras sobre a carga de argumentação definem a extensão e a distribuição da carga de argumentação ou da fundamentação no discurso. Alexy elabora essas regras com base em Singer, Lorenzen/Schwemmer e Perelman.

Singer enuncia o princípio da generalização: “O que está correto para uma pessoa tem de estar correto para qualquer outra pessoa similar em circunstância similar” (What is right for one person must be right for any similar person in similar circumstances).³³⁸

³³⁷ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 240-241; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 189-190.

³³⁸ SINGER, M. G. *Generalization in ethics*. New York: Alfred A. Knopf, 1961, p. 14. Singer elabora o princípio da generalização e o argumento da generalização. O argumento da generalização: Se cada um tivesse de fazer isso, as conseqüências seriam desastrosas (ou indesejáveis); então, ninguém deve fazer isto” (SINGER, *Generalization...*, p. 4). Reconhece a semelhança do argumento da generalização com o imperativo categórico kantiano. A diferença está em que o imperativo categórico faz referência à vontade e à máxima de uma ação, enquanto o argumento da generalização refere-se às conseqüências do ato: “As conseqüências de cada um agir de uma certa maneira podem não ser desejáveis.” (SINGER, *Generalization...*, p. 9-10). Alexy elabora uma versão sintetizada do argumento da generalização: “Uma ação é proibida se seu cumprimento geral tem más conseqüências” (ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 129; ALEXY, *Teoría de la argumentación*, p. 107). Quanto ao princípio da generalização, Singer diz que corresponde ao princípio tradicionalmente chamado de *fairness* ou justiça ou imparcialidade (SINGER, *Generalization...*, p. 5). Quer sublinhar com a expressão “similar circunstância” que a correção ou incorreção do ato está ligada à circunstância ou contexto em que o ato é feito (SINGER, *Generalization...*, p. 13). Esse princípio envolve duas proposições: (1) “É correto para A agir de uma

Com base no princípio da generalização de Singer³³⁹, Alexy elabora uma regra que trata da presunção em favor da igualdade: “(3.1) Quem quer tratar a uma pessoa A de maneira distinta que a uma pessoa B está obrigado fundamentar”.

A regra seguinte exige que uma norma pressuposta ou aceita em uma comunidade só seja questionada se existir razão para tanto: “(3.2). Quem ataca uma proposição ou norma que não é objeto da discussão deve, para isso, dar uma razão.”

Além disso, não é admissível que um falante exija continuamente de seus interlocutores razões: “(3.3) Quem aduziu um argumento, somente está obrigado a outros argumentos em caso de contra-argumentos.”

certa maneira se e somente se for correto para qualquer um similar a A agir da mesma maneira em circunstâncias similares”; (2) “É correto para A ser tratado de uma certa maneira se e somente se for correto para qualquer um similar a A ser tratado da mesma maneira em circunstâncias similares” (SINGER, *Generalization...*, p. 15). Observa ainda as semelhanças deste princípio com a regra de ouro. A aplicação tanto do princípio da generalização quanto da regra de ouro resulta na seguinte proposição em forma negativa, conforme enunciada por Sidgwick: “Não pode ser correto para A tratar B de uma maneira a qual seria errado para B tratar A, meramente sob o fundamento de que eles são dois indivíduos diferentes, e sem haver qualquer diferença entre as naturezas ou circunstâncias dos dois que possam ser enunciadas como um fundamento razoável para a diferença de tratamento”. Para Sidgwick, tal princípio não dá uma guia (guidance) completa, mas “lança um ônus probandi definido a um homem que aplica a um outro um tratamento de que ele reclamaria se aplicado a ele mesmo” (SINGER, *Generalization...*, p. 16). O critério para “all similar cases” estão contidos nos fundamentos gerais ou razões sobre a base de que um ato é, ou dito para ser, certo ou errado, em um certo contexto: “As razões determinam quem são e quem não são similares em um certo contexto. Todos aqueles aos quais a razão se aplica são similares uns aos outros e relevantemente diferentes daqueles aos quais a razão não se aplica” (SINGER, *Generalization...*, p. 21-22). Esse enunciado da razão não necessita ser dado em termos gerais ou abstratos, entretanto ele deve ser generalizável, deve implicar uma regra ou proposição geral, ou seja: “A razão deve ser capaz de aplicação para além de uma pessoa particular em uma situação particular para uma classe de pessoas em um certo tipo de situação”. (SINGER, *Generalization...*, p. 24). Outra questão que Singer pontua é sobre que tipo de consideração serve como razão para a exclusão. Singer distingue aqui entre razão para um ato e justificação. Por exemplo, alguém pode ter uma razão para cometer um assassinato, mas não poderá ter uma justificação. Então, com o objetivo de justificar a pretensão de que certa classe ou grupo de pessoas deva ser excluído de certo tipo de posição, teria de ser mostrado que membros desta classe têm certas características, em virtude de sua pertença a essa classe, que são tais que os tornam inadequados ou incompetentes para realizar as obrigações (duties) dessa posição. Por exemplo, o fato de que alguém ter cabelo vermelho pode ser suficiente para excluí-lo de ser enviado como emissário para um país imaginário onde pessoas com cabelos vermelhos são consideradas como más (SINGER, *Generalization...*, p. 26-28). Desse modo, enuncia uma nova formulação do princípio da generalização: “se ninguém deve agir ou ser tratado de um certo modo, então ninguém deve agir ou ser tratado daquele modo sem uma razão”. Isso significa, então, que aqueles que pretendem excluir qualquer classe de pessoas de certo direito, estão obrigados a mostrar alguma razão especial para a exclusão (SINGER, *Generalization...*, p. 31).

³³⁹ Para uma discussão sobre o princípio da generalização, Cf: CARVALHO, M. C. Argumento da generalização ou princípio da equidade? Anotações sobre a ética de Marcus G. Singer. In: CARVALHO, M. C. (Org.). *A filosofia analítica no Brasil*. Campinas: Papyrus, 1995. p. 231-250.

A última regra introduz a liberdade de qualquer expressão no discurso e o ônus de fundamentar o porquê dessa manifestação quando solicitada:

(3.4) Quem introduz uma afirmação ou uma manifestação sobre seus pontos de vista, desejos ou necessidades, que não está relacionada como argumento a uma expressão anterior, tem, sob requerimento, de fundamentar por que introduz esta afirmação ou manifestação.

2.1.5.4 As formas de argumentos

Objeto imediato do discurso são as proposições normativas singulares (N). Há dois tipos fundamentais de formas de argumentos utilizados para fundamentação de (N). No primeiro se toma como referência uma regra (R) pressuposta como válida, na segunda se assinalam as conseqüências (F) de seguir o imperativo implicado em (N). Isso significa, no primeiro tipo, quem aduz uma regra como razão, pressupõe como verdadeira uma proposição (T) que descreve tais propriedades, situações ou eventos. No segundo tipo, também se pressupõe uma regra que expressa que a produção destas conseqüências (F) é obrigatória ou é boa.³⁴⁰

As formas de argumentos³⁴¹, portanto, são duas:

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

³⁴⁰ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 245-246.

³⁴¹ Alexy aponta as semelhanças estruturais entre (4.1) e (4.2). Quem apela a uma regra em uma fundamentação (4.1) pressupõe ao menos que se cumpram as condições de aplicação desta regra. Estas condições de aplicação podem ser as características de uma pessoa, de uma ação ou de um objeto, a existência de um determinado estado ou que suceda um determinado acontecimento. Isso significa que quem aduz uma regra como razão pressupõe como verdadeiro um enunciado (t) que descreve tais características, estado de coisas ou acontecimentos. Por outro lado, Sobre a verdade de T (4.1) ou se F (4.2) é realmente uma conseqüência da ação, pode-se desenvolver um discurso teórico (ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 245).

Ambas as formas são igualmente que são subformas da forma mais geral, segundo a qual a noção de razão traz sempre a noção de uma regra que estabelece que algo é uma razão para algo mais

$$(4) \quad \begin{array}{l} G \\ \underline{R} \\ N \end{array}$$

O próximo passo conduz à justificação de (R). Para isso, Alexy fala das conseqüências da regra R (F_R). Tais conseqüências correspondem ao estado que se dá se R tem vigência (Z_R) ou à situação que se produzirá se se segue R (Z_F). Além disso, é possível também justificar R pela indicação de uma regra adicional R' que exija R sob uma condição T' que não se pode classificar como uma conseqüência de R. Há, portanto, também duas formas de argumentos de segundo nível, que são também subformas da forma básica³⁴² (4):

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

Uma vez que as formas (4.1)-(4.4) levam, na aplicação de uma regra, em cada caso a um resultado, então regras distintas entre si podem levar a resultados

³⁴² ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 246-247.

incompatíveis entre si. Deste modo, regras de prioridade³⁴³ prescrevem que algumas regras gozam de preferência sobre outras sob qualquer condição (4.5) ou que determinadas regras têm preferência sobre outras somente sob determinadas condições (4.6). As regras de prioridade podem ter duas formas:³⁴⁴

$$(4.5) R_i P R_k \text{ e/ou } R'_i P R'_k \\ (4.6) (R_i P R_k) C \text{ e/ou } (R'_i P R'_k) C''$$

Dito de outra forma, as formas 4.5 e 4.6 formalizam as ponderações no discurso prático geral.³⁴⁵

2.1.5.5 As regras de fundamentação

O primeiro grupo de regras de fundamentação é formado com distintas variantes do princípio da generalizabilidade (Verallgemeinerbarkeitsprinzip).³⁴⁶

A primeira regra é formada a partir do princípio da universalidade (Universalisierbarkeitsprinzip) de Hare (1.3'), junto com o princípio da prescritividade³⁴⁷ do mesmo autor:

³⁴³ Alexy faz referência a Kurt Baier quanto às regras de prioridade. Baier apresenta dois estágios no processo de deliberação sobre a melhor coisa a fazer. A ação a ser feita é aquela apoiada pelas melhores razões. O que faz algo uma razão para fazer algo compreende dois estágios: consideração dos fatos (surveying of facts) e ponderação de razões (weighing of the reasons). No primeiro estágio, "consideration-makink beliefs" ou "rules of reason" qualificam os fatos relevantes que fundamentam uma presunção a favor do que há de se fazer, embora essa presunção ainda não diga o que deve ser feito. No segundo estágio, nós empregamos "beliefs about the superiority of one type of reason over another". Estas regras de superioridade dão-nos razões pelas quais um tipo é superior a outro. Essas presunções (afirma que o termo presunção foi pego emprestado da linguagem jurídica, como é o caso de morte presumida) podem ser confirmadas ou refutadas pela ponderação dos vários prós e contras. Portanto, a correção do resultado final (final outcome) depende da correção do primeiro passo – a descoberta (finding) das considerações relevantes - e do segundo passo - a verificação dos pesos relativos das considerações envolvidas (BAIER, K. *The moral point of view: a rational basis of ethics*. New York: Random House, 1958, p. 27-40).

³⁴⁴ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 249-250). A lógica da preferência tem tido um desenvolvimento mais ou menos recente, com o primeiro trabalho, chamado de "A lógica do melhor", publicado em 1957. G. H. Von Wright deu importantes contribuições sobre este ramo da lógica. A forma estândar de um julgamento de preferência é "s em t prefere x a y", onde s significa uma pessoa ou sujeito e t uma ocasião no tempo. A forma impessoal e atemporal de tais julgamentos é "x é preferido a y" ou xPy. (WRIGHT, G. H. *The logic of preference reconsidered*. In: WRIGHT, G. H. *Philosophical logic*. Ithaca, New York: Cornell University, 1984)

³⁴⁵ ALEXY, Uma concepção...

³⁴⁶ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 250.

(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 que ele se encontrara em situação daquelas pessoas.³⁴⁸

Alexy apresenta uma versão reduzida desta regra: “Qualquer um deve poder estar de acordo com as conseqüências das regras afirmadas ou pressupostas por ele para qualquer outro.”

A regra seguinte, elaborada com base em Habermas, exige que **todos** devem poder aceitar as conseqüências de **cada regra** para a satisfação das necessidades de **cada indivíduo**: “(5.1.2) As conseqüências de cada regra para as satisfações dos interesses de cada um individualmente devem poder ser aceitas por todos”.³⁴⁹

Dito brevemente: “Cada um deve poder consentir com cada regra.”

³⁴⁷ O princípio da prescritividade está relacionado à palavra dever (ought). Se o princípio da universalidade é uma regra de exigência de consistência no uso da linguagem, o princípio da prescritividade exige que quem defende uma norma deve estar de acordo em aceitar as conseqüências da norma se ele estivesse na condição de sofrer as conseqüências. Por exemplo, se eu defendo que os meus devedores devem ser levados à prisão, então eu devo admitir que eu meus credores, nas mesmas circunstâncias, devem me levar à prisão. (Hare, 1965, p. 98). Mas não é necessário que alguém *in fact* esteja nesta relação, é suficiente que ele devesse considerar-se hipoteticamente em tal caso e ver quais seriam as conseqüências em caso de aplicação de determinadas normas. (HARE, *Freedom...*, p. 93). Isso significa que se deve estar preparado a dar peso (to give weight) a inclinações e interesses de outros como se fossem os próprios e ter imaginação suficiente para colocar-se em seu lugar. Não é suficiente tornar-se um observador imparcial, mas um “impartially sympathetic spectator”, como professado pelas assim chamadas “Ideal Observer Theories” de éticas. (HARE, *Freedom...*, p. 94). Alexy diz ainda que na base da exigência de uma hipotética troca de papéis (Rollentausch) está a exigência do reconhecimento do outro como alguém com os mesmos direitos. (ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 97, Fn. 175; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 84, nota 175).

³⁴⁸ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 251.

³⁴⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 252.

O princípio da ensinabilidade universal de Baier exige abertura e sinceridade no discurso.³⁵⁰ Alexy elabora então a seguinte regra, que considera uma concreção de (1.2): “(5.1.3) Cada regra deve ser ensinável em forma aberta e geral.”³⁵¹

Alexy distingue entre o princípio da universalização de Habermas e o princípio da generalizabilidade de Hare. Segundo Hare, é suficiente com que o indivíduo que julga aceite as conseqüências para cada um, enquanto para Habermas uma norma que segue o princípio da universalização são aquelas que todos podem querer. Uma norma que todos podem querer é aquela cujas conseqüências diretas e indiretas para a satisfação das necessidades de qualquer indivíduo podem ser aceitas por todos.³⁵²

No programa de gênese crítica, elaborado por Lorenzen e Schwemmer, o desenvolvimento dos sistemas de regras morais é reconstruído pelos participantes do discurso, de modo a serem criticadas as regras que surgem no desenvolvimento do discurso racional. Alexy então deriva as seguintes regras:

(5.2.1) Que as regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem poder resistir à comprovação (Überprüfung) de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal revisão:
(a) se ainda que originariamente se pudesse justificá-la racionalmente, entretanto perdeu sua justificação, ou

³⁵⁰ Para Baier, o ensino da moralidade deve ser completamente universal e aberta: “moral rules are not merely rules to which a person must not make exceptions in his favor but they are principles meant for everybody”. A condição da ensinabilidade universal (universal teachability) produz três outros critérios de regras morais. Elas não devem ser autofrustrantes (self-frustrating). Uma regra moral é auto-frustrante se seu propósito se frustrasse se todos agissem em conformidade com ela, por exemplo, a máxima “Quando você está em situação de necessidade, chame por ajuda, mas nunca ajude outra pessoa se ela está em situação de necessidade”. Se todos adotassem este princípio, então a adoção da segunda parte frustraria o que é obviamente o ponto da adoção da primeira parte, a saber, receber ajuda quando alguém está em situação de necessidade. Em segundo lugar, as regras não podem ser autodestrutivas (self-defeating). Uma regra é autodestrutiva se seu propósito se destrói logo que uma pessoa permite seja conhecido que adotou tal regra. Por exemplo: “Faça uma promessa mesmo que vocês sabe ou pensa que você não pode jamais cumpri-la ou quando você não pretende cumpri-la”. Esta regra seria destruída porque o verdadeiro propósito da promessa é assegurar e fornecer uma garantia de fazer a promessa, então qualquer observação que coloque dúvidas sobre a sinceridade do promitente destruirá o propósito de fazer a promessa. Essa regras, embora possa ser ensinadas abertamente, elas são auto-frustrantes ou auto-destrutivas. Mas há outro grupo de regras que é literalmente impossível ensiná-las, são as regras moralmente impossíveis (morally impossible), como por exemplo: “Sempre assevere o que você pensa não ser o caso”. A razão pela qual ela não pode ser ensinada é quem a adota não pode comunicar aos outros que ele está obrigado a iludi-los, portanto não se pode ensinar tal regra a ninguém. (BAIER, *The moral...*, p. 100-106)

³⁵¹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 252.

³⁵² ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 151-152.

(b) se originariamente não se pudesse justificá-la racionalmente e não se pode aduzir tampouco novas razões que sejam suficientes.^{353 354}

A prova proposta por Lorenzen e Schwemmer da formação histórico-social das normas deve ser completada com uma prova do desenvolvimento individual das opiniões normativas:

(5.2.2) Que as regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem poder resistir à revisão de sua formação histórico-individual. Uma regra moral não resiste a semelhante revisão se foi estabelecida somente sobre a base de condições de socialização não-justificáveis.^{355 356}

Sobre o que sejam condições de socialização a não serem justificadas, Alexy considera as condições em que o interessado não esteja disposto ou não possa tomar parte no discurso.³⁵⁷

A última regra deste grupo resulta do fato de que o discurso prático se desenvolve com a finalidade de resolver questões práticas realmente existentes, o que pressupõe um considerável conhecimento empírico: “(5.3) Devem ser observados os limites de realizabilidade faticamente dados (Die faktisch gegebenen Grenzen Realisierbarkeit sind einzuhalten)”.³⁵⁸

³⁵³ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 253.

³⁵⁴ O programa de gênese crítica de Lorenzen parte de uma situação concreta que deve ser vista como um *open complex*. Ela é complexa porque mais de um elemento pode ser relevante. E ela é aberta porque o número de elementos relevantes é ilimitado. Diz Lorenzen: “A construção de uma gênese normativa então resulta ser normalmente uma parcial reconstrução da história da situação concreta. Nem todos os detalhes históricos são relevantes para uma gênese normativa, mas é uma suposição razoável que os passos essenciais que conduziram a situação presente foram realmente tomados (em um modo mais ou menos obscuro) durante sua história”. Essa reconstrução tem de ser feita então seguindo os passos seguintes: partimos de normas tomadas de nossa prática imediata e temos de aplicar estas normas para um crítico entendimento de algumas partes da história. Da história nós temos de voltar para nossa consideração genética de normas que agora podem ser aperfeiçoadas. Então nós temos de ir para um crítico entendimento da história novamente, etc. Lorenzen chama esse processo de uma espiral dialética. O objeto da gênese crítica normativa é a justificação de necessidades culturais. Com isso, é possível distinguir necessidades culturais e quereres (wantings) que são apenas pretensões (claims) de necessidades culturais ou naturais (LORENZEN, P. *Normative logic and ethics*. Mannheim/Zürich: Hochschultaschenbücher, 1969, p. 85-89).

³⁵⁵ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 253-254).

³⁵⁶ Alexy diz que para a aplicação desta regra deve-se recorrer à psicologia, especialmente à psicanálise (ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 195).

³⁵⁷ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 254.

³⁵⁸ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 254.

2.1.5.6 As regras de passagem

Nos discursos práticos surgem muitos problemas que não podem ser resolvidos por meio da argumentação prática, como questões de fato (como a predição de conseqüências), problemas lingüísticos (como problemas de comunicação) e questões que se referem à própria discussão prática. Tais problemas devem ser resolvidos, respectivamente, em discursos teóricos, discursos de análise de linguagem e discursos de teoria do discurso. As seguintes permitem a passagem para estes outros tipos de discurso:

- (6.1) É possível para cada falante, em qualquer tempo, passar a um discurso teórico (empírico).
- (6.2) É possível para cada falante, em qualquer tempo, passar a um discurso de análise da linguagem.
- (6.3) É possível para cada falante, em qualquer tempo, passar a um discurso de teoria do discurso.³⁵⁹

A regra (6.1) tem uma especial importância no discurso prático, porque freqüentemente há um consenso sobre as premissas normativas, porém controverte-se sobre as premissas empíricas. Contudo, como o conhecimento empírico não

³⁵⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 254-255.

pode ser alcançado com certeza desejável, são necessárias regras de presunção racional.³⁶⁰

(6.2) é elaborado com base nos princípios da ética construtivista. Segundo Schwemmer, para que haja uma comunidade racional, deve ser assegurado o mesmo uso das palavras para os participantes do discurso. Alexy chama do discurso analítico-linguístico o discurso de análise da linguagem. Em que se trata, por exemplo, de descobrir ambigüidades, vaguezas, componentes de significado emotivos e falta de sentidos (Sinnlosigkeiten). O objetivo é assegurar uma linguagem clara e com sentido.³⁶¹

Por fim, (6.3) alude às diferentes vias para a fundamentação das regras do discurso racional e a possibilidade de um discurso sobre a justificação de regras do discurso.³⁶²

³⁶⁰ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 255. Sobre presunção, diz Daniel Mendonca: A fórmula da presunção é representada pelo autor como *Pres (P, Q)*. *Pres* é o operador da presunção, *P* é o fato que dá origem à presunção e *Q* para o fato presumido. Letras maiúsculas indicam aqui descrições genéricas de estados de coisas previstos em lei. A fórmula pode ser lida então como “*P* origina (*raises*) a presunção que *Q*” ou “Há uma presunção de *P* que *Q*”. De outro lado, a regra da presunção estipula que: “Given that *p* is the case, you shall proceed as if *q* were true, unless or until you have (sufficient) reason to believe that *q* is not the case”. Normas de presunção (presumptions norms) são comandos legislativos que ordenam a alguém para tomar um fato como verdadeiro mesmo que não haja evidência suficiente que outro fato – que serve como um indicador do primeiro – ocorreu. Um exemplo dado pelo autor é o Código Civil argentino, que estabelece uma presunção de morte simultânea em um acidente quando não é possível saber quem morreu antes. Sobre as funções das presunções, Mendonca refere-se a Ulmann-Margalit, que distingue três tipos de presunção: considerações probabilísticas (no caso de *P*, *Q* é mais/menos freqüente que não-*Q*), considerações relacionadas a valor – value-relates considerações (as conseqüências de presumir *Q* em caso de *P* são mais-menos severas que as conseqüências de presumir não-*Q* em caso de *P*) e considerações procedimentais (no caso de *P*, é mais/menos difícil encontrar evidências em favor de *Q* que em favor de não-*Q*). Por fim, o autor observa sobre o papel das presunções *iuris et de iure* e *iures tantum*. Esta admite evidência em contrário, diferentemente daquela. Entretanto, embora a presunção *iures et de iure* não admita que o fato presumido seja contestado, nada proíbe que seja provado que o fato dado como antecedente da presunção não exista ou que não é o fato especificamente exigido pela lei. Mendonca então oferece duas estratégias para atacar a presunção *iures et de iure*: (1) estratégia de bloqueio, “Dado *P*, deve ser presumido que *Q*”, é bloqueado em um caso *c* se e somente se está demonstrado que ***p não está sendo provado em c ou se a negação de p é provada em c***; (2) estratégia de destruição, a presunção “dado *P*, deve ser presumido que *Q*” é destruído em um caso *c* se e somente se ***a negação de q é provada em c***. (MENDONCA, D. Presumptions. *Ratio Juris*, v. 11, p. 4, p. 399-412, 1988).

³⁶¹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 185.

³⁶² ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 232-233.

2.2 Correção Jurídica e a Relação entre o Direito e a Moral

O argumento da correção é apresentado por Robert Alexy com o fim de demonstrar a validade da tese não-positivista da vinculação necessária entre direito e moral. Para Alexy, a moral constitui um terceiro elemento do direito, ao lado dos caracteres da positividade em conformidade com o ordenamento e o da eficácia social.

Aqui busco delinear os conceitos-chaves e discutir a estrutura do argumento da correção. Entre os conceitos trabalhados, destaco o conceito de pretensão de correção, bem como os conceitos que conferem uma maior clareza ao argumento, tais como os conceitos-pares de perspectiva do observador e a perspectiva do participante, conexões classificantes e conexões qualificantes, contextos conceitualmente necessários e contextos normativamente necessários, entre outros.

Quanto à estrutura, o argumento divide-se em duas partes. Em primeiro lugar, o autor quer demonstrar a vinculação necessária entre direito e correção. Como um positivista pode aceitar esta vinculação e, ao mesmo tempo, não aceitar uma vinculação entre o direito e a moral, o argumento ainda precisa ser completado pela tese da vinculação entre a correção jurídica e a correção moral.

A tese da vinculação necessária entre correção jurídica e correção moral pode ainda ser completada pelas teses da justiça como correção e da justiça como fundamentabilidade. Esta concepção de justiça só pode compreendida dentro de uma teoria discursiva da justiça. Porém, como as condições idéias do discurso de justiça geram problemas para a solução dos conflitos, impõe-se uma institucionalização do discurso por meio do direito. Com isso, a necessidade da institucionalização do discurso por meio do direito remete à tese do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral.

2.2.1 As teses básicas positivistas e não-positivistas sobre a relação entre direito e moral

Para Robert Alexy, sobre a relação entre direito moral existem duas teses básicas: as teses da separabilidade/separação e da vinculação. Os positivistas sustentam a tese da separabilidade ou mesmo da separação entre direito e moral. Os não-positivistas, por seu turno, defendem ao menos uma versão da tese da vinculação.³⁶³

Segundo a tese da separabilidade, não há uma relação conceitual necessária entre direito e moral. Hans Kelsen exprimiu esta tese na fórmula: “Cada conteúdo qualquer pode ser direito”.³⁶⁴

Contudo, a tese da separabilidade não afastaria que o direito positivo de uma determinada comunidade possa conter princípios morais, o que sucede, por exemplo, quando disposições constitucionais incorporam os direitos humanos ao direito positivo.³⁶⁵

A tese da separação é uma forma mais forte do positivismo jurídico. Ela parte da tese da separabilidade, ou seja, de que não há uma relação necessária entre direito e moral, mas vai mais além ao afirmar que a **melhor** definição do direito exclui deste conceito todos os elementos morais.³⁶⁶

Se aceita a tese da separação, permanecem apenas dois elementos da definição do conceito de direito: o da positivação em conformidade com o ordenamento e o da eficácia social. O conceito de eficácia social relaciona-se a coisas como hábitos, ordens qualificadas pela sanção, convicções, sentimentos e opiniões. Já o conceito de positivação em conformidade com ordenamento está

³⁶³ ALEXY, R. Ethik und recht. In: HÄRLE, W.; PREUL R. *Marburger Jahrbuch Theologie XIV*. Marburg: N. G. Elwert Verlag Marburg, 2002, S. 83-92.

³⁶⁴ “Cada conteúdo qualquer pode ser direito”. Kelsen, apud ALEXY, Ethik..., S. 83-92.

³⁶⁵ ALEXY, Ethik..., S. 83.

³⁶⁶ ALEXY, Ethik..., S. 84.

relacionado às normas que definem e fundamentam a competência para a positivação do direito.³⁶⁷

Os não-positivistas, ao contrário, sustentam a tese da inclusão da moralidade como terceiro elemento do conceito de direito: “o conceito de direito tem de ou deve incluir elementos morais”.

Se esta inclusão é vista como **conceitualmente** necessária, pode-se falar de uma “tese forte da vinculação”. Esta tese é a negação da tese da separabilidade.

Se esta inclusão é apenas vista como devida ou desejável, não, porém, como conceitualmente necessária, fala-se em uma tese fraca da vinculação. A tese fraca da vinculação vê, portanto, uma vinculação **normativamente** necessária e não uma vinculação conceitual (grifei). Ela é a negação da tese da separação.³⁶⁸

Portanto, a questão decisiva está na inclusão da moralidade como terceiro elemento de definição do direito, dito de outro modo, se há, de algum modo, uma vinculação necessária entre a moral e o direito.³⁶⁹

2.2.2 Marco conceitual

Para defender a tese da vinculação necessária, conceitual e normativa, entre o direito e a moral, o autor partirá de um marco conceitual com os seguintes conceitos-pares: conceitos de direito livres de validade e não livres de validade, sistemas jurídicos como sistemas de normas e como sistemas de procedimentos, perspectiva do observador e a perspectiva do participante, conexões classificantes e conexões qualificantes e, por fim, contextos conceitualmente necessários e contextos normativamente necessários.³⁷⁰

³⁶⁷ ALEXY, Ethik..., S. 84.

³⁶⁸ ALEXY, Ethik..., S. 85.

³⁶⁹ ALEXY, Ethik..., S. 85.

³⁷⁰ ALEXY, R. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción J. M. Sena. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 29-33.

O objetivo de Alexy com estes diferentes pares conceituais é alcançar uma precisão conceitual sobre o que se entende por direito quando se fala de uma conexão ou separação necessária entre o direito e a moral.

2.2.2.1 Conceitos de direito livres de validez e não livres de validez

A incorporação do conceito de validez significa incluir neste conceito o contexto institucional da promulgação, aplicação e imposição do direito. É possível um conceito de direito livre de validez. Entretanto, o autor prefere um conceito que inclua a validez para a análise do positivismo jurídico porque isso evitaria uma trivialização do problema ao definir o direito livre de validez e logo dizer que não há nenhuma relação conceitualmente necessária entre direito e moral porque é concebível normas para o comportamento externo que tenham qualquer conteúdo.³⁷¹

2.2.2.2 Sistemas jurídicos como sistema de normas e como sistema de procedimentos

O sistema jurídico como sistema de procedimentos é um sistema de ações baseada em regras por meio das quais as normas são promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impostas. O sistema de normas é um sistema de resultados ou produtos de procedimentos de criação de normas, quaisquer que sejam suas características.³⁷²

³⁷¹ ALEXY, R. *El concepto...*, p. 30.

³⁷² ALEXY, R. *El concepto...*, p. 30-31.

2.2.2.3 *Perspectiva do observador e participante*

Participante é quem no sistema jurídico participa da argumentação acerca do que neste sistema jurídico está ordenado, proibido e permitido (no centro desta perspectiva está o juiz).

Observador é quem não pergunta qual é a decisão correta em um determinado sistema jurídico senão como se decide de fato em um determinado sistema jurídico.³⁷³

2.2.2.4 *Conexões classificantes e qualificantes*

Há dois tipos diferentes de conexões entre direito e moral. Trata-se de uma conexão classificante quando se sustenta que as normas ou os sistemas de normas que não satisfazem um determinado critério moral não são, por razões conceituais ou normativas, normas jurídicas ou sistemas jurídicos.

Trata-se de uma conexão qualificante quando se sustenta que normas ou sistemas jurídicos que não satisfazem um determinado critério moral podem ser normas ou sistemas jurídicos, mas são sistemas jurídicos deficientes.³⁷⁴

³⁷³ ALEXY, R. *El concepto...*, p. 31-32.

³⁷⁴ ALEXY, R. *El concepto...*, p. 32.

2.2.2.5 Contexto conceitualmente necessário e contexto normativamente necessário³⁷⁵

O principal argumento analítico a favor da tese positivista da separação é o de que não há uma relação conceitualmente necessária entre o direito e a moral. Entretanto, isso não pode ser confundido com a tese de que o conceito de direito **tem de** definir-se independente da moral.³⁷⁶

Todavia, tanto a tese da separação quanto a tese da conexão se sustentam com argumentos normativos, ou seja, que é necessária a inclusão ou exclusão de elementos da moral no direito para alcançar certos objetivos ou para cumprir certa norma. É exemplo de argumento normativo a favor da tese da separação aquele que assinala que esta leva a uma clareza lingüística e conceitual que garante a segurança jurídica. É exemplo de argumento a favor da tese da conexão quando se assinala que esta facilita a melhor solução dos problemas da injustiça no direito.³⁷⁷

2.2.3 O argumento da correção

O argumento da correção consiste em mostrar que tanto as normas jurídicas quanto as decisões judiciais isoladas, assim como o sistema jurídico como um todo, necessariamente formulam uma pretensão de correção. Além disso, refere-se às

³⁷⁵ Uma terceira classe de argumentos seriam os argumentos empíricos. Os argumentos empíricos são aqueles que se baseiam na descrição de certos usos da linguagem ou prática ou se referem às necessidades fáticas. No primeiro caso, os argumentos somente podem mostrar que a relação entre direito e moral é necessária para certo uso ou prática da linguagem, mas não que é necessária em geral. No segundo caso, o argumento pode dizer que o sistema jurídico apenas que o sistema jurídico que protege a vida, a liberdade e a propriedade, e que, portanto, satisfaz certas exigências morais mínimas, não terá validade duradoura. Para dizer, contudo, que tais exigências tenham que incluir-se no conceito de direito, são necessárias mais premissas (ALEXY, *El concepto...*, p. 27, nota 18).

³⁷⁶ ALEXY, *El concepto...*, p 27-29.

³⁷⁷ ALEXY, *El concepto...*, p. 27-29.

conseqüências da não formulação e da não satisfação desta pretensão. Estas conseqüências podem ser classificatórias ou qualificatórias.³⁷⁸

Alexy sustenta que tanto as normas isoladas quanto as decisões jurídicas isoladas e também os sistemas jurídicos formulam necessariamente uma pretensão de correção. No caso dos sistemas jurídicos que não formulam esta pretensão explícita ou implicitamente, não são sistemas jurídicos, ou seja, neste caso esta pretensão tem relevância qualificante. Quanto aos sistemas jurídicos que formulam esta pretensão, mas não a satisfazem, são sistemas jurídicos deficientes. Neste sentido a pretensão de correção tem relevância classificatória.

Quanto às normas jurídicas e decisões judiciais isoladas, a pretensão de correção tem uma relevância exclusivamente qualificante. São juridicamente deficientes tanto se não formulam quanto se não satisfazem a pretensão de correção.³⁷⁹

Alexy reconhece, contudo, que um positivista pode concordar com a pretensão de correção e afirmar também que isso não implica uma necessária vinculação entre o direito e a moral. Desse modo, terá de demonstrar que desta pretensão segue uma vinculação necessária entre o direito e a moral.³⁸⁰

2.2.3.1 Conceito de pretensão de correção

O primeiro elemento do conceito diz respeito ao sujeito da pretensão de correção. Alexy diferencia entre uma pretensão objetiva e uma pretensão subjetiva. Uma pessoa formula subjetivamente uma pretensão de correção quando **quer** formulá-la. Entretanto, se todo aquele que decide, julga ou argumenta em um sistema jurídico **deve** formular uma pretensão de correção, trata-se de uma

³⁷⁸ ALEXY, R. La crítica de Bulygin al argumento de la corrección. In: ALEXY, R. *La pretensión de corrección del derecho* Traducción P. Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 54.

³⁷⁹ ALEXY, R. La crítica de Bulygin..., p. 41-42.

³⁸⁰ ALEXY, R. *Ethik und Recht*, p. 86.

pretensão objetiva de correção. Este o caso do juiz, que formula uma pretensão em nome do sistema jurídico.³⁸¹

Há dois círculos de destinatários da pretensão de correção: círculo institucional e não-institucional de destinatários. No círculo de destinatários “institucional” estão os destinatários dos respectivos atos jurídicos: os destinatários da lei, frente ao legislador; as partes do processo, frente ao juiz e os destinatários dos atos administrativos, frente ao funcionário público. Atos institucionais são levados a cabo sobre a base de normas de competência, tais como a decisão legislativa, a sentença judicial e o ditado de um ato administrativo.

No círculo não-institucional estão todos aqueles que se situem no ponto de vista de um participante do sistema jurídico respectivo. Adota esta perspectiva aquele que se pergunta acerca do que está ordenado, proibido ou permitido no respectivo sistema jurídico e para que se esteja autorizado. Esta pergunta pode ser colocada por qualquer um e qualquer um pode dar uma resposta, justificá-la ou criticar uma resposta dada pelos demais.³⁸²

A formulação da pretensão de correção em uma perspectiva institucional consta de três elementos: a) a afirmação da correção; b) a garantia da fundamentabilidade e 3) a expectativa de reconhecimento da correção.³⁸³

Assim, quem formula uma pretensão de correção faz uma afirmação de que o ato jurídico é material e procedimentalmente correto, formula uma pretensão de fundamentabilidade (reconhece um dever geral e básico de fundamentação e pretende que se cumpra dito dever tanto quanto seja possível ou se possa cumprir) e esgrime a expectativa de que todos os destinatários de dita pretensão de correção reconheçam o ato jurídico como correto, caso se situem no ponto de vista do respectivo sistema jurídico e sejam razoáveis.

³⁸¹ ALEXY, R. Derecho y corrección. Tradução José Antonio Seoane, Eduardo Ribeiro Soderó e Pablo Rodríguez. In: ALEXY, R. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005, p. 32-33.

³⁸² ALEXY, Derecho y corrección..., p. 33-34.

³⁸³ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 35-36.

Esses três elementos não estão vinculados somente com os atos institucionais, pois qualquer indivíduo pode realizar afirmações sobre o que neste sistema jurídico está ordenado, proibido e permitido e assim também formula a pretensão de correção com seus três elementos.³⁸⁴

De outro lado, esses três elementos não dizem nada sobre o conteúdo da pretensão de correção. Tal conteúdo permanece em aberto, uma vez que se distingue não são somente entre os sistemas jurídicos, mas também porque dentro de um ordenamento jurídico valem distintos critérios para leis, sentença e atos administrativos.³⁸⁵

2.2.3.2 Necessidade da vinculação entre direito e correção

Para responder à objeção de que a pretensão de correção no direito teria caráter meramente contingente, ou seja, não seria necessária, Alexy fornece dois exemplos: um artigo constitucional absurdo e uma sentença absurda.

O artigo constitucional absurdo tem o seguinte enunciado: “X é uma república soberana, federal e injusta”. O absurdo de tal enunciado resulta de uma contradição. Esta contradição surge porque no ato de promulgar uma Constituição se formula necessariamente uma pretensão de correção que, neste caso, é essencialmente uma pretensão de justiça. Como todas as pretensões contêm afirmações, a pretensão de justiça aqui formulada é a afirmação de que a república constituída é justa.³⁸⁶ A contradição reside, portanto, em que com ato de promulgar a Constituição se realiza implicitamente uma afirmação que contradiz o conteúdo expresso do ato constituinte, a cláusula da injustiça.³⁸⁷

³⁸⁴ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 35-36.

³⁸⁵ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 35-36.

³⁸⁶ Diz Alexy: “A pretensão de justiça, como pretensão geral ou abstrata, não aponta ainda a uma determinada concepção e justiça, mas somente a justiça enquanto distribuição e compensação.” (ALEXY, Derecho y corrección..., p. 40).

³⁸⁷ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 37-38.

Trata-se de em defeito conceitual em forma de contradição performativa. Se há um defeito conceitual, então a relação necessária entre direito a e pretensão de correção, da qual aquele depende, também pode ser caracterizada como conceitualmente necessária.³⁸⁸ A contradição performativa resulta do fato de que somente uma parte da contradição se origine no que se declara explicitamente realizando o ato jurídico, enquanto a outra parte está implícita na pretensão, necessariamente conectada com a execução do ato.³⁸⁹

Um exemplo de sentença absurda: “Condena-se ao acusado, em virtude de uma interpretação errônea do direito vigente, à cadeia perpétua”. O absurdo desta decisão também está em uma contradição performativa, pois com uma sentença judicial sempre se formula a pretensão de que o direito se aplica corretamente, por escassa que possa ser a satisfação de dita pretensão.³⁹⁰

2.2.3.3 Correção jurídica e moral

Um positivista pode alegar que a pretensão de correção formulada necessariamente no direito tem um conteúdo puramente jurídico, que não comporta implicações morais. Alexy que mostrar que a pretensão de correção no direito inclui uma pretensão de correção moral.³⁹¹

O ponto de partida é a abertura do direito positivo. Existe um amplo acordo entre positivistas e não-positivistas acerca da abertura do direito positivo. Para Hart todo o direito positivo tem uma textura aberta (*open texture*).³⁹² Esta abertura resulta da vagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas, a

³⁸⁸ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 38-39.

³⁸⁹ ALEXY, R. Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin. In: ALEXY, R. *La pretensión de corrección del derecho* Traducción P. Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001c, p. 102.

³⁹⁰ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 40-42.

³⁹¹ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 45.

³⁹² Diz Hart: “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.” (HART, H. L. *O conceito de direito*. Tradução A. R. Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 148).

ausência de normas sobre as quais se possam basear-se a decisão e a possibilidade de decidir inclusive contra o teor literal de uma norma em casos especiais. Os casos que caem no âmbito da abertura podem denominar-se de casos duvidosos.³⁹³

Então, que um caso caia no campo da abertura significa que o direito positivo não estabelece sua solução. Se o juiz fosse vinculado exclusivamente ao direito positivo, quando esgotados os argumentos jurídico-positivos, ele poderia decidir com base em suas preferências pessoais ou mesmo jogando dados. Todavia, há um grande número de outros fundamentos além dos jurídico-positivos, tais como considerações de conformidade com a finalidade (*Zweckmäßigkeitserwägungen*), concepções do bem e do mal enraizadas na tradição e princípios de justiça.³⁹⁴

Justiça é correção em relação à distribuição e compensação e questões de justiça são questões morais. Então em decisões jurídicas se trata essencialmente de distribuição e compensação. Assim, decisões jurídicas tratam essencialmente de questões morais. Isso conduz, ao lado de necessidade com a qual se levanta com a pretensão de correção nas decisões jurídicas, para uma necessária vinculação da argumentação jurídica e moral. A pretensão de correção jurídica não é idêntica à pretensão de correção moral, mas inclui uma pretensão de correção moral.³⁹⁵ Nesse sentido, diz Alexy:

Se para os positivistas, no âmbito da abertura o juiz está autorizado a criar com discricionariedade novo direito sobre a base de pautas extrajurídicas, a pretensão de correção conduz a uma interpretação antipositivista. Esta pretensão é uma pretensão jurídica e não somente uma pretensão moral. A ela lhe corresponde o dever jurídico de decidir corretamente e este dever refere-se também à aplicação correta de normas morais corretas; já que por definição, no âmbito de abertura não se pode decidir somente sobre a base das normas de direito positivo e o recurso exclusivo a considerações de conveniência não é suficiente para resolver corretamente um problema jurídico. Em numerosos casos difíceis não é possível justificar a solução correta de maneira diferente que com argumentos morais ou de justiça.³⁹⁶

³⁹³ ALEXY, *Derecho y corrección...*, p. 45-46.

³⁹⁴ ALEXY, *Ethik...*, S. 87.

³⁹⁵ ALEXY, *Ethik...*, S. 87. Ver também: ALEXY, *Derecho y corrección...*, p. 46-47.

³⁹⁶ ALEXY, *La pretensión...*, p. 59-60.

Em resposta a Bulygin, que afirma que a tese da conexão entre direito e moral pressuporia que todos os sistemas jurídicos estão baseados na mesma idéia de justiça e que existe uma moral objetiva compartilhada por todos os operadores do direito, Alexy afirma: “Uma conexão necessária entre direito e moral não pressupõe uma moral efetivamente compartilhada por todos. É compatível com a disputa moral”.³⁹⁷ Continua o autor:

A pretensão de correção formulada no direito importa, então, diretamente perguntas morais. Nesta instância se converte substancialmente em uma pretensão de correção moral. Esta pretensão de correção moral pode ser interpretada em um sentido débil e em um sentido forte. Interpretada em um sentido débil, é satisfeita se um juízo moral é justificável com base em uma certa moral, qualquer que esta possa ser. Interpretada em um sentido forte, a pretensão de correção moral pode ser satisfeita somente se o juízo é justificável com base em uma moral correta, isto é, uma moral que seja justificável por si mesma [...] em ordem a obter uma relação necessária entre direito e moral não se necessita de uma moral objetiva compartilhada por todos os que fazem direito [...]. A idéia de uma moral correta, a prática da argumentação racional sobre o que é moralmente correto e a possibilidade de construir, sobre esta base, racionalidade prática, é suficiente.³⁹⁸

2.2.3.4 *Justiça como correção*

O objeto da justiça constitui somente uma parte do âmbito da moral que se ocupa da distribuição e compensação: “Justiça é correção em relação com a distribuição e a compensação”.³⁹⁹

Nesta definição genérica, o conceito de correção faz possível uma clarificação do conceito de justiça. Assim, “Quem afirma que algo é justo, afirma sempre, ao mesmo tempo, que é correto. Quem afirma que algo é correto, dá a entender que é fundamentável”. Desse modo, a tese da justiça como correção conduz à tese da justiça como fundamentabilidade.⁴⁰⁰

³⁹⁷ ALEXY, Sobre la tesis..., p. 106-107.

³⁹⁸ ALEXY, Sobre la tesis..., p. 108-109.

³⁹⁹ ALEXY, R. Justicia como corrección. In: ALEXY, R. *La pretensión de corrección del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 55-67.

⁴⁰⁰ ALEXY, Justicia..., p. 55-67.

Entre as numerosas teorias sobre fundamentação das normas há dois extremos. Em um lado há as teorias emotivistas, subjetivistas, relativistas e decisionistas, como a teoria de Charles L. Stevenson. Na outra ponta as teorias racionalistas, objetivistas, absolutistas e cognitivistas, como a teoria de Max Scheler. A teoria do discurso oferece uma saída a este dilema: “segundo ela, uma norma é correta se, e somente se, possa ser o resultado de um determinado procedimento, que é o do discurso prático racional”.⁴⁰¹

A teoria discursiva da justiça apresenta dois discursos significativos: a procedimentalização e a idealização. A procedimentalização se manifesta claramente em que as regras mencionadas no estabelecem diretamente nenhuma exigência material ou de conteúdo para a argumentação. Expressão da idealização é que não cabe esperar que as regras do discurso sejam de fato cumpridas integralmente. A procedimentalização e a idealização culminam no conceito de discurso ideal. Um discurso ideal em todos os aspectos é um discurso em que se busca resposta a uma questão prática em condições de tempo ilimitado, participação ilimitada e ausência total de coação, em aras de produzir completa clareza linguístico-conceitual, completa informação, capacidade e disposição completas para a mudança de papéis e ausência total de prejuízos.⁴⁰²

O conceito de discurso ideal gera uma grande quantidade de problemas, que somente podem ser solucionados com uma teoria da institucionalização. Os problemas da procedimentalização podem ser solucionados com uma teoria de conteúdo.⁴⁰³

A institucionalização a que se refere Alexy é o direito. Muitos conflitos permaneceriam sem solução até que se alcance um consenso em uma discussão ilimitada. Isto faz necessários procedimentos jurídicos como o da legislação e o jurisdicional. A base dos procedimentos deste tipo é a Constituição: “Um dos pressupostos básicos da teoria do discurso é que resulta mais factível um acordo

⁴⁰¹ ALEXY, Justicia..., p. 55-67.

⁴⁰² ALEXY, Justicia..., p. 55-67.

⁴⁰³ ALEXY, Justicia..., p. 55-67.

sobre as partes essenciais, materiais e procedimentais, da Constituição que sobre as múltiplas particularidades da política e da vida social”.⁴⁰⁴

Junto ao problema da institucionalização se situa o problema do conteúdo. O ponto de partida é o fato do pluralismo. No discurso sobre a Constituição subsiste a regra fundamental de inserção: qualquer um pode introduzir suas concepções de justiça no discurso. Apesar disso, nenhuma tradição e nenhuma compreensão do mundo ou autocompreensão estão protegidas. Além disso, é decisivo que, sem prejuízo de todas as diferenças, predomine um acordo suficientemente amplo a respeito dos direitos fundamentais a estrutura básica do processo democrático, que estão protegidos inclusive contra uma decisão legislativa parlamentar.⁴⁰⁵

Perelman selecionou seis princípios de justiça que expressam as posições centrais de numerosas discussões sobre justiça: “A cada um a mesma coisa”, “A cada um segundo seus méritos”, “A cada um segundo suas obras”, “A cada um segundo suas necessidades” e “A cada um segundo o que a lei lhe atribui”.⁴⁰⁶

Estas normas podem ser tratadas como regras ou como princípios. Se tratadas como regras, poder-se-ia cair, como denominado por Rawls, em “ordens lexicográficas fixas”. Se tratadas como princípios, permite uma consideração adequada de todos os pontos de vista e expressam a idéia da justiça como medida correta, idéia clássica para a justiça: “expressa o respeito dos princípios de justiça dos outros e, com isso, é um corolário do reconhecimento dos outros como interlocutores do discurso em igualdade de direitos e membros de uma sociedade de livres e iguais”. O que não impede, contudo, o reconhecimento de núcleos de estabilidade normativa frente aos quais não cabem bons argumentos. Esses núcleos, em uma teoria racional, são também os resultados de uma ponderação.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ ALEXY, Justicia..., p. 55-67.

⁴⁰⁵ ALEXY, Justicia..., p. 55-67.

⁴⁰⁶ PERELMAN, De la justice. In: Éthique et droit, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1990, p. 19, apud ALEXY, Justicia..., p. 55-67.

⁴⁰⁷ ALEXY, Justicia..., p. 55-67.

2.3 A Teoria do Discurso Jurídico

2.3.1 O discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral

Para Alexy, o discurso jurídico é um caso especial de discurso prático geral. O que há em comum entre ambos é que “tanto com a afirmação de um enunciado prático geral, como com a afirmação ou um pronunciamento de um enunciado jurídico, se coloca uma pretensão de correção”⁴⁰⁸ e que em ambas formas de discurso se trata da correção de proposições normativas.⁴⁰⁹

O discurso jurídico se trata de um caso especial porque está sujeito à lei, aos precedentes e à dogmática. Deste modo: “A pretensão colocada por um enunciado se refere a que este seja fundamentável racionalmente sob a consideração destas condições limitadoras”. A questão é “o que significa racionalmente fundamentável sob a consideração destas condições limitadoras”.⁴¹⁰

Uma diferença entre a pretensão de correção no discurso prático geral e no discurso jurídico está em que “a diferença do que ocorre no discurso prático geral, esta pretensão não se refere a que os enunciados normativos em questão sejam absolutamente racionais, senão que somente possam ser fundamentados racionalmente no marco do ordenamento jurídico vigente. A racionalidade da argumentação jurídica é por isso sempre relativa à racionalidade da legislação.”⁴¹¹

⁴⁰⁸ ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 34-39.

⁴⁰⁹ *Theorie der juristischen...*, S. 33; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 35.

⁴¹⁰ *Theorie der juristischen...*, S. 36; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 36. A exigência de fundamentação e a pretensão de correção ligada a ela podem fundamentar-se, ao menos no que concerne às decisões judiciais, através do direito positivo. Na Alemanha, o dever de fundamentação, segundo Alexy, está disposto no § 313a ZPO (Zivilprozessordnung) e no art. 20.3 da Lei Fundamental, que vincula a jurisdição à lei e ao Direito. Segundo o Código de Processo Civil Brasileiro: “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Na Constituição Federal de 1988, enuncia o 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 [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004). Nos termos da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos...”.

⁴¹¹ ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 274-275.

2.3.2 As regras do discurso jurídico

A argumentação jurídica se distingue da argumentação prática geral pela vinculação, daquela, ao direito vigente. As disputas jurídicas estão sujeitas a determinadas limitações cuja amplitude varia segundo os diversos tipos de discussões jurídicas, tais como as discussões que ocorrem no processo legislativo, na ciência jurídica (dogmática), nos meios de comunicação e no processo judicial. Para Alexy, a mais livre é a argumentação na ciência jurídica e as maiores limitações ocorrem no processo judicial, que está limitado temporalmente e está regulamentado por meio de regras processuais.⁴¹²

Os discursos⁴¹³ jurídicos tratam da fundamentação ou justificação de um caso especial de proposições normativas: as sentenças jurídicas. Há dois aspectos desta justificação: a justificação interna e a justificação externa⁴¹⁴. Na primeira trata-se de ver se a decisão se segue logicamente das premissas que se aduzem como

⁴¹² *Theorie der juristischen...*, S. 261-262; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 205-206.

⁴¹³ Robert Alexy apresenta um modelo procedimental de quatro graus: (1) discurso prático geral; (2) procedimento legislativo, (3) discurso jurídico, (4) procedimento judicial. O discurso prático geral apresenta-se como um código geral da razão prática, que apresenta a limitação de que o seguimento de suas regras não levam, necessariamente, a um resultado. Então se faz necessário um procedimento institucionalizado de criação do direito em que não somente se argumente, mas também que se decide, bem como seja justificável dentro do procedimento do discurso prático geral. Este é o caso do procedimento legislativo. Contudo, o procedimento legislativo nunca é possível estabelecer para cada caso exatamente uma solução. Com isso, a necessidade do discurso jurídico. Entretanto, embora este esteja vinculado ao direito vigente, ou seja, à lei, ao precedente e à dogmática, devido à necessidade da argumentação prática geral no marco do discurso jurídico, não se elimina totalmente a insegurança jurídica. Com isso, a necessidade do quarto grau, o do procedimento judicial, que compartilha com o segundo grau o fato de que nele não só se argumenta, mas também se decide, embora a correção de suas decisões não prescindam do cumprimento das regras dos três procedimentos anteriores. (ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 531-532)

⁴¹⁴ A divisão da argumentação jurídica em justificação externa e justificação interna é obra de J. Wróbleswski, "Legal syllogism and rationality of judicial decisions", in *Rechtstheorie* 5 (1974), apud ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 27. Adota essa classificação, entre outros: AARNIO, A. *The rational as reasonable: a treatise of legal justification*. Dordrecht, Holland: D. Reidel, 1987, p. 119 et seq; ATIENZA, M. *El derecho como argumentación*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2006, p. 186. MacCormick usa as expressões justificação dedutiva e justificação de segunda ordem: MACCORMICK, N. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University, 1978.

fundamentação. Já o objeto da justificação externa é a correção das premissas que se aduzem como fundamentação na justificação interna.⁴¹⁵

2.3.3 A justificação interna

Em geral a justificação interna tem sido tratada como silogismo jurídico. Alexy, contudo, utiliza-se dos métodos da lógica moderna.

A forma mais simples da justificação interna tem a seguinte estrutura:

- (J.1.1) . (1) (x) (Tx → ORx)
 . (2) Ta
 (3) ORa (1), (2)⁴¹⁶

“x” é uma variável de indivíduo no domínio das pessoas naturais e jurídicas, “a” uma constante de indivíduo, por exemplo, um nome próprio, “T” um predicado que representa o tipo (Tatbestand) da norma (1) enquanto propriedade de pessoas e “R” um predicado que expressa o que tem de fazer o destinatário da norma.

Lê-se assim (J.1.1): Para todo x vale que se x cair no tipo de uma norma (1), então está ordenado que x deve fazer o que a norma ordena. “a” realizou o tipo da norma (1). “a” deve realizar a consequência prevista na norma (1). (3) segue-se logicamente de (1) e (2).⁴¹⁷

Exemplo formulado por Alexy:

- (1) O soldado deve dizer a verdade em assuntos de serviço (§ 13.1 da Lei de Soldados).
 (2) O Senhor M é um soldado.
 (3) O Senhor M deve dizer a verdade em assuntos de serviço. (1) (2).⁴¹⁸

⁴¹⁵ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 273; ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, p. 213-214)

⁴¹⁶ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 274.

⁴¹⁷ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 274.

⁴¹⁸ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 274.

(J.1.1) satisfaz a justificação mediante regras universais requeridas pelo princípio da universalidade (1.3'). O princípio da universalidade serve de base ao princípio da justiça formal que exige "observar uma regra que formula a obrigação de tratar da mesma maneira a todos os seres de uma determinada categoria". Para observar uma regra em uma fundamentação jurídica se exige que a decisão jurídica se siga logicamente desta regra.⁴¹⁹

Como concreção do princípio da universalidade, pode-se formular as seguintes regras da justificação interna:

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica (juristische Urteil) deve ser aduzida pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir logicamente ao menos de uma norma universal conjuntamente com outras proposições.⁴²⁰

Estas regras não excluem a que a norma universal seja modificada mediante uma regra de exceção, mas sim que esta cláusula de exceção (tem de novo que valer universalmente).

(J.2.1) e (J.2.2) valem mesmo que não haja norma de direito positivo. Se a regra ainda não existe, ela tem de ser construída.

O esquema de fundamentação (J.1.1) é insuficiente em todos os casos complicados: a) uma norma tem diversas propriedades alternativas no tipo ; b) quando sua aplicação exige uma complementação através de normas aclarativas, limitativas ou extensivas,⁴²¹ (c) quando são possíveis diversas conseqüências jurídicas; d) quando na formulação da norma se usam expressões que admitem diversas interpretações.

Um exemplo de caso complicado fornecido por Alexy: o juiz tem de provar a aplicação da norma expressada no § 211.1 do StGB (o assassino será penalizado

⁴¹⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 274-275.

⁴²⁰ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 275.

⁴²¹ Sobre estes conceitos, ver: LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 359 et seq.

com pena de prisão perpétua) ao seguinte caso: “a” matou sua mulher enquanto dormia e não existe circunstância que diminua a culpa ou a exclua.

A norma do § 211.1 é formulada com a seguinte forma lógica:

(1) (x) (Tx → ORx)

T está definido no § 211 ap. 2 por meio de nove características ($M_1^1 - M_9^1$):

(2) (x) ($M_1^1 x \vee M_2^1 x \vee \dots \vee M_9^1 x \leftrightarrow Tx$).

De (1) e (2) segue-se:

(3) (x) ($M_1^1 x \vee M_2^1 x \vee \dots \vee M_9^1 x \leftrightarrow ORx$).

(3) diz que se se dá ao menos uma das nove propriedades, se produz a consequência jurídica ORx. “ M_9^1 ” significa que “... matou um homem com alevisia”. Então, de (3) segue-se:

(4) (x) ($M_9^1 x \leftrightarrow ORx$).

Segundo a definição usada pelos tribunais, mata aleivosamente quem se aproveita conscientemente da boa fé e ausência de defesa da vítima para matá-la (M_9^2). Portanto:

(5) (x) ($M_9^2 x \leftrightarrow M_9^1 x$).

“ M_9^2 ” por sua vez se dá se o autor mata a alguém que não espera ser atacado e que somente tem uma reduzida possibilidade de defender-se do ataque (M_9^3). Portanto:

(6) (x) ($M_9^3 x \leftrightarrow M_9^2 x$).

Resulta agora óbvio que alguém que mata um pessoa que dorme sem que existam circunstâncias especiais, como medidas de segurança da vítima (S), deve-se considerar como alguém que cumpre “ M_9^3 ” e, portanto, deve aceitar:

(7) (x) (Sx → $M_9^3 x$).

Portanto, estabelecido como pressuposto:

(8) Sa,

De (1)-(8) segue-se:

(9) ORa.⁴²²

Trata-se, portanto, da estrutura da justificação interna, em que cada uma das premissas (2), (5), (6) e (7) serve para o desenvolvimento da norma a ser aplicada (1). Tais premissas podem ser entendidas para regras para o uso das expressões utilizadas nos passos anteriores de fundamentação.⁴²³

Sempre que há dúvidas se “a” é um T a tal ponto que não se sabe se lhe aplicável forma mais simples de justificação interna acima (J.1.1), bem como se há dúvidas em outros níveis de fundamentação, então rege a terceira regra de justificação interna:

“(J.2.3) Sempre que exista dúvida sobre se a é um T ou um M^i deve ser indicada uma regra que decida a questão.”⁴²⁴

⁴²² ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 276-278.

⁴²³ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 278.

⁴²⁴ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 279.

(J.2.3) e (J.2.2) proporciona uma segunda forma de justificação interna, apta a incluir regras de uso da linguagem :

- (J.1.2) . (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
 . (2) $(x) (M^1 x \rightarrow Tx)$
 . (3) $(x) (M^2 x \rightarrow (M^1 x))$
 .
 .
 .
 . (4) $(x) (Sx \rightarrow M^n x)$
 . (5) As
 (6) ORa (1)---(5)

Sobre o número de passos de desenvolvimento para M^n ser convertido em S , há duas outras regras:

(J.2.4) São necessários tantos passos de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja já discutível.

(J.2.5) Devem ser dados o maior número possível de passos de desenvolvimento.⁴²⁵

Em resposta à objeção de que a justificação interna não é uma fundamentação e que o modelo dedutivo não compreende convenientemente a estrutura real da fundamentação jurídica, afirma Alexy:

a) a justificação interna visa o cumprimento da universabilidade e a exigência da justiça formal, ou seja, de tratar igual aos casos iguais, bem como a segurança jurídica da qual decorre o dever dos juízes interpretarem as mesmas disposições em casos semelhantes de modo igual;

b) a dedutibilidade lógica expressada em (J.2.2) somente é suficiente em casos mais simples, pois nos casos mais complicados necessita-se de uma série de premissas que não podem ser deduzidas de nenhuma lei, como em (5), (6) e (7) - a justificação de tais premissas é tarefa da justificação externa;

⁴²⁵ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 280.

c) há de se distinguir entre processo de descoberta e processo de justificação da norma; a argumentação jurídica visa à justificação⁴²⁶;

e) as regras e formas da justificação interna garantem certa medida de racionalidade, a racionalidade das premissas, entretanto a racionalidade de uma decisão pertence ao campo da justificação externa;

f) nos casos mais complicados se necessita uma séria de premissas que não podem ser deduzidas de nenhuma lei e, em muitos casos, a norma que se começa não é sequer uma norma de direito positivo - a justificação das premissas não extraídas diretamente do direito positivo é tarefa da justificação externa.⁴²⁷

Diz Alexy:

[...] o modelo dedutivo não cobre com véu a parte criativa do intérprete. Ele a alça como nenhum outro modelo à luz. O postulado da explicitude das premissas serve, além disso, à certeza jurídica. A exigência pelo caráter universal das premissas corresponde ao mandamento da igualdade de tratamento e serve, assim, à justiça.⁴²⁸

Portanto, os limites da justificação interna conduzem à justificação externa.

⁴²⁶ Wasserstrom distingue entre procedimento pelo qual a conclusão é alcançada, que denomina como processo de descoberta (*process of discovery*), e o procedimento pelo qual a conclusão é justificada, que chama de processo de justificação (*process of justification*). Ilustra com exemplo, entre os quais: "Charles A. Beard relata que os redatores da Constituição norte-americana eram membros da classe proprietária que desejava perpetuar muitos dos valores de sua própria classe dentro do quadro do novo governo". Para o autor, o conhecimento dos motivos dos redatores não responde a questão se a Constituição estabelece uma forma de governo desejável ou justificável. (WASSERSTROM, R. A. *The judicial decision: toward a theory of legal justification*. London: Oxford University, 1961, p. 25 et seq.). Bruce Anderson faz uma interessante análise comparativa entre as posições teóricas realistas, que tendem a enfatizar o processo da descoberta da decisão judicial, a qual envolve a emergência de "judicial hunches or insights", e as posições que ele chama de positivistas, entre as quais ele inclui Alexy, Wasserstrom e MacCormick, que, segundo Anderson, afirmam que o processo de justificação é o projeto mais crucial. (ANDERSON, B. The case for Re-investigating "The process of discovery". *Ratio Juris*, v. 8, p. 330-348, dec. 1995.). A investigação de Marta Nussbaum sobre o papel das emoções de repugnância e vergonha na aplicação do Direito pode ser incluído dentro do processo de descoberta. (NUSSBAUM, M. *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*. Tradución G. Zadunaisky. Buenos Aires: Katz, 2006). No campo da epistemologia da ciência, Reichenbach distingue entre *context of discovery* e *context of justification*. No contexto da descoberta não se aplica a lógica, uma vez que pode simplesmente valer a criatividade de um gênio, enquanto o contexto da justificação aplica-se a lógica da indução em dados observados. A epistemologia, para este autor, está preocupada com o primeiro e não com o último contexto (REICHENBACH, Hans. *The rise of scientific philosophy*. 2nd. Los Angeles: University of California, 1954, p. 229 et seq.).

⁴²⁷ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 281-282.

⁴²⁸ ALEXY, *Interpretação*. Tradução de Luís Afonso Heck. No prelo.

2.3.4 A justificação externa

O objetivo da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na fundamentação interna. Estas premissas podem ser: a) regras de direito positivo; b) proposições empíricas e 3) premissas que não são nem regras de direito positivo e nem proposições empíricas.⁴²⁹

A fundamentação de regras de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Para a fundamentação de premissas empíricas pode-se recorrer aos métodos das ciências empíricas, às máximas de presunção racional e às regras de ônus da prova no processo. Para a fundamentação de premissas que não são nem empíricas e nem regras de direito positivo, serve a argumentação jurídica.⁴³⁰

Para Alexy, embora existam múltiplas relações entre estes três procedimentos, quando se fala em justificação externa se está referindo à justificação das premissas que não são nem empíricas e nem regras de direito positivo.⁴³¹

Alexy agrupa as regras e formas de justificação externa em seis grupos: regras e formas de interpretação, da argumentação dogmática, do uso de precedentes, da argumentação prática geral, da argumentação empírica e as chamadas formas especiais de argumentos jurídicos. Examinamo-as a seguir.⁴³²

2.3.4.1 A argumentação empírica

⁴²⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 283.

⁴³⁰ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 283-284.

⁴³¹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 284.

⁴³² ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 285

Na teoria do discurso prático geral se toma em conta a importância do conhecimento empírico por meio de regra de transição (6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico). Esta regra rege também o discurso jurídico. Contudo, uma vez que freqüentemente não se pode obter uma certeza desejável, necessitam-se regras de presunção racional.⁴³³

2.3.4.2 Os cânones da interpretação

Interpretação pode ser entendida tanto como a atividade de interpretar como o resultado da interpretação. O resultado da interpretação é uma afirmação que promove uma pretensão de correção. Então, a interpretação enquanto atividade visa a uma interpretação correta. A pretensão de correção implica uma pretensão de fundamentabilidade e o dever de fundamentação. O cumprimento deste dever é realizado mediante argumentos. Desse modo, interpretação é argumentação.⁴³⁴

Portanto, os argumentos favoráveis e contrários a uma determinada interpretação são produzidos e regidos no quadro de um discurso. Em razão disso, a teoria da argumentação jurídica possui regras e formas específicas para a interpretação, que traduzem ou condensam aquilo que a metodologia jurídica já produziu e nomeou como métodos ou critérios de interpretação. Alexy utiliza o termo cânones da interpretação.

Alexy reconhece que até hoje há desacordo sobre o número, formulação precisa, hierarquia e valor dos cânones da interpretação. Inicia então sua abordagem com a apresentação da estrutura lógica dos cânones, mediante um dos modelos da justificação interna (expressão abreviada de J.1.2):

- (J.1.2') · (1) (x) (Tx → ORx) (R)
 · (2) (x) (Mx → Tx) (W)
 · (3) Ma

⁴³³ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 285-286, Ver nota 360.

⁴³⁴ ALEXY, *Interpretação*.

(4) ORa (1)-(3) ⁴³⁵

R é uma norma (1), W é uma regra de uso das palavras (2). Destas normas segue-se a norma concreta R'

(2') (x) (Mx → ORx).

R' pode designar-se como interpretação de R através de W (I_W^R). A função dos cânones consiste na fundamentação de tais interpretações, mas também na fundamentação de normas não-positivas e de muitas outras decisões jurídicas. ⁴³⁶

Na “Teoria da Argumentação Jurídica”, Alexy agrupa os cânones em seis grupos: interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica. Já no artigo “Interpretação”, os cânones são agrupados em quatro grupos: argumentos lingüísticos, genéticos e sistemáticos, que integram a classe dos argumentos institucionais, e mais os argumentos práticos gerais. ⁴³⁷ A seguir, reconstruo as regras e formas dos cânones de interpretação indicadas na “Teoria da Argumentação Jurídica” com base no último trabalho do autor. Nessa nova classificação, os argumentos históricos e comparativos são incluídos dentro da classe dos argumentos sistemáticos. No novo trabalho de Alexy não foram tratados os argumentos teleológicos. Mantenho, contudo, um tópico específico. ⁴³⁸

2.3.4.2.1 Argumentos lingüísticos

Os argumentos lingüísticos incluem os argumentos semânticos e os argumentos sintáticos. ⁴³⁹ Aqui serão apresentadas as regras e formas dos argumentos semânticos.

⁴³⁵ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 288

⁴³⁶ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 288

⁴³⁷ ALEXY, *Interpretação*.

⁴³⁸ Ver, *infra*, 2.3.2.2.4.

⁴³⁹ ALEXY, *Interpretação*.

Argumentos semânticos podem ser utilizados para justificar, criticar ou mostrar ao menos como semanticamente possível uma interpretação R' de R com referência ao uso da linguagem⁴⁴⁰. A regra W deve entender-se como uma comprovação (Feststellung) da linguagem natural ou linguagem técnica, em particular da Jurisprudência, e não como uma determinação (Festsetzung).^{441 442}

Os argumentos semânticos podem levar a três resultados, cada qual corresponde a uma das seguintes formas de argumentos semânticos:

- (J.3.1) R' deve ser aceito como interpretação de R com base em W_i .
- (J.3.2) R' não pode ser aceito 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 porque não valem nem W_i e nem W_k .

Os argumentos da forma J.3.1 e J.3.2 são definitivos se, com fundamento de uma regra semântica, se estabelece que *a* cai sob a norma R ou não é este o caso. Quem quer argumentar contra uma decisão fundamentada através de J.3.1 e J.3.2 deve estar em condições de fundamentar uma norma não-jurídica-positiva como R_2 ou R_3 .⁴⁴³

⁴⁴⁰ Para o conceito do significado como uso, ver, sobre o segundo Wittgenstein, supra, 1.2.1.

⁴⁴¹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 289. Eike von Savigny distingue entre comprovação **sobre uma linguagem** e determinação **para uma linguagem**: "Na comprovação sobre uma linguagem é dito, por exemplo, o que uma determinada expressão **significa** nela **de fato**; na determinação é fixado o que ela **deve significar** (SAVIGNY, E. V. *Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren*. 4. Aufl München: Deutscher Taschenbuch, 1976, S. 22-23). Klug acrescenta esclarecimentos acerca desta distinção: "Quando em uma definição semântica se indica o significado já existente, trata-se de uma definição analítica. Ela é uma explicação de signos, é, portanto, uma comprovação sobre uma linguagem", Isso corresponde a uma definição analítica ou mesmo a uma definição lexical. Este é o caso quando o juiz comprova o significado com referência a um uso lingüístico existente. A determinação para uma linguagem corresponde a uma definição sintética e ela é uma prescrição ou convenção na qual se prescreve ou se acorda sobre uma interpretação. Por exemplo, as definições que o legislador introduz na lei. As definições analíticas são proposições que podem ser verdadeiras ou falsas, uma vez que estão sujeitas a comprovação de se é acertada a existência do uso lingüístico indicado. Já uma prescrição para uma linguagem pode ser investigada apenas quanto a sua conveniência. (KLUG, *Lógica...*, p. 131 et seq.). Nos fundamentos de decisões judiciais, nos trabalhos científico-jurídicos, etc. o que se trata, na maioria das vezes, é de comprovação e não de determinação. Entretanto, às vezes o legislador renuncia a dar uma definição e encarrega aos juizes a função de dar uma definição sintética ou uma determinação (SAVIGNY, *Grundkurs...*, S. 137-138).

⁴⁴² ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 289.

⁴⁴³ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 290.

Contudo, em (J.3.3), apenas com base na norma semântica não se alcança nenhuma decisão. Neste caso, *T* é vago e “*a*” cai dentro do espaço semântico de *T*,⁴⁴⁴ o que vem a exigir uma determinação (*Festsetzung*). As demais formas de argumentos servem, entre outras coisas, para justificar tais **determinações**.⁴⁴⁵

Outro aspecto a ser considerado refere-se a que os argumentos semânticos podem ter como objeto o significado idiomático-corrente ou idiomático-especializado. Diante dessas duas situações, diz

O significado idiomático-corrente tem primazia quando se trata de uma norma que cada cidadão deve entender. O significado idiomático-especializado prevalece quando se trata de uma matéria especial com uma terminologia técnica própria. Na dúvida deveria, em uma democracia, o significado idiomático-corrente ter a primazia.⁴⁴⁶

Essa afirmação pode ser reconstruída como regras do discurso:

(J.3.4): Argumentos semânticos que expressam o significado idiomático-corrente prevalecem sobre argumentos semânticos que expressam o significado idiomático-especializado, quando se trata da interpretação de uma norma que cada cidadão deve entender.

(J.3.5) Argumentos semânticos que expressam o significado idiomático-especializado prevalecem sobre argumentos semânticos que expressam o significado idiomático-corrente, quando se trata da interpretação de uma norma com uma terminologia técnica própria.

(J.3.6) Na dúvida sobre a aplicação da regra (J.3.4) ou da regra (J.3.5), os argumentos semânticos que expressam o significado idiomático-corrente prevalecem sobre argumentos semânticos que expressam o significado idiomático-especializado.

⁴⁴⁴ Alexy diferencia três tipos de espaços semânticos: ambigüidade, vagueza e abertura avaliatória. Uma expressão é ambígua quando pode ela pode usada segundo várias e distintas regras semânticas. Uma expressão é vaga quando não pode ser dito com segurança, segundo suas regras de uso, que *a* é um *T* e nem que *a* não é um *T*, portanto é possível tanto que *a* é um *T* como que *a* não é um *T*. Expressões abertas avaliativamente são expressões tais como “bom”, “justo” e “contrário aos bons os costumes”. (ALEXY, R. *Die logische Analyse juristischer Entscheidung*. In: ALEXY, R. et al. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos, 2003, S. 16). Sobre abertura avaliatória (*offen evaluative*), Alexy usa como referência Hare: HARE, R. M. *The language of morals*. London, Oxford, New York: Oxford University Press, 1975, p. 118 et seq., 148 et. seq.).

⁴⁴⁵ ALEXY, *Die logische...*, S. 290-291; ALEXY, *Interpretação*.

⁴⁴⁶ ALEXY, *Interpretação*. No mesmo sentido: LARENZ, *Metodologia...*, p. 450-457.

2.3.4.2.2 Argumentos genéticos

Tem-se um argumento genético quando se justifica uma interpretação R' de R porque a mesma se corresponde com a vontade do legislador⁴⁴⁷. Há duas formas fundamentais de argumentos genéticos: semântico-subjetivos e teleológico-subjetivos. A primeira aplica-se quando se diz que $I_{\mathbb{W}}^R = R'$ era o objeto direto da vontade do legislador. A segunda se diz que o legislador perseguiu com R os fins Z_1, Z_2, \dots, Z_n na combinação K ($[Z_1, Z_2, \dots, Z_n]K$) e a validade de R na interpretação $I_{\mathbb{W}}^R$ é necessária para a realização de $(Z_1, Z_2, \dots, Z_n) K$. Essas formas têm a seguinte estrutura⁴⁴⁸:

(J.4.1) · (1) R' ($= I_{\mathbb{W}}^R$) é querido pelo legislador.

(2) R'

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

· (2) $\sim R' (= I_{\mathbb{W}}^R) \rightarrow \sim Z$

(3) R'

Nem em (J.4.1) e nem em (J.4.2), R' se segue logicamente das premissas mencionadas. Para (J.4.1) é necessária uma premissa adicional ou regra de inferência que tenha, por exemplo, o seguinte conteúdo⁴⁴⁹:

(a) O que o legislador quis que R se interprete mediante ($I_{\mathbb{W}}^R = R'$) é uma razão pra a validade de R'.

⁴⁴⁷ Diante do dilema instaurado entre os defensores da teoria subjetiva, para quem o objetivo da interpretação consiste na averiguação da vontade do legislador, e os da teoria objetiva, para quem o objetivo é o de averiguar o sentido razoável, justo e razoável da lei, Alexy sugere uma solução diferenciadora, que parte de uma primazia *prima facie* da explicação subjetiva sobre a objetiva e deixa a decisão definitiva depender de critérios, como a idade da lei, da modificação das circunstâncias fáticas e das representações de valores na sociedade, da inequivocidade da vontade legislativa e do peso dos argumentos sistemáticos e substanciais que, no caso concreto, justificam a perseguição do objetivo de explicação objetiva (ALEXY, *Interpretação*).

⁴⁴⁸ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 291-294.

Quanto às premissas ou regras de inferência pressupostas em J.4.2:

(b) O que o legislador persiga com R a finalidade Z é uma razão para que na aplicação de R seja obrigatório perseguir Z.

(c) Se é obrigatório perseguir a finalidade Z, então também é obrigatório qualquer meio necessário para a realização de Z.

Nas premissas *a* e *b* a vontade do legislador é só *uma razão* para uma interpretação. Isto abre possibilidade de razões contrárias. Mais interessante é a regra de inferência *c* que se baseia no seguinte esquema⁴⁵⁰:

(1) OZ

(2) $\sim M \rightarrow \sim Z$

(3) OM

Então formula a seguinte forma, se acordo com a linguagem ordinária:⁴⁵¹

a) É obrigatório alcançar o estado Z.

b) Se não é o caso de M, então não se alcança tampouco Z (isto é, M é uma condição para Z).

c) É obrigatório que isso seja o caso.

As formas de interpretação semântica incluem proposições sobre a validade de regras semânticas. Já as formas da interpretação genética incluem proposições sobre a vontade do legislador. A validade de tais proposições depende, contudo, da validade dos enunciados que se estabelecem para a saturação.⁴⁵² Para fundamentar a validade destas proposições são necessários novos argumentos. Assim, tanto para a comprovação da vontade do legislador quanto para a comprovação de um uso da linguagem (argumento semântico), o que se trata é de estabelecer fatos. Por isso, as argumentações semânticas e genéticas aparecem como casos especiais de argumentação empírica.⁴⁵³

⁴⁴⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 291-294.

⁴⁵⁰ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 291-294.

⁴⁵¹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 291-294.

⁴⁵² Para requisitos de saturação de uma premissa utilizada em uma forma de argumento, ver regra (J.6), *infra*, 2.3.2.2.5.

⁴⁵³ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 291-294.

2.3.4.2.3 Argumentos sistemáticos

Argumentos sistemáticos visam à coerência ou unidade do sistema jurídico. Alexy promove uma classificação em oito subgrupos:⁴⁵⁴

a) argumentos asseguradores de consistência, que dizem respeito às relações lógicas entre normas com o objetivo de evitar contradições normativas;

b) argumentos contextuais visam à interpretação de uma norma no texto da lei ou em sua relação com outras normas;

c) argumentos sistemático-conceituais visam à clareza conceitual, à unidade formal e à completitude sistemática;

d) argumentos de princípios visam à aplicação de princípios jurídicos contidos no sistema jurídico e exigem, em caso de colisão, a ponderação entre eles;

e) argumentos históricos quando se aduzem fatos⁴⁵⁵ que se referem à história do problema jurídico discutido, enquanto razões a favor ou contra uma interpretação. Pressupõe conhecimentos históricos, sociológicos e econômicos, bem como uma premissa normativa que valora negativamente uma consequência F ocorrida no passado;⁴⁵⁶

f) argumentos comparativos quando se toma como referência situações jurídicas de outras sociedades. Estes argumentos incluem também premissas empíricas e ao menos uma premissa normativa, que valora como negativa ou positiva uma determinada consequência produzida por uma determinada solução adotada por outra sociedade.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ ALEXY, Interpretação.

⁴⁵⁵ Von Wright distingue três tipos de fatos (facts): estado de coisas (state of affairs), eventos (events) e processos (process). Os primeiros respondem a proposições tais como “a população da Inglaterra é maior que a da França e minha máquina de escrever está sobre minha escrivaninha”. Um processo é um fato que acontece durante certo período de tempo (ex. uma precipitação pluviométrica) e um evento é um fato que acontece durante certo período de tempo, mas não continua (por exemplo, “Brutus matou César”) (WRIGHT, G. H. *Norm and Action: a logical enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 25-26).

⁴⁵⁶ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 294.

⁴⁵⁷ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 294-295.

Os subgrupos restantes são os argumentos jurídicos especiais, como é o caso da analogia, e os argumentos prejudiciais ou de precedentes, abordados em tópicos específicos.⁴⁵⁸

Diz Alexy que a forma mais importante de argumento sistemático é a indicação de uma contradição normativa. Se a interpretação de R_1 por meio de W , R'_1 , contradiz a norma R_2 que deve reconhecer-se como válida, então tem que se abandonar R_1 . A indicação de uma contradição leva a um resultado, somente se todas as interpretações de R_1 menos uma estão excluídas por outras normas.⁴⁵⁹

2.3.4.2.4 Argumentos teleológico-objetivos

Para Alexy, argumentos teleológico-objetivos dizem respeito a fins racionais ou prescritos objetivamente no marco do ordenamento jurídico vigente. São fins racionais ou prescritos objetivamente aqueles que estabeleceriam quem deva tomar decisões no marco do ordenamento jurídico vigente com base na argumentação racional. A comunidade de quem deva tomar decisões é o sujeito hipotético dos fins propostos nos argumentos teleológico-objetivos. São fins que não se determinam empiricamente, mas normativamente. Dita finalidade caracterizada normativamente deve entender-se como uma situação ou acontecimento ordenados.⁴⁶⁰

Isto pode simbolizar-se mediante “OZ”, Que a interpretação $I_W^R = R'$ é necessária para alcançar Z (portanto, que é um meio para Z), pode indicar-se através de uma expressão da forma $\sim R' (=I_W^R) \rightarrow \sim Z$.

- (J.5) . (1) OZ
 . (2) $\sim R' (=I_{RW}) \rightarrow \sim Z$
 . (3) R'

⁴⁵⁸ Ver, infra, 2.3.2.5.

⁴⁵⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 295.

⁴⁶⁰ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 295-299.

A diferença em relação ao argumento genético está no fato de que Z não é querido pelo legislador, mas deve ser afirmado como algo objetivo. Então o esquema geral se embasa em ⁴⁶¹(J.4.2):

- (S) . (1) OZ
 . (2) $\sim M \rightarrow \sim Z$
 . (3) M'

“OZ”, (1), é um enunciado normativo e “ $\sim M \rightarrow \sim Z$ ”, (2), um enunciado empírico. Para o conhecimento de (2) é necessário o conhecimento de legalidades empíricas. (1) quase sempre em relação à norma a aplicar. Se se afirma que por causa da validade de R, está prescrita a realização do estado de coisas Z. Z se fundamenta freqüentemente em um conjunto de normas. Usualmente uma norma ou conjunto de normas podem atribuir-se não um fim, senão diversos fins, que ou se excluem entre si ou podem realizar-se se limitando reciprocamente. Então, é necessário mostrar como obrigatória uma determinada combinação de fins: $([Z_1, Z_2, \dots, Z_n] K)$.⁴⁶² Outra situação é quando Z ou $(Z_1, Z_2, \dots, Z_n) K$ é definido de maneira que nele valem determinadas normas a fundamentar, por exemplo, princípios P_1, P_2, \dots, P_n . Nesse caso, necessita-se uma concretização dos princípios.⁴⁶³

Na “Teoria da Argumentação Jurídica”, Alexy elenca os argumentos teleológico-objetivos entre os cânones da interpretação. Contudo, no artigo “Interpretação” não consta este conjunto de argumentos entre os argumentos institucionais (semânticos, genéticos e sistemáticos).

Mesmo que Alexy, na “Teoria da Argumentação”, dê uma roupagem teórico-discursiva aos argumentos teleológico-objetivos ao afirmar que os fins são aqueles que estabeleceriam quem deva tomar decisões no marco do ordenamento jurídico vigente **com base na argumentação racional**, para a determinação deste fim são

⁴⁶¹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 291-294.

⁴⁶² ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 291-294.

⁴⁶³ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 291-294.

necessários argumentos semânticos, genético-objetivos, sistemáticos e argumentos prático-gerais.

Desse modo, a determinação da finalidade é o resultado da interpretação e não uma forma ou cânone de interpretação. É diferente da situação das demais formas que, em geral, precisam ser saturadas, uma vez que o seu ponto de partida é o teor da lei e a vontade do legislador.

Além disso, há o risco de que um argumento teleológico-objetivo seja utilizado a imposição da **vontade** ou de concepções valorativas do próprio intérprete.

Alexy, na “Teoria dos Direitos Fundamentais” (primeira edição em 1985), então demonstra efetivamente uma revisão da inclusão do argumento teleológico-objetivo entre os cânones da interpretação feita em “Teoria da Argumentação Jurídica” (primeira edição de 1978). Diz: “Não no contexto da vinculação à lei pertence a interpretação objetivo-teleológica, já que nela se trata de finalidades que o intérprete associa à lei.”⁴⁶⁴

2.3.4.2.5 O papel dos cânones de interpretação no discurso jurídico

Com o objetivo de esclarecer o papel dos cânones de interpretação Alexy formula algumas regras do discurso jurídico:

A regra (J.6) exige que tanto as premissas empíricas quanto normativas sejam saturadas. São casos de premissas empíricas que precisam ser saturadas: a fundamentação da comprovação de um uso da linguagem, afirmações sobre a vontade do legislador ou de pessoas que participam no processo de legislação, hipóteses que servem de base às afirmações sobre conseqüências, etc. Também as premissas normativas que não se extraem da lei precisam ser saturadas mediante, por exemplo, argumentos práticos de tipo geral. Tal exigência de saturação exclui a

⁴⁶⁴ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt an Main: Suhrkamp, 1996, S. 502.

simples afirmação de que um argumento possa ser o resultado de uma determinada interpretação literal, histórica ou finalista da norma. Sempre é necessário aduzir premissas empíricas ou normativas cuja verdade ou correção pode ser em qualquer momento objeto de novas discussões: “(J.6) Deve ser saturada cada forma de argumento que haja que contar entre os cânones da interpretação.”⁴⁶⁵

Uma vez que a dogmática não alcançou um consenso sobre as formas de interpretação ou sobre a hierarquia entre elas, tampouco a teoria do discurso pretende fazê-lo. O que ela faz apenas é indicar regras e formas cujo cumprimento aumente a probabilidade de que a discussão seja correta. Além disso, ela pode oferecer regras que expressam que os argumentos que expressam uma vinculação ao direito vigente tenham *prima facie* um maior peso.

Com (J.7) Alexy expõe o ponto de vista de que os argumentos semânticos e genéticos expressam uma vinculação ao direito vigente, e por essa razão têm *prima facie* um peso maior em relação aos demais argumentos:

(J.7) Argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam aduzir-se razões racionais que concedam prioridade aos outros argumentos.⁴⁶⁶

Esta regra será reformulada por Alexy para colocar a primazia *prima facie* dos argumentos lingüísticos sobre os argumentos genéticos.⁴⁶⁷

Portanto, a regra (J.7) é completada pela seguinte regra:

(J.7A) Argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei (argumentos lingüísticos) prevalecem sobre argumentos que expressam a vontade do legislador histórico (argumentos genéticos), a não ser que possam aduzir-se razões racionais que concedam prioridade aos últimos.

Embora a regra (J.7) deixe em aberto a questão de quando existe um motivo racional para assinalar um peso maior aos argumentos, isso não significa que a decisão seja arbitrária. As determinações de peso a efetuar pelos participantes nos

⁴⁶⁵ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 302.

⁴⁶⁶ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 305.

⁴⁶⁷ ALEXY, *Interpretação*.

discursos devem ter lugar a partir de razões, não só para o caso discutido, senão para todos os casos iguais em aspectos relevantes, conforme do princípio da universabilidade. Este princípio exige que o uso de formas de argumento tenham lugar segundo regras que estabeleçam uma relação entre os mesmos que seja fundamentável racionalmente, embora tais regras somente possam desenvolver-se com referência a determinados contextos de interpretação e a determinados setores do direito. Por isso, a regra:

(J.8) A determinação do peso dos argumentos de formas diferentes deve realizar-se segundo regras de ponderação.⁴⁶⁸

Já a regra seguinte é uma variante das regras da argumentação prática geral (2.2.a) e (2.2.b), que garantem a liberdade de discussão e a admissibilidade de todos os argumentos:

(J.9) Deve-se tomar em consideração todos os argumentos que seja possível propor e que possam incluir-se por sua forma entre os cânones de interpretação.⁴⁶⁹

2.3.4.3 Argumentação dogmática

Alexy formula três regras sobre o uso de proposições (Sätze) dogmáticas:⁴⁷⁰

(J.10) Toda proposição dogmática, se é posta em dúvida, deve ser fundamentada mediante a aplicação de, ao menos, um argumento prático de tipo geral.

(J.11) Toda proposição dogmática deve poder passar uma comprovação (sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 306.

⁴⁶⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 306.

⁴⁷⁰ Proposições dogmáticas não são dogmas no sentido convencional, pois não são irrefutáveis, razão pela qual muitos autores sugerem a substituição da expressão dogmática por ciência jurídica sistemática.

⁴⁷¹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 325, p. 334.

Sobre o a regra (J.10), Alexy quer afirmar a dependência da dogmática com relação à argumentação prática geral e à refutabilidade de suas proposições. Denomina de fundamentação dogmática impura quando são necessários argumentos práticos de tipo geral, em comparação com a fundamentação dogmática pura, quando o enunciado dogmático é fundamentado em outros enunciados dogmáticos em conjunto com enunciados empíricos ou com a adição de formulação de normas jurídico-positivas. Portanto, embora seja possível fundamentar com base em outras proposições dogmáticas, estas devem também ser fundamentadas. Entretanto, em algum momento as proposições dogmáticas terminam e se fazem necessários outros argumentos, que somente podem ser argumentos práticos gerais.⁴⁷²

Quanto à regra (J.11), quer sustentar que toda proposição dogmática pode ser comprovada⁴⁷³ sistematicamente. Há duas formas de comprovação sistemática. Comprovação sistemática em sentido estrito refere-se às relações lógicas entre a proposição a comprovar e as demais proposições dogmáticas junto com as formulações das normas jurídicas vigentes. O critério mais importante deste tipo de comprovação consiste em ver se não há contradições entre as proposições.⁴⁷⁴

Em uma comprovação sistemática em sentido amplo trata-se de ver se as decisões a fundamentar com a ajuda de proposições dogmáticas e normas jurídicas são compatíveis entre si segundo pontos de vista práticos de tipo geral. Com isso, quer afirmar que “a argumentação prática geral constitui a última pedra de toque (Prüfstein) e, com isso, a base da argumentação dogmática”.⁴⁷⁵

Alexy fornece uma forma de comprovação sistemática em sentido amplo: Trata-se de se eleger entre duas proposições dogmáticas S_1 e S_2 . Com a ajuda de S_1 , em conjunto com outra classe de premissas já conhecidas de outros tipos, pode-se fundamentar a proposição normativa singular N_1 , e com a ajuda de S_2 ,

⁴⁷² ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 320-325.

⁴⁷³ Alexy distingue entre fundamentação e comprovação de proposições dogmáticas. Há uma fundamentação quando uma proposição se deriva de outras proposições e há uma comprovação quando se questiona se se podem aceitar proposições que se derivam de uma proposição. (ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 320-325).

⁴⁷⁴ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 320-325.

⁴⁷⁵ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 324.

respectivamente, N_2 . Considerados em si mesmo, tanto N_1 quanto N_2 são possíveis discursivamente. Os participantes da discussão se inclinam para N_1 . Entretanto, pode-se agora mostrar que uma proposição dogmática já aceita S_3 leva a N_3 e N_3 é compatível com N_2 , mas não com N_1 . Não-compatível significa que segundo a opinião de quem os discute, não se poderia justificar, como proposição a adotar e partir de razões práticas de tipo geral, em um caso N_1 e em outro caso N_2 . Nesta situação, se os participantes do discurso querem manter S_3 , já aceito, devem abandonar N_1 e, com isso, a proposição dogmática S_1 , ainda que, considerado em si mesmo, o acordo alcançaria N_1 antes de N_2 .⁴⁷⁶

Quanto à regra (J.12), Alexy quer enfatizar a dogmática como um tipo de argumentação exigido pela razão prática de tipo geral no contexto especial do discurso jurídico, pois ela pode produzir resultados que não seriam possíveis unicamente com os meios do discurso prático geral, como a função de estabilização e controle e a realização do princípio da universalização.⁴⁷⁷

2.3.2.4 Sobre o uso dos precedentes⁴⁷⁸

Formula duas regras sobre o uso dos precedentes:

(J.13) Se pode ser aduzido um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se aduzi-lo.

(J.14) Se quer afastar-se (abweichen) de um precedente, assume a carga da argumentação.⁴⁷⁹

O fundamento prático-geral do uso dos precedentes é o princípio da universabilidade, que exige tratar de maneira igual ao igual. Por isso, a regra (J.13) é

⁴⁷⁶ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 322-323.

⁴⁷⁷ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 333-334.

⁴⁷⁸ Sobre o papel do precedente como argumento da decisão judicial, inclusive com um exame das posições de Alexy e Perelman quanto ao tema, ver: SORIANO, L. M. The use of precedents as arguments of authority, arguments ab exemplo, and arguments of reason in civil law systems. *Ratio Juris*, v. 11, n. 1, p. 90-112, 1998.

⁴⁷⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 339.

uma variante do princípio da razão prática.⁴⁸⁰ Já no âmbito do direito positivo, a exigência de utilização do precedente é o princípio da igualdade geral.

Em relação à regra (J.14), ela é uma derivação do princípio de inércia perelmaniano que exige que uma decisão somente pode ser mudada se se podem aduzir-se razões suficientes para tanto. Tal regra atende também aos princípios da segurança jurídica e a proteção da confiança na aplicação do Direito.⁴⁸¹

O emprego do precedente significa a aplicação da norma em que está na base da decisão do precedente. Com isso, a relevância das técnicas de divergência e razões para a divergência. Como exemplo da primeira, refere o *distinguishing*⁴⁸² e o *overruling*. O *distinguishing* serve para interpretar de forma estrita a norma que se deve considerar desde a perspectiva do precedente, por exemplo, mediante a introdução de uma característica do tipo (Tatbestand) não existente no caso a decidir, de modo que não seja aplicável ao caso. Com isso, o precedente continua sendo aplicável, embora não a este caso. Já a técnica do *overruling* consiste no abandono (Aufgabe) do precedente. Sobre razões de divergência, há o debate sobre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.⁴⁸³

2.3.2.5 Sobre o uso de formas de argumentos jurídicos especiais

Para Alexy, todas as formas de argumentos jurídicos especiais podem expressar-se como formas de inferência logicamente válidas. Propõe-se a analisar a forma dos argumentos que se usam especialmente na metodologia jurídica.

Em primeiro lugar, apresenta a forma do *argumentum e contrario*⁴⁸⁴

(J.15) .(1) (x) (OGx → Fx)

⁴⁸⁰ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 335.

⁴⁸¹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 338.

⁴⁸² Cf. HART, *O conceito...*, p. 148.

⁴⁸³ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 340.

⁴⁸⁴ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 342.

.(2) (x) ($\neg Fx \rightarrow \neg OGx$) (1)⁴⁸⁵

A analogia é apresentada na seguinte forma:⁴⁸⁶

(J.16) . (1) ($Fx \vee F \text{ sim. } x \rightarrow OGx$)⁴⁸⁷

. (2) (x) ($Hx \rightarrow F \text{ sim. } x$)

. (3) ($Hx \rightarrow OGx$) (1), (2).

O problema é como pode fundamentar-se as premissas (1) e (2). Para se chegar a (1), é necessária a regra (1.b): “Os estados de coisas que são semelhantes desde um ponto de vista jurídico devem ter as mesmas conseqüências jurídicas”.⁴⁸⁸

(1.b) é um caso especial do princípio da universabilidade e do princípio da igualdade. Isso significa que na fundamentação da segunda premissa, a determinação da semelhança, aparecem todas as dificuldades da aplicação do princípio da igualdade. Em razão disso, vários autores dizem que a analogia pressupõe uma valoração. Para Alexy, a analogia é uma estrutura formal que está unida ao conceito de discurso pelo princípio da universabilidade e somente pode ser empregada se é enchida (gefüllt) argumentativamente.⁴⁸⁹

O argumento de redução ao absurdo apresenta a seguinte estrutura:⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ Com a ajuda de Klug, traduzimos esta forma para a linguagem ordinária: Premissa: Se um estado de coisas preenche os pressupostos legais V_1, V_2, \dots, V_n , então tem lugar para ele as conseqüências jurídicas R_1, R_2, \dots, R_n . Conclusão. Se um estado de coisas não preenche os pressupostos legais V_1, V_2, \dots, V_m , então não tem lugar para ele as conseqüências R_1, R_2, \dots, R_n . Este esquema geral, contudo, não é capaz ainda de fornecer uma distinção entre argumentos a contrario legítimos e ilegítimos. Para tanto, deve-se interpretar a relação “se-então” entre os estados de coisas V e as conseqüências jurídicas R como uma relação extensiva, intensiva ou recíproca. (equivalência). No caso da implicação extensiva, os pressupostos legais são meramente **suficientes** para as conseqüências previstas na norma. Já no caso de a relação se-então ser intensiva, os pressupostos V são condições **necessárias** para que tenham lugar as conseqüências jurídicas R . No caso da implicação recíproca, os pressupostos legais são ao mesmo tempo necessários e suficientes para a conseqüência jurídica R . Para Klug, então, somente quando se trata de relações de implicação intensiva e recíproca entre o pressuposto legal e a conseqüência, é que o argumento será legítimo. No caso de uma relação de implicação extensiva, contudo, o argumento será ilegítimo. Isso conduz à necessidade da interpretação da lei. Alguns critérios, entretanto, podem ser estabelecidos para a admissibilidade do *argumentum e contrario*, tais como as disposições legais de caráter excepcional, como aquelas que usam as palavras “somente”, “a não ser que” e outras semelhantes (KLUG, *Lógica...*, p. 176-184).

⁴⁸⁶ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 343.

⁴⁸⁷ “ $F \text{ sim. } x$ ” é igual a “ F é semelhante a x ”.

⁴⁸⁸ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 344.

⁴⁸⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 344-345.

⁴⁹⁰ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 345-346.

- (J.17) (1) $O \sim Z$
 (2) $R' \rightarrow Z$
 (3) $\sim R'$

Essa forma indica que é proibida uma consequência Z (ou é a pior consequência entre as alternativas) e que determinada regra R' produz a consequência Z. Portanto R' está proibida.

A utilização de tais formas, assim como que as dos cânones, somente é racional na medida em que sejam saturadas e em que as proposições inseridas para a saturação possam ser fundamentadas no discurso jurídico. Disso resulta a seguinte regra: "(J. 18) As formas de argumentos jurídicos especiais têm de resultar saturadas."⁴⁹¹

2.3.2.6 Sobre o papel dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico

Contra a tese do holismo jurídico, segundo a qual todas as premissas jurídicas estão contidas ou ocultas no sistema jurídico, Alexy apresenta a tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral. Um dos fundamentos para esta tese é o fato da incompletude do sistema jurídico. Assim, se se quer decidir com argumentos e não de modo decisionista, são necessários argumentos práticos gerais.⁴⁹²

A incompletude do sistema jurídico é demonstrada, em primeiro lugar, na constatação de que a aplicação dos cânones da interpretação não levam, em muitos casos, a um único resultado. Diz Alexy:

Argumentos lingüísticos [muitas vezes] terminam com a comprovação de um espaço semântico, argumentos genéticos fracassam na ambigüidade do

⁴⁹¹ ALEXY, *Theorie der juristischen...*, p. 346.

⁴⁹² ALEXY, *Interpretação*.

objetivo legislativo e argumentos sistemáticos indicam em direções distintas.⁴⁹³

Além disso, argumentos sistemáticos em geral necessitam ser completados por argumentos práticos gerais, como é o caso da ponderação e da analogia, assim como também podem existir casos especiais em que argumentos práticos gerais preponderem sobre argumentos jurídicos-institucionais (lingüísticos, genéticos e sistemáticos). Portanto, para Alexy: “argumentação jurídica, que não é possível, de um modo racional, sem argumentos práticos gerais”.⁴⁹⁴

Sobre o papel dos argumentos práticos gerais na argumentação jurídica, a regra (J.6) prescreve a necessidade da saturação de toda forma de argumento institucional (lingüístico, genético e sistemático), o que inclui a utilização de argumentos práticos gerais para a saturação de premissas normativas. Do mesmo modo, exige-o a regra (J.18), relativa aos argumentos jurídicos especiais. Além disso, a regra (J.10) determina a utilização de ao menos um argumento prático geral se um enunciado dogmático é posto em dúvida.

Na “Teoria da argumentação jurídica” faz falta, contudo, uma regra que explicita a primazia *prima facie* dos argumentos lingüísticos, genéticos e sistemáticos (argumentos institucionais) sobre os argumentos práticos gerais, primazia esta afirmada no artigo mais recente sobre interpretação.⁴⁹⁵

Destarte, com base do artigo referido, proponho a seguinte regra:

(J.19) Argumentos jurídico-institucionais (lingüísticos, genéticos e sistemáticos) têm primazia *prima facie* sobre os argumentos práticos gerais.

Alexy promove pelo menos duas classificações dos argumentos substanciais. Em primeiro lugar, ele os divide em argumentos teleológicos e

⁴⁹³ ALEXY, Interpretação.

⁴⁹⁴ ALEXY, Interpretação.

⁴⁹⁵ ALEXY, Interpretação.

argumentos deontológicos.⁴⁹⁶ Argumentos teleológicos orientam-se pelas conseqüências da interpretação e visam a uma idéia do bem. Argumentos deontológicos orientam-se pelo dever que, em geral, tem sua base na idéia da generalizabilidade.⁴⁹⁷

Outra classificação divide os argumentos substanciais em argumentos morais, éticos e pragmáticos, que corresponde à classificação de Habermas. Além disso, é afirmada a primazia dos argumentos morais sobre os éticos e a primazia dos éticos sobre os pragmáticos.⁴⁹⁸

Essa primazia dos argumentos morais faz valer o princípio da generalizabilidade e suas variantes que correspondem às regras de fundamentação do discurso prático gera.⁴⁹⁹ Além disso, essa primazia realiza igualmente a prioridade do justo sobre o bom.⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ A Ética Normativa ocupa-se da definição de critérios para a correção moral de atos. Duas posições básicas na ética normativa conflagram as disputas teóricas dentro desse ramo da Ética: elas são as teorias teleológicas e as teorias deontológicas. As teorias teleológicas estabelecem que a correção ou incorreção de um ato é definida pela avaliação de suas conseqüências, mais precisamente pela produção do maior bem ou maximização do bem. O bem, além disso, é definido independentemente do correto. São incluídas na posição teleológica, teorias como o utilitarismo e o perfeccionismo, que diferem entre si de acordo com a concepção de bem utilizada. As teorias perfeccionistas definem o bem como a realização da excelência humana nas várias formas de cultura (RAWLS J. *A theory of justice*. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 22) como é o caso da concepção tomista (para Santo Tomás de Aquino a finalidade do homem é a realização de suas inclinações naturais e inatas conforme estabelecidas em sua essência e apreendidas pela intuição (NINO, C. S. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 383-390). Os dois fundadores do utilitarismo são Jeremy Bentham (*An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*) e John Stuart Mill (*The Utilitarianism*). Para Bentham, por exemplo, “Ética, em geral, pode ser definida como a arte de dirigir as ações humanas para a produção da maior quantidade possível de felicidade por parte daqueles cujo interesse está em vista” (BENTHAM, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Adamant Media Corporation, 1879, p. 310). Stuart Mill, que se assume como o criador da expressão utilitarismo, diz que o “Greatest Happiness Principle” não deve ser entendido como a felicidade do próprio agente, mas a maior soma da felicidade conjunta e como uma existência isenta tanto quanto possível de dor e tão rica quanto possível de prazer (MILL, J. S. *Utilitarianism*. Edited, with na introduction by George Sher. 2nd ed. Indianapolis/Cambridge: Hackett Pub., 2001, p. 12). As teorias deontológicas, por outro lado, colocam a prioridade do justo sobre o bem. Nesse sentido, na “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant distingue entre os imperativos categóricos e os imperativos hipotéticos. Estes dizem que a ação é boa como meio para qualquer outra coisa, aqueles dizem que a ação é boa em si, seja qual for o resultado. Para Kant, somente o imperativo categórico pode-se chamar de imperativo da moralidade. (KANT, *Fundamentação...*, p. 50-52)

⁴⁹⁷ ALEXY, *Interpretação*. Sobre a idéia de generalizabilidade e suas variantes, ver 2.1.5.5. As formas de ambos os argumentos estão expressas, supra, em 2.1.5.4.

⁴⁹⁸ Ver, infra, 2.6.2, sobre as objeções de Habermas.

⁴⁹⁹ Ver, supra, 2.1.5.5, sobre as regras de fundamentação.

⁵⁰⁰ Ver nota 496.

Com isso, essa afirmação pode ser reconstruída como regra do discurso:

(J.20): “Argumentos substanciais morais têm primazia *prima facie* sobre os argumentos substanciais éticos e estes têm primazia sobre os argumentos substanciais pragmáticos”

2.4 Coerência em Robert Alexy

2.4.1 O conceito de coerência

Para Alexy, o conceito de coerência⁵⁰¹ pode incluir o conceito de consistência ou o excluir. Consistência significa ausência de contradições lógicas e poderia ser entendido como o lado negativo da coerência. Alexy, entretanto, quer utilizar coerência apenas como relacionada a conexões positivas, de modo que exclui o conceito da consistência. Essas conexões são relações de fundamentação. Portanto, o conceito de fundamentação é a chave para a análise do conceito de coerência.⁵⁰²

A determinação geral do conceito de coerência diz: “Quanto melhor é a estrutura da fundamentação de uma classe de proposições, tanto mais coerente é essa classe de proposições”.

Destaco alguns aspectos desta “determinação geral:”⁵⁰³

⁵⁰¹ A referência principal para a análise do conceito de coerência em Alexy é o texto: ALEXY, R. Juristische Begründung, System und Kohärenz. In: DREINER, O. B. *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*. Göttingen, 1990, S. 95-107. Tradução em língua portuguesa: ALEXY, R. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. In: ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução L. A. Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007c. p. 117-130. Há uma versão para a língua inglesa, em co-autoria com Peczenick: ALEXY, R.; PECZENICK, A. The concept of coherence and its significance for discursive rationality. *Ratio Juris*, v. 3, n. 1, p. 130-147, mar. 1990.

⁵⁰² ALEXY, Juristische Begründung..., S. 96.

⁵⁰³ ALEXY, Juristische Begründung..., S. 97.

a) Em primeiro lugar, esclarece que utiliza um conceito mais restrito de fundamentação, exclusivamente semântico-sintático de **fundamentação e de tipo dedutivo**. Por exemplo, uma proposição p fundamenta uma proposição q exatamente quando q resulta logicamente somente de p ou de p em união com outras premissas.

b) Por **estrutura da fundamentação** é entendida a classe das propriedades formais de todas as relações de fundamentação que existem dentro de cada classe de proposições. Cada classe de proposições designa como “sistema” ou como “teoria”.

c) Coerência é um assunto de **grau**. A medida da coerência determina-se segundo a medida na qual os critérios de coerência são cumpridos.

2.4.2 Critérios da coerência

Os critérios de coerência caracterizam-se por ser possível o seu cumprimento em diferentes graus e também pelo fato de eles poderem colidir entre si. A possibilidade dessa colisão é indicada pelo uso da cláusula *ceteris paribus*⁵⁰⁴. Dito de outro modo, os critérios de coerência deixam-se formular por princípios no sentido do mandamento de otimização.⁵⁰⁵

Esses critérios deixam-se classificar em três grupos que dizem respeito: a) às propriedades da **estrutura da fundamentação**; b) às propriedades dos **conceitos** que são utilizados em um sistema de proposições; c) às propriedades do **âmbito do objeto de um sistema**.

2.4.3 Propriedades da estrutura da fundamentação

⁵⁰⁴ Na versão em língua inglesa, os autores esclarecem que a cláusula *ceteris paribus* e a expressão “tanto quanto ... possível” indicam a mesma coisa (ALEXY; PECZENICK, The concept...).

⁵⁰⁵ ALEXY, Juristische Begründung..., S. 98.

2.4.3.1 Número das relações de fundamentações

Uma exigência mínima de coerência é que existam relações de fundamentação entre as proposições. Além disso, uma classe de proposições (sistema ou teoria) é tanto mais coerente quanto mais relações de fundamentação existir. Por isso, o seguinte critério:

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

Esse critério de coerência pode ser transformado em um mandamento, que pode ser designado como um “princípio da coerência”, assim formulado:

“1*. *Ceteris paribus*: Devem ser justificadas tantas proposições quanto possível de um sistema por outras proposições desse sistema”.

2.4.3.2 Extensão da corrente de fundamentação⁵⁰⁶

Os demais critérios do primeiro grupo dizem respeito às propriedades das relações de fundamentação. O primeiro critério aqui consiste na extensão das correntes de fundamentação. O critério é assim formulado: “2. *Ceteris paribus*: quanto mais extensas são as correntes de fundamentação que pertencem a um sistema, tanto mais coerente é o sistema”

Exemplo fornecido por Alexy: o princípio da primazia da lei é fundamentado pelo princípio da conformidade ao direito da administração. Esse princípio é, por sua vez, ainda justificado pelo princípio do estado de direito.

⁵⁰⁶ ALEXY, *Juristische Begründung...*, S. 99.

Da união dos critérios 1 e 2 cria-se o postulado de criar correntes de fundamentação tanto quanto possível muitas, tanto quanto possível extensas.

2.4.2.3 Enlace das correntes de fundamentação⁵⁰⁷

Os enlaces das correntes de fundamentação ocorrem quando proposições distintas, relativamente especiais, são fundamentadas por outras proposições, relativamente gerais, ou quando diversas correntes de fundamentação alcançam uma conclusão comum. Dois critérios são formulados aqui: “3.1 *Ceteris paribus*: quanto mais correntes de fundamentação têm uma premissa de partida comum, tanto mais coerente é o sistema.”

Para alcançar tal objetivo é mister que as proposições do ponto de partida que fundamentam as proposições especiais sejam tão gerais quanto possível e em menor número quanto possível.

Exemplo dado por Alexy é o fato do princípio do Estado de Direito ser empregado para a fundamentação de numerosos princípios que, por sua vez, são utilizados como fundamentos para outros princípios e para as decisões de casos particulares. “3.2 *Ceteris paribus*: quanto mais correntes de fundamentação têm uma conclusão comum, tanto mais coerente é o sistema.”

Este critério conduz-se pelo lado contrário do critério (3.1) e é alcançado quando uma determinada conclusão pode ser fundamentada por diversas correntes de fundamentação (o maior número possível).

Exemplo de Alexy: A declaração normativa *reserva da lei em forma da teoria da essencialidade*, que constitui uma conclusão comum das seguintes três correntes de fundamentação: a) inicia pelo princípio do Estado de Direito e passa pelo

⁵⁰⁷ ALEXY, *Juristische Begründung...*, S. 99-100.

princípio da legalidade da Administração, b) princípio democrático pela sua cunhagem parlamentar-representativa; c) direitos fundamentais.

2.4.2.4 Ponderação de fundamentos⁵⁰⁸

A ponderação de fundamentos dá-se quando há uma colisão de princípios. A solução da colisão se dá ou através de relações de primazia mais ou menos definitivas ou através da determinação de primazias *prima facie*. A seguir a formulação deste critério: “4. *Ceteris paribus*: quanto mais relações de primazia são determinadas entre os princípios de um sistema, tanto mais coerente é o sistema.”

2.4.2.5 Fundamentação recíproca⁵⁰⁹

Na fundamentação recíproca, uma proposição fundamenta outra, que por sua vez fundamenta a primeira. Por exemplo, p fundamenta q, q, por sua vez, fundamenta p.

Há fundamentações recíprocas de tipo empírico, analítico e normativo.

Um exemplo de fundamentação recíproca de tipo empírico, fornecido por Alexy, é quando é demonstrado que a institucionalização duradoura dos direitos fundamentais é pressuposto fático da institucionalização duradoura da democracia e vice-versa.

Exemplo de fundamentação recíproca de tipo analítico é a tese de que a validade dos direitos fundamentais é um pressuposto conceitualmente necessário da existência de um Estado de Direito plenamente desenvolvido e se não existe um Estado de Direito minimamente desenvolvido não é possível se falar da validade de direitos fundamentais.

⁵⁰⁸ ALEXY, *Juristische Begründung...*, S. 100-101.

Na fundamentação recíproca de tipo normativo acontece quando a fundamentação de várias proposições relativamente especiais são fundamentadas por uma proposição relativamente geral e a fundamentação dessa proposição relativamente geral pelo feixe de proposições especiais. No primeiro caso corresponde ao modo de fundamentação dedutivo e o segundo indutivo.

Exemplo de fundamentação recíproca de tipo normativo dado por Alexy é da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que durante muitos anos interpretou a dignidade humana por proposições como: “Contradiz a dignidade humana transformar as pessoas em meros objetos no Estado”. Em um primeiro momento, os casos puderam ser solucionados satisfatoriamente com essa fórmula e as soluções dos casos puderam ser citadas como justificante para a correção da fórmula. Mas na decisão sobre escuta, em que o tribunal decidiu sobre a exclusão da notificação e da via judicial em medidas de escuta, não mais considerou como suficiente a fórmula do objeto geral e a complementou pela “fórmula do desprezo”: “O tratamento da pessoa pelo Poder Público, que efetiva a lei, deve, portanto, caso ele afete a dignidade humana, ser expressão do desprezo do valor que cabe à pessoa em virtude de seu ser pessoa (*Personseins*) e ser, portanto, nesse sentido, um ‘tratamento depreciativo’”.

Essa proposição geral pode fundamentar a proposição especial de que a substituição da via judicial para a via de um outro órgão designado pelo Parlamento não viola a dignidade humana, mas esta mesma declaração pode servir como fundamento contra ela. Além disso, há inúmeros casos nos quais o tratamento não é depreciativo, entretanto infringe a dignidade humana. Deste modo, o tribunal, em decisões posteriores, voltou à fórmula do objeto.

O critério da fundamentação recíproca é então assim formulado, em três critérios parciais:

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

⁵⁰⁹ ALEXY, *Juristische Begründung...*, S. 101-103.

5.2 *Ceteris paribus*: quanto mais fundamentações analíticas recíprocas um sistema contém, tanto mais coerente ele é.

5.3 *Ceteris paribus*: quanto mais fundamentações normativas recíprocas (equilíbrio reflexivo) um sistema contém, tanto mais coerente ele é.

2.4.3 Propriedade dos conceitos ⁵¹⁰

Embora o autor afirme a primazia do plano das proposições sobre o plano dos conceitos, porque nunca um conceito pode fundamentar outro, mas somente uma proposição outra, uma proposição depende dos conceitos nela empregados.

2.4.3.1 Generalidade em sentido amplo⁵¹¹ (*Allgemeinheit*)

É a propriedade criadora de coerência dos conceitos mais importante e divide-se em dois aspectos: a universalidade (*Universalität*) e a generalidade em sentido estrito (*Generalität*). Generalidade em sentido estrito é assunto de grau e um conceito é tanto mais geral (genérico) quanto mais ampla é a sua extensão. Por exemplo, o conceito de direito fundamental é mais geral que o da liberdade este mais geral que o direito fundamental à liberdade de opinião. O conceito contrário ao da generalidade é o da especialidade. Apresenta os seguintes critérios:

6.1 *Ceteris paribus*: quanto mais conceitos gerais (genéricos) uma teoria contém, tanto mais coerente ela é.

6.2 *Ceteris paribus*: quanto mais gerais (genéricos) os conceitos de uma teoria são, tanto mais coerente ela é.

Quanto à universalidade, Alexy diz que não são necessários critérios próprios porque os critérios relacionados com a estrutura de fundamentação já contêm implicitamente o postulado do emprego de proposições universais. Além disso, universalidade não é propriedade de conceitos, mas de proposições.

⁵¹⁰ ALEXY, *Juristische Begründung...*, S. 103-104.

⁵¹¹ A tradução de "*Allgemeinheit*" como generalidade em sentido amplo e "*Generalität*" como generalidade em sentido estrito, em inglês, "generality in the broad sense" e "generality in the strict sense", está na versão inglesa do artigo: (ALEXY; PECZENICK, *The concept...*).

2.4.3.2 Conexões transversais conceituais (*Begriffliche Querverbindungen*)⁵¹²

Conexões transversais conceituais existem quando há o emprego do mesmo conceito ou cognatos em teorias distintas. Elas podem ser comparadas com o critério da generalidade, que diz respeito às propriedades dos conceitos de uma determinada teoria ou sistema. Por exemplo, o ponderar no direito e na moral pode ser analisado com auxílio da idéia da ótica de Pareto e sob o emprego das curvas de indiferença, ambos no âmbito das ciências econômicas. A ciência do direito, diz o autor, está conectada a outras áreas por leis universais. O critério é, então, o seguinte: “7. *Ceteris paribus*: quanto mais conexões transversais conceituais uma teoria mostra, tanto mais coerente ela é.”

2.4.4 Propriedades do âmbito do objeto⁵¹³

As propriedades do âmbito do objeto indicam uma aspiração a um ideal de uma teoria que abarca tudo, que possa ser aplicada ao maior número de casos e aos mais diferentes casos quanto possível, ou seja, “eles visam ao ideal de uma teoria abarcadora de tudo”. Dois critérios são aqui formulados:

8.1 *Ceteris paribus*: quanto maior é o número de casos aos quais uma teoria é aplicável, tanto mais coerente é a teoria.

8.2 *Ceteris paribus*: quanto mais diferentes são os casos aos quais uma teoria é aplicável, tanto mais coerente é a teoria.

⁵¹² ALEXY, *Juristische Begründung...*, S. 105.

⁵¹³ ALEXY, *Juristische Begründung...*, S. 105-106.

2.4.5 A contribuição da coerência para a racionalidade prática

Alexy pontua as seguintes contribuições da coerência para a racionalidade prática:

a) uma fundamentação jurídica que nem sequer se apóia implicitamente em um sistema tanto quanto possível coerente é uma fundamentação *ad hoc*, que não satisfaz aos postulados da universalidade e da generalidade e, portanto, às exigências elementares da justiça;

b) a formação do sistema, explorada institucionalmente como dogmática jurídica, permite juntar, examinar e evoluir as visões de várias gerações e com isso ela leva à estabilidade e ao progresso;

c) em tal sistema, as proposições estão submetidas a controle muito mais intensivo do que isso seria possível em fundamentações que começam, a cada vez, novamente, deste modo aquele que decide pode apoiar em proposições multiplamente revisadas e não precisa, a cada vez, fundamentar novamente tudo;

d) por fim há o valor intelectual e estético de um sistema coerente.

2.4.6 As debilidades da coerência⁵¹⁴

As vantagens de um sistema normativo coerente são limitadas por três debilidades necessárias:

a) considerando que o conceito de coerência depende da otimização de exigências em parte em sentido contrário, os critérios de coerência não oferecem a possibilidade de sempre dizer que um sistema é mais coerente que um outro, mas somente podem dizer que um sistema é mais coerente que um outro em um sentido e o outro sistema o é em outro sentido;

⁵¹⁴ ALEXY ALEXY, *Juristische Begründung...*, S. 106.

b) embora seus critérios sirvam à justiça e à racionalidade, conteúdos injustos e irracionais quanto ao conteúdo não são excluídos, pois a coerência possui um caráter formal;

c) mesmo sistemas normativos tão coerentes quanto possível possuem uma incompletude necessária, pois há a necessidade de premissas normativas ou valorações adicionais que não se encontram no sistema.

Estas debilidades não excluem as vantagens de um sistema coerente tanto quanto possível, porém afastam a utilização de um modelo exclusivo de coerência que conduz ao holismo jurídico, “segundo o qual todas as premissas já estão contidas no sistema jurídico ou se encontram ocultas e somente necessitam serem descobertas.”⁵¹⁵

2.4.7 Conexão necessária para o plano procedimental

As três debilidades acima apontadas, em especial a da incompletude do sistema, que vem a carecer de premissas normativas que não se encontram no sistema, vem a exigir que o plano do sistema, tanto mais coerente quanto possível, seja complementado por um plano procedimental, no qual pessoas e sua atuação argumentativa, cumpram um papel decisivo. Portanto, há uma interconexão necessária entre coerência e discurso.⁵¹⁶

⁵¹⁵ Exemplos de teorias que se utilizam deste modelo exclusivo, segundo Alexy, são a teoria de Friedrich Carl von Savigny e a teoria da integridade de Ronald Dworkin. Para Dworkin: “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os aplique nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios” (DWORKIN, R. *O império do direito*. Tradução J. L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, S. 291).

⁵¹⁶ Nesse sentido ver também Peczenik, para quem coerência e racionalidade do discurso, bem como sucesso pragmático, são critérios de correção de sistemas de normas e valores. Quanto mais coerente tal sistema, quanto mais alta a probabilidade de ser aceito de forma unânime em um discurso cujas regras sejam cumpridas e quanto mais alta a probabilidade de uma norma ajudar um indivíduo a alcançar seus objetivos, mais proximamente o sistema aproxima-se do ideal de correção (PECZENIK, A. Law, morality and truth. *Ratio Juris*, v. 7, n. 2, p. 146-176, jul. 1994, p. 173).

Além disso, o chamado princípio da coerência pode ser integrado ao discurso jurídico como regra, uma vez que é função da interpretação sistemática a produção de coerência:⁵¹⁷ “J.21: Devem ser justificadas tantas proposições quanto possível de um sistema por outras proposições desse sistema”.

2.5 Objeções à Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy

Dentre as diversas críticas elaboradas contra a teoria da argumentação jurídica de Alexy, foram aqui selecionadas três conjuntos: a objeção à tese da inclusão a partir do argumento da correção, levada a efeito por Bulygin, e o conjunto de objeções apresentadas por Weinberger e Habermas.

2.5.1 Objeções contra a tese da inclusão a partir do argumento da correção

Contra a tese de Alexy de que pretensão de correção jurídica inclui uma pretensão de correção moral são levantadas objeções. Analiso aqui as objeções da autonomia, da impossibilidade, da inutilidade, da contradição e da falta de fundamentação.

2.5.1.1 A objeção da autonomia e completude do sistema jurídico

Segundo a concepção do holismo jurídico, nos sistemas jurídicos já estão incluídas e ocultas todas as premissas e elas tão-somente necessitam ser descobertas. Para Alexy, contudo, assim como as normas não podem aplicar-se por si mesmas, tampouco pode um sistema jurídico produzir a plenitude e coerência por

⁵¹⁷ ALEXY, *Interpretação*.

si mesmo. Para isso necessitam-se pessoas e procedimentos que forneçam novos conteúdos. Mas se há de satisfazer a pretensão de correção, esses novos conteúdos devem incluir conteúdo morais.⁵¹⁸

Diz Alexy:

Se se tomasse agora o círculo hermenêutico entre pré-compreensão e texto, parte e todo, ou norma e fato, ou a exigência teórico-argumentativa de considerar todas as circunstâncias e norma do caso e logo ponderar, ou bem a máxima prudencial de buscar analogias, alguém sempre teria ante si algo extremamente razoável, mas também, lamentavelmente, muito incompleto e necessitado de complemento ulterior.⁵¹⁹

2.5.1.2 A objeção da impossibilidade conceitual

Segundo esta objeção, seria conceitualmente impossível uma relação necessária entre direito e moral porque se a moral estivesse de algum modo relacionada com o direito, pertenceria necessariamente ao direito.⁵²⁰

Isso conduziria ao dilema do não-positivismo: a) ou a consideração de um princípio moral está juridicamente ordenada, então este princípio seria um princípio jurídico e, em sendo um princípio jurídico, não se apresenta o problema de uma relação necessária entre direito e moral; b) ou o princípio em questão seria exclusivamente um princípio moral, o que supõe que sua consideração não estaria juridicamente ordenada, pois, se assim fosse, o princípio seria um princípio jurídico e não um princípio exclusivamente moral, desse modo igualmente não se poderia colocar a questão de uma relação necessária entre moral e direito.⁵²¹

A solução do dilema, para Alexy, está no conceito de direito de que se fala. Se se leva em conta o conceito positivista do direito, então o direito deve ser definido apenas por meio dos elementos da positivação em conformidade com o

⁵¹⁸ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 47-48.

⁵¹⁹ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 48.

⁵²⁰ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 48-50.

⁵²¹ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 48-50.

ordenamento e da eficácia social. Assim, faz sentido falar de uma relação entre direito e moral. Entretanto, se se parte de um conceito não-positivista, a correção material, e com ela a moral, é o terceiro elemento definitório do direito. Então os princípios e argumentos morais que devem ser considerados juridicamente se definem de modo que o dever jurídico de considerá-los se deduz exclusivamente de sua correção material. Deste modo, segundo uma concepção não-positivista do direito, a correção material e, com ela, a moral, já são parte integrante do direito e, assim, não faz sentido falar de uma relação entre direito e moral.⁵²²

2.5.1.3 A objeção da inutilidade⁵²³

Segunda esta terceira objeção, mediante uma simples pretensão ainda não há nenhuma relação entre direito e moral. Isso é evidenciado no fato de que a não satisfação da pretensão não privaria ao direito nem o caráter de direito e nem a validade jurídica, pois apesar da pretensão de correção, inclusive o direito imoral poderia continuar sendo direito.⁵²⁴ Outrossim, os piores tiranos geralmente se esforçam para obter uma legitimação por meio de argumentos, ainda que apenas com conseqüências práticas.⁵²⁵

A resposta de Alexy está em afirmar o desconhecimento do significado da pretensão de correção pelos formuladores desta objeção. Apresenta três razões para isso.

A primeira razão é que a objeção só leva em conta a não satisfação da pretensão de correção, mas não leva em conta a não formulação. Podem-se aduzir razões de peso para sustentar que uma ordem social que se apresenta exclusivamente como um sistema de poder e que não formule nenhuma pretensão

⁵²² ALEXY, Derecho y corrección..., p. 48-50.

⁵²³ Embora Alexy não tenha intitulado esta objeção como "inutilidade", entendo que ela está adequada à formulação apresentada.

⁵²⁴ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 50-51.

⁵²⁵ ALEXY, La crítica de Bulygin..., p. 56.

de correção, nem sequer a mais falaz ou a mais demencial, não é um sistema jurídico.⁵²⁶

A segunda razão refere-se às conseqüências da não satisfação da pretensão de correção. O mero descumprimento desta pretensão não priva ao direito de seu caráter de direito nem, por isso, de sua validade jurídica. Entretanto, do fato que nem toda injustiça seja incompatível com o direito não se segue que toda injustiça seja compatível com o mesmo: podem-se dar razões, que seriam facilitadas se todo direito formulasse a pretensão de correção, a favor de denegar o caráter de direito à fórmula de Radbruch da antijuridicidade extrema. A pretensão de correção pode desempenhar um papel essencial na fundamentação da tese de que a extrema injustiça não é direito.⁵²⁷

A verdadeira força do argumento da correção mostra-se tão-somente quando ele se conecta com outros argumentos. No caso da fórmula radbruchiana, existem argumentos normativos tanto a favor da perda do caráter jurídico e, com isso, da validade jurídica, quanto a favor da manutenção deste caráter. O argumento da correção leva a um reforço dos argumentos normativos a favor da perda da validade:

As razões normativas para a negação do caráter jurídico nos casos de injustiça extrema desenvolvem seu peso tão-somente tendo como razão de fundo o argumento da correção. Se este argumento acerta, então os atos extremamente injustos de um regime injusto são desde o começo juridicamente deficientes, devido à violação da pretensão de correção necessariamente conectada com eles. Ademais, o reconhecimento posterior deste ato extremamente injusto será medido segundo o reconhecimento como um ato jurídico necessariamente conectado com a pretensão de correção. Estas uniões analiticamente necessárias levam a um reforço das razões normativas e a uma atenuação do peso das razões que estão em contra da perda do caráter jurídico no caso de que se ultrapasse o umbral da injustiça extrema. Desta maneira, o argumento da correção em união com os ulteriores argumentos adquire uma relevância classificatória que não teve quando se o considerou isoladamente.⁵²⁸

A terceira razão contra a objeção está baseado na diferença entre formulação e satisfação da pretensão de correção. É verdade que a pretensão de

⁵²⁶ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 51.

⁵²⁷ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 51-52.

⁵²⁸ ALEXY, La crítica de Bulygin..., p. 57-58.

correção não tem nenhuma conseqüência para o caráter de direito e nem para a validade jurídica, salvo se ultrapassado o umbral da antijuridicidade extrema. Todavia, ela coloca tudo sob uma luz diferente. As sentenças injustas, já não podem ser caracterizadas como questionáveis desde o ponto de vista moral e, ao mesmo tempo, juridicamente perfeitas ou magistras. Elas passam a ser consideradas, então, **juridicamente defeituosas**, embora permaneçam válidas.⁵²⁹

A pretensão de correção conceitualmente necessária vinculada com o direito conduz assim a uma dimensão ideal necessariamente relacionada com o direito. Assim não há uma simples coincidência de conteúdo entre direito e moral, mas uma vinculação conceitualmente necessária. Com isso a dimensão crítica se translada para o direito mesmo e não mais exclusivamente desde fora do direito e apesar de todas as contingências dos ordenamentos jurídicos particulares, se chega à vinculação de uma moral correta.⁵³⁰

2.5.1.4 A objeção da contradição

Bulygin acusa uma contradição em Alexy quando este afirma que as normas jurídicas e decisões judiciais isoladas formulam necessariamente uma pretensão de correção, mas esta pretensão tem uma relevância meramente *qualificatória*. Se esta conexão é necessária, então ela é também *analítica ou classificatória*. Afirma o autor argentino: “Pero si se trata de una conexión meramente qualificatoria, entonces la pretensión de corrección *no es necesaria* en el caso de normas jurídicas aisladas; ella son normas jurídicas, aún cuando no formulen tal pretensión”.⁵³¹

Em sua resposta, Alexy enfatiza a diferença entre formulação da pretensão de correção e as conseqüências de sua não formulação ou não satisfação. No caso da não satisfação da pretensão de correção pelos *sistemas jurídicos*, não há problema em considerar tal sistema *necessariamente deficiente*. “Parece ser

⁵²⁹ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 53.

⁵³⁰ ALEXY, Derecho y corrección..., p. 53.

⁵³¹ BULYGIN, E. Alexy y el argumento da corrección. In: *La pretensión de corrección del derecho*, p. 45.

analiticamente certo que uma pretensão de correção somente pode ser satisfeita se algo é falso ou tem sido feito equivocadamente. O que é falso, é defeituoso”.⁵³²

Não vê contradição entre a tese de que os sistemas jurídicos formulam necessariamente uma pretensão de correção e a tese que diz que a não satisfação desta pretensão somente tem uma relevância qualificatória. Embora a questão não seja tão simples no caso das *normas jurídicas e decisões judiciais isoladas*, o argumento aplicado aos sistemas jurídicos também é aplicável a estas quanto a não satisfação da pretensão e a deficiência.⁵³³

Quanto à não-formulação da pretensão, Alexy diz que a questão é mais complicada. No caso de juízos morais, a formulação da pretensão de correção tem relevância *classificatória*. No caso de casos judiciais isolados, a mera não formulação da pretensão de correção não conduz necessariamente à perda do caráter jurídico, embora um sistema jurídico possa prever para este caso conseqüências jurídicas. Isso se deve ao fato de que os casos judiciais devem seu caráter de casos judiciais a sua incorporação no marco de um sistema jurídico institucionalizado. Se este *sistema* formula a pretensão de correção, a mera não formulação no caso de *casos judiciais isolados* não leva à perda do caráter jurídico. O mesmo se aplica às normas jurídicas isoladas.⁵³⁴

2.5.1.5 A objeção da falta da fundamentação

A outra crítica se dá em relação à fundamentação de Alexy, que utiliza exemplos para afirmar que toda ordem jurídica necessariamente formula uma pretensão de correção. Alexy afirma que o artigo “X é uma república soberana, federal e injusta” contém uma contradição performativa, e o artigo “X é um estado justo” é redundante. Bulygin afirma que estes artigos são efetivamente deficientes, com o que está de acordo com Alexy, mas não são contraditórios e nem

⁵³² ALEXY, La crítica de Bulygin..., p. 62-69.

⁵³³ ALEXY, La crítica de Bulygin..., p. 62-69.

⁵³⁴ ALEXY, La crítica de Bulygin..., p. 62-69.

redundantes. Justifica com base no argumento de que tais proposições não têm sentido, pois “no tiene sentido ordenar que una Constitución o um Estado sean justos o injustos, como tampoco tiene sentido ordenar que um país sea rico o que los árboles sean verdes” porque “se trata de estados de cosas que no se pueden prescribir u ordenar...sólo acciones o aquellos estados de cosas que son o resultado de una acción pueden ser o contenido de una norma”. Outrossim, se tais proposições não são interpretados como ordens, mas como declarações, isso seria um erro político, mas não um defeito conceitual.⁵³⁵

Quanto às sentenças formuladas por Alexy, Bulygin aduz que também carecem de sentido. Trata-se de um erro meramente lingüístico e constituem uma opinião privada do juiz:

El juez puede decir sobre su propia sentencia que es justa o injusta, pero tal enunciado no se podría considerar como parte de la sentencia, pues una sentencia judicial há de cumplir no uma función descriptiva, sino precriptiva o normativa [...] a tarea del juez es condenar o absolver al acusado.⁵³⁶

Diz Alexy que a tese fundamental de Bulygin é a de que a justiça ou injustiça de uma Constituição ou um Estado é um estado de coisas que não pode ser prescrito ou ordenado. A razão para isso está em que as normas necessariamente estariam para ordenar ações. Alexy quer refutar tal objeção a partir do art. 20, parágrafo 1, da Lei Fundamental: “A República Federal Alemã é um Estado federal, democrático e social”. São princípios constitucionais que podem ser ordenados e os atos dos poderes legislativo, executivo e judicial que os contradigam são inconstitucionais. Isto também se aplica no caso de um princípio tão abstrato como justiça e sua contraparte monstruosa, a injustiça. A introdução da injustiça como princípio constitucional encerraria certamente uma contradição performativa, e seria, portanto, absurdo, entretanto um princípio desta natureza também pode referir-se a seus destinatários e suas ações.⁵³⁷

Quanto à sentença, diz que Bulygin tem razão quando diz que a qualificação da sentença como interpretação falsa não tem carácter prescritivo, bem como diz que

⁵³⁵ BULYGIN, Alexy y el argumento..., p. 47-48.

⁵³⁶ BULYGIN, Alexy y el argumento..., p. 49-51.

⁵³⁷ ALEXY, La crítica de Bulygin..., p. 74-78.

também é verdade que o juiz, com esta qualificação, passa de um plano objetivo a um metaplan. Entretanto, sustenta que esta qualificação continua fazendo parte da sentença, se entendida como sentença, não somente o seu dispositivo (sentença em sentido estrito), mas também os fundamentos da decisão, os nome das partes, data (sentença em sentido amplo). Deste modo Alexy afirma que Bulygin não diz nada contra considerar esta qualificação como fazendo parte da sentença em sentido amplo, que incluiria proposições descritivas, como o da qualificação da sentença como falsa.⁵³⁸

Quanto a ser esta afirmação uma opinião privada do juiz, diz Alexy que não se pode qualificar como assunto privado sempre que o juiz fale sobre sua sentença. Como parte de uma sentença em sentido amplo, ela é parte de um texto oficial.⁵³⁹

Sustenta ainda Bulygin que Alexy não dá nenhuma razão que fundamenta a tese da necessidade da pretensão de correção, senão que somente o faz com a ajuda de alguns exemplos. Responde Alexy que a questão está se a indicação de uma contradição performativa pode ser considerada uma fundamentação. A indicação de um absurdo não esclarecido é mais que a explicação ou ilustração através de um exemplo. Ele é um argumento e isso é suficiente para a fundamentação.⁵⁴⁰

2.5.2 As objeções de Ota Weinberger

Em relação à teoria do discurso em geral de Alexy, Weinberger diz que é um absurdo atribuir verdade ao consenso alcançado pragmaticamente. Cooperação é necessária para o progresso em conhecimento, mas não um elemento para definir racionalidade ou verdade/correção. Diz ainda que o discurso ideal, livre de qualquer tipo de dominação, é irreal e que nem mesmo um discurso sem limite de tempo leva a um consenso. Deste modo, propõe que o processo de conhecimento em direção à

⁵³⁸ ALEXY, La crítica de Bulygin..., p. 80-81.

⁵³⁹ ALEXY, La crítica de Bulygin..., p. 82-83.

⁵⁴⁰ ALEXY, La crítica de Bulygin..., p. 83-84.

verdade (process approaching knowledge to truth) deve ser construído pelo processo de verificação e falsificação de hipóteses.⁵⁴¹

Em relação à teoria da argumentação jurídica de Alexy, Weinberger diz que embora Alexy apresente uma concepção de correção relativa, que não pode pressupor que haja uma única resposta a todas as questões práticas, a introdução da noção é problemática porque ele não determina como nós devemos agir moralmente à medida que isso exige nossa decisão entre alternativas de correção. No lugar de decisão correta, Weinberger propõe a “solução aceitável” (acceptable solution).⁵⁴²

Diz também que as regras do discurso como determinantes de racionalidade leva a que os participantes do discurso não sejam mais instâncias de tomada de decisão (decision-making instances), mas cumprem o papel apenas de introduzir informações para discussão.⁵⁴³

Por fim, destaco a crítica à pressuposição de que todo participantes no discurso deve articular seu próprio interesses com o objetivo de que no discurso seja alcançável um equilíbrio (balancing) de interesses, para Weinberger uma análise transsubjetiva e o recurso à idéia de solidariedade e cooperação pode ter maiores chances de alcançar uma soluções equilibradas de interesses, embora isso não signifique uma solução correta em sentido objetivo. Afirma então que no campo das discussões das questões morais e sociais a racionalidade deve ser concebida não como matéria de discurso, mas como matéria de boas razões a favor da solução sob consideração.⁵⁴⁴

Alexy responde que somente a observância das regras do discurso ainda não garante à qualidade dos argumentos. A teoria do discurso pressupõe que os participantes dos discursos estão capacitados para distinguir fundamentos bons de

⁵⁴¹ WEINBERGER, Conflicting...

⁵⁴² WEINBERGER, Conflicting...

⁵⁴³ WEINBERGER, Conflicting...

⁵⁴⁴ WEINBERGER, Conflicting...

ruins, do mesmo modo que um estado constitucional democrático pressupõe a capacidade de seus cidadãos para atividades políticas, econômicas e sociais.⁵⁴⁵

Em relação à crítica de que não existe relação entre consenso e correção e entre o conceito de discurso e racionalidade, Alexy responde que Weinberger pressupõe como resultado do discurso um simples consenso, enquanto que entende como correto somente o resultado de um discurso racional em que as regras são observadas. Entretanto, seria equivocado exigir a certeza (*Gewißheit*) de uma correção absoluta. Além disso, aponta a posição não-cognitivista de Weinberger, segundo a qual, diante da impossibilidade de uma decisão (*Entscheidung*), resta tão-somente uma decisão no sentido do decisionismo (*Dezision*).⁵⁴⁶

2.6.2 As objeções de Habermas

A mais discutida objeção⁵⁴⁷ contra a tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral é a de Habermas, que, embora aceite uma teoria discursiva do direito⁵⁴⁸ (em contraposição à teoria do direito solipsista de Dworkin) e aceite inclusive as regras do discurso prático geral elaboradas por Alexy⁵⁴⁹, contrapõe-se à tese do caso especial sob o fundamento de que o discurso jurídico não pode permanecer fechado a argumentos de outros tipos, além dos argumentos morais, como é o caso dos argumentos pragmáticos e éticos:

⁵⁴⁵ ALEXY, Uma concepção...

⁵⁴⁶ ALEXY, Antwort..., S. 399-403. Ver, infra, nota 571.

⁵⁴⁷ Não há lugar aqui para analisar todas as críticas e respostas a esta tese. Cf.: DWARS, I. Application discourse and the special case-thesis. *Ratio Juris*, v. 5, p. 67-78, 1992; PAVLAKOS, G. The special case thesis: an assessment of R. Alexy's discourse theory of law. *Ratio Juris*, v. 11, p. 126-54, 1998; GÜNTHER, K. Critical remarks on Robert Alexy's "special-case thesis". *Ratio Juris*, v. 6, p. 143-156, 1993.

⁵⁴⁸ Para Habermas, a teoria da argumentação jurídica não se limita às questões lógico-semânticas [cita Toulmin quanto à passagem não-dedutiva que percorrem os argumentos substanciais do apoio para a conclusão], mas também possui uma concepção pragmática. Diz que se são preenchidas as condições favoráveis, uma argumentação é concluída segundo a "final opinion" de Peirce, traduzido por Habermas como acordo não coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade controversada: "Argumentos são razões que resgatam uma pretensão de validade levantada com atos de fala constatativos ou regulativos sob as condições do discurso e, em razão disso, movem participantes do discurso racionalmente a aceitar como válidas as correspondentes proposições descritivas ou normativas" (HABERMAS, *Fäktizität...*, p. 276).

⁵⁴⁹ Ver, supra, 1.5.7.3.

Da primazia heurística do discurso prático-moral, inclusive da exigência de que regras jurídicas não devem contradizer normas morais, **não** resulta, porém, sem mais nem menos, que o discurso jurídico deva ser considerado como subconjunto (Teilmenge) de argumentações morais.⁵⁵⁰

O argumento principal de Habermas contra a tese do caso especial é a dimensão de validade mais complexa das normas do direito em relação às normas morais, pois “a legislação política não se apóia apenas, e nem em primeira linha, em razões morais, porém também em razões de outro tipo.”⁵⁵¹

Outro argumento de Habermas refere-se ao discurso processual, limitado social e temporalmente. Assim, o processo de produção de provas não está estruturado discursivamente no sentido de uma busca cooperativa da verdade, mas de modo agonístico. Além disso, na aplicação do direito, embora os tribunais estejam obrigados a uma fundamentação cuidadosa, existe também um interesse público num sistema eficiente de meios jurídicos, especialmente na uniformização e na coerência da ordem jurídica.⁵⁵²

A terceira objeção não está dirigida especificamente à tese do caso especial, mas à natureza do conteúdo moral das normas jurídicas. Para Habermas, mesmo que certos conteúdos morais sejam imigrados para o direito por meio da legislação, isso não significa uma moralização imediata do direito, pois direito e moral são linguagens distintas.⁵⁵³

Alexy respondeu às críticas de Habermas em artigo escrito para a “Ratio Juris”.⁵⁵⁴ Em primeiro lugar, Alexy também não aceita a tese de que os discursos jurídicos devem ser concebidos como subconjunto (subset) da argumentação moral.⁵⁵⁵

⁵⁵⁰ HABERMAS, *Fäktizität...*, p. 283.

⁵⁵¹ HABERMAS, *Fäktizität...*, p. 285.

⁵⁵² HABERMAS, *Fäktizität...*, p. 288-291.

⁵⁵³ HABERMAS, *Fäktizität...*, p. 253. O tradutor para a língua portuguesa omitiu a palavra imediato (unmittelbare) (HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução F. B. Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a, v. 1, p. 256).

⁵⁵⁴ ALEXY, R. The special case thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, p. 374-384, 1999.

⁵⁵⁵ ALEXY, The special..., p. 375-378.

O discurso prático geral abarca, além de argumentos morais, também argumentos éticos e pragmáticos. Por exemplo, na dimensão pragmática, a conveniência (expediency) é um elemento necessário do discurso prático geral, e, na dimensão ética, está presente o objetivo de uma ponderação racional de finalidades em conflito sob a luz de preferências valorativas aceitas.⁵⁵⁶

Contudo, a aceitação de argumentos éticos e pragmáticos, no discurso prático geral, não exclui uma relação de prioridade entre eles. Nesse sentido, há uma prioridade do bom sobre o adequado (suitable) e do justo (just) sobre o bom. Contudo, o discurso prático geral não é uma mera combinação destes elementos, mas uma “conexão necessária sistematicamente que expressa a unidade substancial da razão prática”.⁵⁵⁷

Para responder à terceira objeção de Habermas, Alexy distingue dois aspectos que estão combinados, necessariamente, na pretensão de correção conectada com decisões judiciais. O primeiro aspecto é que a decisão é corretamente justificada se alguém pressupõe o direito estabelecido, seja qual ele for. O segundo aspecto é a pretensão que o direito válido em que a decisão é baseada é justo e razoável:

Decisões judiciais não somente pretendem ser corretas *dentro da moldura da ordem jurídica estabelecida validamente*, mas também pretendem ser corretas como *decisões judiciais*. Uma decisão judicial que aplica corretamente uma lei injusta ou não-razoável não preenche a pretensão de correção levantada por ela em todos os aspectos.⁵⁵⁸

Contudo, se a lei é injusta ou não-razoável a decisão baseada nela é legalmente válida, pois na maioria dos casos o princípio da separação de poderes, da certeza jurídica e da democracia exigem que o juiz siga até mesmo leis injustas ou não-razoáveis quando não há espaço para interpretação, mesmo que a decisão não seja juridicamente perfeita.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ ALEXY, The special..., p. 378.

⁵⁵⁷ ALEXY, The special..., p. 378-379.

⁵⁵⁸ ALEXY, The special..., p. 382.

⁵⁵⁹ ALEXY, The special..., p. 382.

Além disso, Alexy não aceita a suposição de Habermas de que o discurso jurídico é um subconjunto da argumentação moral. Para o primeiro, há simplesmente uma “integração de argumentos práticos gerais no contexto jurídico. E o caminho para esta integração, diferentemente da fórmula coerentista e holista de Habermas e Günther, é o procedimental. Como para Alexy é a razão prática que justifica a existência do sistema jurídico da democracia constitucional, ela tem de estar presente nos procedimentos de formação da vontade e opinião democrática e igualmente na argumentação jurídica, de modo a preencher a pretensão de correção que ela levanta. “Argumentos práticos gerais têm de fluir através de todas as instituições se as raízes dessas instituições em razão prática não devem ser cortadas”⁵⁶⁰

⁵⁶⁰ ALEXY, The special..., p. 383-384.

3 RACIONALIDADE JURÍDICA E O DIREITO DE IGUALDADE GERAL: A PROPORCIONALIDADE COMO ESTRUTURA DE ARGUMENTAÇÃO RACIONAL

O objetivo deste capítulo é discutir os critérios para a fundamentação e correção de decisões jurídicas fundamentadas com base no direito de igualdade geral.

A hipótese específica diz que a aplicação do direito geral de igualdade não só é compatível com o preceito da proporcionalidade em sentido amplo, bem como a proporcionalidade é um método que possui o condão de conferir racionalidade ao discurso de aplicação deste direito.

3.1 O Discurso Jusfundamental e a Proporcionalidade em Sentido Amplo

3.1.1 O discurso jusfundamental

3.1.1.1 As bases do discurso jusfundamental

Como vimos,⁵⁶¹ o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral que tem lugar sob condições limitadoras, como a lei, o precedente e a dogmática, ou seja, limita-se ao direito positivamente válido. A função dos discursos jurídicos é a fundamentação de um tipo de proposição normativa singular: as decisões jurídicas.

⁵⁶¹ Ver 2.3.1.

Chama-se de discurso jusfundamental o discurso jurídico em que são fundamentadas corretamente decisões jurídicas com base em normas⁵⁶² de direitos fundamentais.

O discurso jusfundamental, como discurso jurídico, está sujeito às regras e formas do discurso jurídico geral. Assim, entre os cânones de interpretação, cumpre aos lingüísticos e genéticos a **comprovação**⁵⁶³ dos significados dos signos utilizados nas disposições de direito fundamental.⁵⁶⁴ Aos demais argumentos institucionais e prático-gerais, cumpre o papel de **determinação** do conteúdo da norma.

Não há lugar aqui para discutir as especificidades da chamada interpretação constitucional e dos direitos fundamentais. Nesse campo, por exemplo, há a controvérsia sobre a utilização dos cânones clássicos da interpretação na interpretação das normas constitucionais. Além disso, o princípio da unidade da Constituição produz a necessidade de um uso freqüente de argumentos sistemáticos.

No lugar, outrossim, de disposições legais em geral concretas, aparecem disposições constitucionais muito abstratas, abertas e ideologizadas⁵⁶⁵, que muitas vezes demandam a utilização de argumentos práticos gerais (nesse caso, em conformidade com a regra J.19).

Quanto à dogmática jusfundamental, importa destacar a sua tridimensionalidade: analítica, empírica e normativa.⁵⁶⁶ A dimensão empírica da dogmática abrange o conhecimento do texto da Constituição e da jurisprudência constitucional, principalmente a do Supremo Tribunal Federal. A dimensão normativa

⁵⁶² Norma de direito fundamental deve ser distinguida da posição de direito fundamental. Uma posição de direito fundamental é a posição em que *a* se encontra frente a *b* na formulação de uma norma individual de direito fundamental, por exemplo, “*a* tem frente ao Estado o direito de expressar sua opinião livremente”. (ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 163-164; ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto G. Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997c, p. 177-178).

⁵⁶³ Sobre a distinção entre comprovação sobre uma linguagem determinação para uma linguagem, ver nota 441.

⁵⁶⁴ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 533; *Teoría de los derechos...*, p. 501-502.

⁵⁶⁵ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 501.

direciona-se à questão de se saber, com base no direito positivo válido e nas regras do discurso jurídico, a decisão jusfundamentalmente correta. A dimensão analítica analisa, semântica e logicamente, os conceitos fundamentais (p. ex., norma, posição, direito subjetivo, igualdade), a construção jurídica (p. ex., relação entre tipo de direitos fundamentais e restrições), a estrutura do sistema jurídico (p. ex., a irradiação dos direitos fundamentais) e a fundamentação de direitos fundamentais (p. ex., a subsunção de regras e a ponderação de princípios).⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ Alexy propõe uma teoria integrativa-estrutural dos direitos fundamentais, que abarca as três dimensões referidas e refere-se a todos os direitos fundamentais. Há de se destacar o aspecto normativo-analítico de sua teoria, que é guiada pela pergunta sobre a decisão correta e sobre a fundamentação racional (ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 39; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 32). Além disso, como já vimos, há uma dependência da dogmática em relação à argumentação prática geral, especialmente no caso da fundamentação dogmática impura, quando são utilizados argumentos práticos gerais, situação que se faz necessária quando um enunciado dogmático é colocado em dúvida, como expresso na regra J.10. E igualmente, na hipótese de uma comprovação sistemática em sentido amplo, conforme expresso na regra J.11.

⁵⁶⁷ DREIER, Ralf. *Recht-Moral-Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, S. 88-89; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 22-27.

No âmbito da dimensão analítica, outrossim, são consideradas, por exemplo, as teorias dos princípios e da proporcionalidade. No âmbito da dimensão normativa da dogmática jusfundamental interessa sobremaneira as chamadas teorias materiais de direitos fundamentais.⁵⁶⁸

3.1.1.2 Os limites do discurso jusfundamental e a decisão jusfundamental apoiada argumentativamente

Além disso, como já vimos,⁵⁶⁹ a aplicação das regras do discurso nem sempre produzem resultados caracterizados como de necessidade discursiva ou

⁵⁶⁸ A fundamentação de teorias materiais de direitos fundamentais deve ser feita fazendo-se referência ao texto da Constituição, à vontade do constituinte e aos precedentes em matéria de direitos fundamentais, entretanto, como não são uma mera repetição ao texto da Constituição, à vontade do constituinte e aos precedentes dos precedentes em matéria de direitos fundamentais, não podem apoiar diretamente nestes. Portanto, uma teoria material dos direitos fundamentais deve ser apoiada argumentativamente (ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 509). Böckenförde identificou cinco teorias materiais gerais de direitos fundamentais: teoria liberal ou burguesa do Estado de direito, teoria institucional dos direitos fundamentais, a teoria axiológica dos direitos fundamentais, a teoria democrático-funcional dos direitos fundamentais e a teoria dos direitos fundamentais do Estado social (BÖCKENFÖRDE, E.-W. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Traducción J. L. Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 44-71). Para Alexy, a teoria liberal, a democrática e a do Estado Social podem ser identificadas como teorias teleológicas ou como teorias dos princípios dos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, uma teoria liberal muito forte é sustentada por quem vê na liberdade de ação ou de decisão, no sentido de ausência de intervenções estatais, o único fim ou o único bem protegido dos direitos fundamentais. Já uma versão mais fraca da teoria liberal sustenta uma primazia *prima facie* da liberdade frente a outros direitos fundamentais. Uma variante de uma teoria democrática sustenta, por exemplo, que os direitos fundamentais representam, sobretudo, posições de livre participação na comunidade. Isso significa que os princípios democráticos são dotados de uma primazia *prima facie*. Já quem adere a uma teoria do Estado social pode sustentar, por exemplo, que frente à liberdade jurídica, a liberdade fática é um princípio de igual nível (ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 508-520). O problema apontado por Alexy é o de que estas teorias materiais pretendem remeter os direitos fundamentais a uma tese básica, por isso é que Alexy as chama de teorias de um ponto (Ein-Punkt-Theorie) (ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 30). Alexy entende, contudo, que não é possível uma teoria material dos direitos fundamentais que estabeleça com caráter obrigatório a solução de cada caso de direito fundamental, como o faz Dworkin. O único que se pode esperar de uma teoria material é apresentar uma primazia *prima facie* dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica, isto é, uma carga argumentativa em favor destes princípios. Isso corresponde a suposição básica da liberdade do TCF e com a máxima "in dubio pro libertate". (*Theorie der Grundrechte...*, S. 516-520). Com isso, junto com uma rede de decisões concretas de preferências da jurisprudência do TCF, forma-se uma ordem fraca de valores ou princípios constitucionais, que está estreitamente vinculada com o conceito de ponderação. (ALEXY, *Theorie der Grundrechte...*, S. 142-143). É função sobretudo da dogmática a sistematização desta rede de decisões e desta ordem de valores ou princípios. Em 3.2.2.3, persigo o objetivo de sistematização e formação de uma rede de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o direito de igualdade.

⁵⁶⁹ Ver 2.1.3.

impossibilidade discursiva. Exemplos de resultados discursivamente necessários são o núcleo dos direitos humanos e os princípios fundamentais da democracia. Como exemplo de resultado discursivamente impossível é a escravidão.⁵⁷⁰ Muitos mais freqüentes são as hipóteses de possibilidade discursiva, em que mais de uma proposição normativa incompatíveis entre si são fundamentadas sem qualquer violação às regras do discurso.

Com isso, o discurso jusfundamental comparte com o discurso prático geral a insegurança causada pela possibilidade de mais de um resultado correto. Disso resulta a necessidade de uma decisão⁵⁷¹ jusfundamental dotada de autoridade, especialmente as decisões manifestadas pelos tribunais constitucionais.⁵⁷² Entretanto, embora dita decisão tenha de ser apoiada autoritativamente, é necessário que o seja também argumentativamente.⁵⁷³

Isso remete aos temas da jurisdição constitucional e sua representação argumentativa. Segundo Alexy, um tribunal constitucional satisfaz as exigências da legitimidade democrática se ela consegue ser uma “representação argumentativa do povo”. Duas condições precisam ser preenchidas para caracterizar uma representação argumentativa autêntica: (1) O tribunal deve promover a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão e que um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais longa, aceitar esses argumentos como corretos; (2) a existência de argumentos válidos ou corretos.⁵⁷⁴

Além disso, toda decisão jusfundamental tomada pelo tribunal constitucional pode e requer que continue sendo continuamente justificada e criticada em novos

⁵⁷⁰ Estes exemplos são dados por Alexy na “Apresentação” da obra “Constitucionalismo Discursivo” (ALEXY, R. Apresentação. In: ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução L. A. Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

⁵⁷¹ A proposição da necessidade da decisão jusfundamental dotada de autoridade conduz a uma explicitação do conceito de decisão, uma vez que a língua portuguesa não possui termos que distingam os termos alemães “Entscheidung” e “Dezision”, sendo ambos traduzidos normalmente como decisão. “Dezision” remete ao decisionismo schmittiano. Sobre isso, cf. N.T., na nota 15, por Luís Afonso Heck: ALEXY, Apresentação, p. 23-24.

⁵⁷² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 553.

⁵⁷³ ALEXY, R. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: *Constitucionalismo discursivo*. Tradução L. A. Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 162.

⁵⁷⁴ ALEXY, Ponderação..., 2007, p. 164-165.

discursos.⁵⁷⁵ E que meios processuais dêem o ensejo do tribunal constitucional rever sua decisão anterior.

3.1.2 As normas jusfundamentais associadas

3.1.2.1 Normas jusfundamentais diretamente estatuídas e normas jusfundamentais associada

São normas de direito fundamental as normas diretamente estatuídas pelos dispositivos de direitos fundamentais e as normas associadas a estas.

Para fundamentar uma norma direito fundamental diretamente estatuída, basta sua referência à positivação.⁵⁷⁶ Por exemplo, da disposição⁵⁷⁷ “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, da CF), infere-se diretamente uma norma de direito fundamental que proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante.

As normas diretamente estatuídas, contudo, geralmente sofrem de alguma imprecisão, como é o caso da imprecisão semântica e da imprecisão estrutural. A imprecisão semântica⁵⁷⁸ resulta na incerteza quanto ao significado das expressões utilizadas na disposição normativa, tais como, no exemplo acima, as expressões “tortura”, “tratamento degradante” e “tratamento desumano”. A imprecisão estrutural resulta na impossibilidade de uma precisão, por exemplo, a respeito dos tipos de posições jurídicas que resultam do enunciado normativo, tais como, no exemplo acima, a dúvida se da norma diretamente estatuída segue-se direitos à proteção, a prestações e à organização e procedimentos.

⁵⁷⁵ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 521.

⁵⁷⁶ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 61.

⁵⁷⁷ Por disposições ou determinações (Bestimmungen) entendo as proposições formuladas nos textos normativos, normas são o que estas proposições expressam. Nesse sentido, ver: ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 56.

⁵⁷⁸ Sobre as formas dos argumentos semânticos, ver 2.3.2.2.1

A imprecisão semântica pode ser reduzida por meio de regras semânticas. As regras semânticas são elaboradas por meio da comprovação⁵⁷⁹ do uso da linguagem natural ou técnica. É função da Dogmática e da Jurisprudência a elaboração das regras semânticas. A questão que se coloca aqui diz respeito a como se pode fundamentar a afirmação de que uma determinada regra semântica tem validade.⁵⁸⁰

Da imprecisão estrutural da norma diretamente estatuída resulta a impossibilidade de ser inferido, por meio de argumentos analíticos, quais classes de posições jurídicas colocam-se entre o titular o destinatário de um direito fundamental, bem como se a norma confere um direito subjetivo ou simplesmente um mero direito objetivo.

Em relação à primeira hipótese, diante da imprecisão estrutural, há de se precisar se se trata tão somente de um direito de defesa ou também de um direito prestacional do tipo do direito de proteção. Esse seria o caso de um dever de promulgação de leis que tipifiquem a tortura como crime e do dever de elaboração e execução de políticas públicas eficientes e efetivas para a erradicação da tortura. No segundo exemplo trata-se de se determinar se a norma estatui um mero direito objetivo ou também um direito subjetivo. Embora não se controverta quanto à existência de um direito subjetivo de defesa, no caso do direito de proteção surgem dúvidas.⁵⁸¹

A dúvida sobre a possibilidade de associação de direitos subjetivos de proteção a normas jusfundamentais diretamente estatuídas faz com que sejam admitidos no discurso jusfundamental argumentos substanciais. Por exemplo, para defender a subjetivação dos direitos de proteção em geral, Alexy recorre a argumentos substanciais, tais como o de que os direitos à proteção se calçam perfeitamente na compreensão liberal dos direitos fundamentais e que não é raro

⁵⁷⁹ Sobre a distinção entre comprovação e determinação da linguagem, ver nota 441.

⁵⁸⁰ Para Alexy, há diferentes caminhos para fundamentar a validade de uma regra semântica, tais como a invocação do falante a sua competência lingüística, a investigação empírica e a referência à autoridade de dicionários (ALEXY, *Theorie der juristischen...*, S. 290).

⁵⁸¹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 437-441.

acontecer que onde o Estado não satisfaz o dever de proteção, não é raro que se formem organizações privadas de proteção.⁵⁸²

A precisão semântica e estrutural de uma norma jusfundamental é uma condição para que ela fundamente, na justificação interna, uma decisão jusfundamental. Contudo, cumpre à justificação externa a fundamentação e a precisão da norma jusfundamental à qual será subsumida a decisão.

De qualquer modo, mesmo que freqüentemente não é possível a fundamentação de uma decisão jusfundamental sem que se recorra à justificação externa, deve-se proceder necessariamente à justificação interna como uma exigência da regra da razão da universabilidade e do princípio jusfundamental da igualdade geral. Ou seja, toda decisão jurídica deve ser fundamentada com base em uma norma geral, mesmo que tal norma, diante de sua excepcionalidade, dificilmente seja novamente aplicável.

Portanto, a imprecisão semântica e estrutural das normas jusfundamentais diretamente estatuídas vem a exigir a justificação das premissas a serem utilizadas na justificação interna das decisões jusfundamentais. É tarefa da justificação externa a justificação das premissas não diretamente estatuídas. Para a justificação externa valem as regras e formas da interpretação, da dogmática, dos precedentes, dos argumentos jurídicos especiais, da argumentação empírica e dos argumentos práticos gerais ou substanciais.

Tais premissas, portanto, valem como normas jusfundamentais não diretamente estatuídas. Robert Alexy as denomina como normas associadas (*zugeordnete Grundrechtsnormen*) de direitos fundamentais. Normas jusfundamentais associadas são normas às quais é possível dar uma fundamentação jusfundamentalmente correta para sua associação a uma norma de direito fundamental estatuída diretamente.⁵⁸³

⁵⁸² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 441.

⁵⁸³ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 66-73; ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 57-63.

3.1.2.2 A justificação das regras jusfundamentais associadas

As normas jusfundamentais - diretamente estatuídas ou associadas a estas - constituem regras ou princípios. Regras são normas que contêm uma determinação no âmbito do fático e juridicamente possível. Então, se uma regra é válida, então deve fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais e nem menos. Princípios são mandamentos de otimização, o que significa que são normas que ordenam que algo seja realizável na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Segundo a teoria da distinção qualitativa entre regras e princípios, um caso de conflitos entre regras pode ser resolvido mediante a introdução de uma cláusula de exceção em uma delas, que elimine o conflito, ou declarando uma delas inválida, levando em conta a dimensão da validez. Já no caso da colisão entre princípios, um deles deve ceder diante do outro, levando em conta a dimensão do peso.

A aplicação das regras diz respeito ao problema da subsunção. A subsunção dá-se por meio do silogismo jurídico ou por métodos similares utilizados pela lógica moderna. Na argumentação jurídica, sua função é a de averiguar se a decisão jurídica se segue logicamente das premissas utilizadas como fundamentação. Isso se dá na justificação interna.

No discurso jusfundamental, o objetivo da justificação externa é a fundamentação das premissas utilizadas na justificação interna. Tais premissas são regras jusfundamentais, proposições empíricas e premissas que não são nem regras de direito positivo e nem proposições empíricas.

As regras jusfundamentais, segundo o modelo de princípios/regras – que exclui tanto o modelo puro de princípios quanto o modelo puro de regras –, ou são

regras diretamente estatuídas de disposições jusfundamentais ou são regras associadas a estas.⁵⁸⁴

Como somente regras jusfundamentais definitivas servem como premissas na justificação interna de decisões jusfundamentais, a fundamentação dessas regras deve passar pelas regras e formas da justificação externa. Com isso, pode ser afirmado que, em qualquer caso, no discurso fundamental, a função da justificação externa é a fundamentação de regras jusfundamentais definitivas associadas a normas jusfundamentais diretamente estatuídas.

⁵⁸⁴ Um aspecto importante no modelo alexyano de princípio/regras diz respeito à determinação do caráter de regra ou de princípio de uma norma jusfundamental. Para Alexy, as disposições jusfundamentais podem ser consideradas tanto como positavações de princípios, portanto, como decisões em favor de princípios, como também como expressão de um intento de estabelecer determinações frente às exigências dos princípios contrários, o que se dá conforme os diferentes tipos de garantias e cláusulas restritivas positivadas, portanto, como regras. Por conseguinte, as disposições de direitos fundamentais têm caráter duplo e em dois níveis, um primeiro nível dos princípios e um segundo nível das regras. Um exemplo disso, para Alexy, é o art. 12, § 1º, da Lei Fundamental. A escolha da profissão não está sujeita a reserva alguma, portanto constitui uma regra. Entretanto, segundo o TCF, existem condições sob as quais os princípios opostos têm um peso maior que a liberdade de profissão. Desse modo, o legislador está autorizado a promover uma intervenção nessa liberdade “se existem condições sob as quais os princípios opostos têm um peso maior que a liberdade de eleição de uma profissão, que esteja justificado. As regras diretamente estatuídas, portanto, são sempre incompletas, uma vez que não estabelecem uma decisão livre de ponderação. Contudo, considerando a exigência de se levar a sério as determinações estabelecidas no texto constitucional, há se reconhecer a precedência *prima facie* das regras diante dos princípios: “O nível das regras precede ao dos princípios, a menos que os fundamentos para determinações diferentes do que as tomadas no nível das regras sejam tão fortes que também desloquem o princípio da sujeição ao texto da Constituição”. Portanto, cada disposição jusfundamental estatui dois tipos de normas: as regras e os princípios. No caso de direitos fundamentais com reserva simples e qualificada, já na *formulação da norma* os dois níveis se encontram entrelaçados, pois, na norma, há uma regra completada por uma cláusula restritiva que estabelecem condições para que os princípios opostos tenham precedência frente às determinações diretamente estatuídas. Porém, os direitos fundamentais sem nenhuma reserva também estão sujeitos a restrições com base em princípios constitucionais opostos. Tal formulação normativa é realizada pelo TCF com respeito à liberdade artística enunciada no art. Art, 5º. § 3º, da Lei Fundamental: “Estão proibidas as intervenções do Estado em atividades que pertencem ao campo da arte quando não são necessárias para o cumprimento daqueles princípios opostos de nível constitucional (que podem referir-se a direitos fundamentais de terceiros ou a bens coletivos) e que, devido às circunstâncias do caso, têm precedência frente ao princípio da liberdade de arte”. Portanto, mesmo as regras diretamente estatuídas de dispositivos constitucionais não estão livres da ponderação, mesmo sem previsão expressa de reserva. Isso significa dizer que as regras diretamente estatuídas assumem, de qualquer modo, um caráter *prima facie*. Contudo, o caráter *prima facie* de princípios e regras apresentam diferenciações, principalmente relacionadas à precedência *prima facie* das determinações estatuídas diretamente em relação às determinações alternativas que são possíveis de serem formadas tomando em conta os princípios. (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 129-138). Sobre o diferente caráter *prima facie* de regras e princípios, escrevi em: LEIVAS, P. G. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 42-45.

Contudo, para a fundamentação das regras jusfundamentais associadas é necessário recorrer-se, freqüentemente, à aplicação da proporcionalidade em sentido amplo.

3.1.3 A proporcionalidade em sentido amplo

Uma das proposições mais importantes da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy diz que: “Como resultado de cada ponderação jusfundamental correta pode-se formular uma norma jusfundamental associada com caráter de regra sob a qual o caso pode ser subsumido.”⁵⁸⁵

Os princípios jurídicos são mandamentos⁵⁸⁶ de otimização. Da otimização ordenada por um princípio, segue-se logicamente a ordem de levar em conta as possibilidades fáticas e jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Com isso pode-se afirmar que não é possível restringir-se os princípios a mandamentos de maximização, referido tão-somente às possibilidades fáticas e considerados como independentes de sua relação com outros princípios.⁵⁸⁷

Os princípios diferem-se das regras, cujo mandamento já contém uma determinação no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas. As regras são razões definitivas que fundamentam direitos definitivos. Os princípios são razões *prima facie* e, tomados em si mesmo, estabelecem direitos *prima facie*. Como as decisões sobre direitos pressupõem a determinação de direitos definitivos, há de se percorrer uma via desde o direito *prima facie* até o direito definitivo.⁵⁸⁸

Portanto, há uma conexão necessária entre princípios e a proporcionalidade em sentido amplo. Alexy, com razão, diz que o preceito da proporcionalidade em

⁵⁸⁵ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 87.

⁵⁸⁶ Mandamento é usado em sentido amplo, que abarca igualmente permissões e proibições. Ver: ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86, nota 23.

⁵⁸⁷ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 91, nota 37.

⁵⁸⁸ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 103.

seus três preceitos parciais são inferidos logicamente do caráter de princípio, isto é, são deduzíveis deste.⁵⁸⁹

Igualmente a proporcionalidade desempenha um papel central na prática dos tribunais constitucionais de vários países.⁵⁹⁰ No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal⁵⁹¹ tem denominado de proporcionalidade ou ponderação a aplicação de técnicas que se aproximam em maior ou menor medida da estrutura da proporcionalidade elaborada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

O preceito da proporcionalidade em sentido amplo divide-se nos preceitos parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os preceitos parciais da adequação e necessidade seguem do caráter dos princípios como mandamentos de otimização com relação às possibilidades fáticas. O preceito parcial da proporcionalidade em sentido estrito segue-se da relativização com respeito às possibilidades jurídicas. Se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica da realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto.⁵⁹²

⁵⁸⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 112.

⁵⁹⁰ ALEXY, *Ponderação...*, p. 156.

⁵⁹¹ Exemplifico com acórdão do STF que denegou ordem de habeas corpus impetrado contra decisão de juiz que impôs condições ao paciente não previstas expressamente em lei - particularmente a proibição de se ausentar do país e obrigação de entregar o passaporte ao juízo - com a revogação do decreto de prisão preventiva. Transcrevo trecho da ementa: "PROCESSUAL PENAL. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS (ALTERNATIVAS À PRISÃO PROCESSUAL). POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. ART. 798, CPC; ART. 3º, CPC. [...] 3. Não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária a ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto. 4. A medida adotada na decisão impugnada tem clara natureza acautelatória, inserindo-se no poder geral de cautela (CPC, art. 798; CPP, art. 3º). 5. As condições impostas não maculam o princípio constitucional da não-culpabilidade, como também não o fazem as prisões cautelares (ou processuais). 6. Cuida-se de medida adotada com base no poder geral de cautela, perfeitamente inserido no Direito brasileiro, não havendo violação ao princípio da independência dos poderes (CF, art. 2º), tampouco malferimento à regra de competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I)." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 94147/RJ. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 27 maio 2008).

⁵⁹² ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 112-113. A análise da estrutura geral da proporcionalidade é objeto do Capítulo I e a estrutura da proporcionalidade em relação aos direitos fundamentais sociais é objeto do Capítulo III de obra de minha autoria: (LEIVAS, *Teoria dos direitos...*).

Deve ser feita ainda a distinção entre a obrigação de otimização e o objeto a ser otimizado. A obrigação da otimização é uma regra, a qual incide sobre o princípio enquanto objeto a ser otimizado. Sobre isso, escrevi:

Alexy parece reconhecer a diferença entre obrigação de otimização (*Optimierungs-gebote*) e obrigação a ser otimizada (*zu optimierenden Gebote*), que seriam estabelecidas em dois níveis. Sobre o nível do objeto estariam os princípios como ideais (*idealen Sollen*) e como obrigações a serem otimizadas e sobre o meta-nível estaria a obrigação de otimizar, que incidiria sobre o primeiro nível ou nível do objeto. Desse modo, o mandado de otimização é uma regra e o princípio é um objeto a ser otimizado pela regra da otimização, existindo entre eles uma relação necessária, pois um está implícito no outro e vice-versa.⁵⁹³

3.1.3.1 Adequação e a legitimidade dos fins

O preceito da adequação corresponde a uma regra que determina que se um meio (M_1) não é adequado para a promoção ou obtenção da finalidade (Zweck) exigida por um princípio (P_1), então M_1 não é exigido por P_1 . Deste modo, se sob estas circunstâncias M_1 afeta a realização de outro princípio (P_2), então M_1 está proibido por P_2 .

A aplicação do preceito da adequação pressupõe, portanto, o conhecimento da finalidade exigida pelo princípio constitucional. Diante deste conhecimento, a análise da adequação será realizada em duas fases. A primeira delas é a avaliação da legitimidade da finalidade. A segunda é, propriamente, a análise da adequação da intervenção legislativa em relação à finalidade. Nesse sentido, é possível falar de uma estrutura argumentativa cuja base está constituída por uma relação de causalidade positiva entre a medida do legislador e a finalidade a que se propõe.⁵⁹⁴

⁵⁹³ Essa citação é minha: LEIVAS, *Teoria dos direitos...* Usei então como referência: ALEXY, Robert. The Institutionalization of Reason. In: AARNIO, A.; WINTGENS, L. J. (org.). *My Philosophy of Law*, apud BOROWSKI, M. *Grundrechte als Prinzipien: die Unterscheidung von Prima-facie Position und definitiven Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998, S. 77. Ver também: HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: Leite, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.

⁵⁹⁴ PULIDO, C. B. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003, p. 724-725.

Pulido distingue corretamente entre a finalidade imediata e a finalidade mediata do princípio constitucional. As finalidades mediatas perseguem a realização de um direito fundamental, de um bem coletivo ou de um bem jurídico garantidos por um princípio. Entre os princípios que podem constituir-se como finalidades mediatas de intervenções legislativas encontram-se os direitos fundamentais, os demais princípios constitucionais e os chamados princípios constitucionais de segundo grau, que se derivam de uma reserva de lei específica ou de uma reserva de lei geral.⁵⁹⁵

Já as finalidades imediatas do legislador é um estado de coisas que deve ser alcançado em razão de estar ordenado por um princípio constitucional (a finalidade mediata). Deste modo, deve o tribunal constitucional determinar a finalidade imediata do legislador com a máxima concreção possível e para tanto deve precisar o estado de coisas atual em que se encontra a realização do princípio constitucional e deve efetuar um prognóstico acerca do decurso entre o estado de coisas atual e o estado de coisas que a atuação legislativa deve alcançar.⁵⁹⁶ Uma vez alcançado o conhecimento da finalidade imediata da atuação legislativa no direito fundamental e o haja associado a um princípio constitucional de primeiro ou segundo grau, cumpre analisar sua legitimidade diante da constituição.⁵⁹⁷

O seguinte esquema utilizado por Alexy para o argumento genético expressa corretamente a adequação. Ele expressa a seguinte premissa: “Se é obrigatório perseguir a finalidade Z, então também é obrigatório qualquer meio necessário para a realização de Z”.

- . (1) OZ
- . (2) $\neg M \rightarrow \neg Z$
- . (3) OM

⁵⁹⁵ PULIDO, *El principio...*, p. 700-712.

⁵⁹⁶ PULIDO, *El principio...*, p. 712-717.

⁵⁹⁷ PULIDO, *El principio...*, p. 690-700. Pulido propõe que, diante do preceito da presunção de constitucionalidade das leis, somente serão considerados fins ilegítimos quando existe uma proibição constitucional definitiva, pois uma mera proibição *prima facie* exige uma ponderação que toma lugar somente na aplicação do preceito parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

O esquema formulado de acordo com a linguagem ordinária:

- a) É obrigatório alcançar a situação Z.
- b) Se não é o caso de M, então não se alcança Z (isto é, M é uma condição para Z).
- c) É obrigatório que isso seja o caso.

Exemplifico com o famoso caso do julgamento da cantora Glória Trevi, em que o STF decidiu que havia uma colisão entre um direito fundamental à privacidade e um direito fundamental à honra dos policiais suspeitos de estupro em conjunto com a defesa da honra da instituição Polícia Federal.⁵⁹⁸

Diante da pretensão de coleta de material genético do cordão umbilical para fins de determinação da paternidade do filho de Glória Trevi, a formalização da análise da adequação da medida pode ser assim considerada:

- a) É obrigatório alcançar o conhecimento da paternidade (finalidade imediata).

⁵⁹⁸ No caso da cantora mexicana Glória Trevi: "O Tribunal, por maioria, conheceu como reclamação o pedido formulado contra a decisão do juízo federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que autorizara a coleta da placenta de extraditanda grávida, após o parto, para a realização de exame de DNA com a finalidade de instruir inquérito policial instaurado para a investigação dos fatos correlacionados com a origem da gravidez da mesma, que teve início quando a extraditanda já se encontrava recolhida à carceragem da Polícia Federal, em que estariam envolvidos servidores responsáveis por sua custódia. Considerou-se que, estando a extraditanda em hospital público sob a autorização do STF, e havendo a mesma manifestado-se expressamente contra a coleta de qualquer material recolhido de seu parto, vinculando-se a fatos constantes dos autos da Extraditanda (queixa da extraditanda de que teria sofrido "gravidez não consentida" e "estupro carcerário"), a autorização só poderia ser dada pelo próprio STF. Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Marco Aurélio, que não conheciam do pedido como reclamação por entenderem não caracterizada, na espécie, a usurpação da competência do STF, uma vez que o fato de a extraditanda estar presa à disposição do STF não impede o curso paralelo de outros procedimentos penais no Brasil. No mérito, o Tribunal julgou procedente a reclamação e, avocando a apreciação da matéria de fundo, deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da extraditanda, cabendo ao juízo federal da 10ª Vara do Distrito Federal adotar as providências necessárias para tanto. Consta do acórdão: "Fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição - atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação, o Tribunal afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA acontecerá sem invasão da integridade física da extraditanda ou de seu filho." Vencido nesse ponto o Min. Marco Aurélio, que indeferia a realização do exame de DNA. O Tribunal, no entanto, indeferiu o acesso ao prontuário médico da extraditanda, porquanto, com o deferimento da realização do exame de DNA, restou sem justificativa tal pretensão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 2.040-DF. Relator: Min. Néri da Silveira. 21 fev. 2002).

b) Se não for feita a coleta de material genético e o exame da paternidade, então não se alcança o conhecimento da paternidade.

c) É obrigatório que se faça a coleta de material genético e o exame da paternidade.

3.1.3.2 *Necessidade*

A necessidade é formulada, em geral, de forma negativa. Desse modo, uma medida não é necessária se existir uma outra medida que realize o direito fundamental protegido de modo tão ou mais intenso que a medida original e que afete princípios constitucionais colidentes de modo menos intenso.

Portanto, o primeiro passo consiste na busca de medidas alternativas àquela tomada originalmente. Esta é a primeira etapa do exame da necessidade e pressupõe conhecimento empírico razoável da situação protegida pelo direito fundamental. Se nenhuma medida alternativa for apresentada, então não há como se proceder ao exame da necessidade. Por exemplo, se uma lei ou ato administrativo garantir a prestação de um medicamento para indivíduos que se encontram acometidos de determinada patologia e aquele medicamento ou tratamento é o único adequado, então tal prestação é, desde o início, necessária.

O segundo passo consiste na comparação entre o grau de realização do princípio constitucional protegido (direito fundamental ou bem coletivo) pela medida original e a intensidade de realização do mesmo princípio pelas medidas alternativas. Assim, se o grau de realização de pelo menos uma das medidas alternativas não for pelo menos igual ao grau de realização da medida original, então desde já é possível afirmar o juízo da necessidade desta medida.

A questão que surge aqui é como mensurar a intensidade de realização do princípio enquanto finalidade imediata. Laura Clérico propõe os seguintes critérios: a) critérios quantitativos – a medida alternativa deve favorecer a finalidade pelo menos na mesma quantidade que a medida original; b) qualitativos – de modo igual

ou melhor; c) de probabilidade – mesma ou maior probabilidade. Pulido propõe que os meios alternativos possam ser avaliados desde a perspectiva da eficácia, temporalidade, da realização da finalidade e da probabilidade.⁵⁹⁹

A existência de medidas alternativas que preencham os critérios estabelecidos no segundo passo conduz à terceira fase, em que se compara a intensidade de afetação dos princípios colidentes pela medida original e medidas alternativas. No caso, por exemplo, de prestações de medicamentos que satisfaçam em medida igual ou aproximada a saúde dos beneficiários, uma medida alternativa, para que possa levar ao juízo de não-necessidade da medida original, precisa afetar de modo menos intenso o princípio formal⁶⁰⁰ da competência para a determinação de políticas públicas do executivo.

Dito de outro modo, existindo ao lado do meio M_1 o meio M_2 e ambos são adequados, ou seja, ambos os meios são aptos em igual medida para alcançar a realização do princípio P_1 , porém M_2 prejudica em menor medida a realização do princípio jusfundamental P_2 , então o preceito da necessidade proíbe a utilização de M_1 .⁶⁰¹

Um ponto importante nessa terceira fase diz respeito a que tipos de argumentos são utilizados para a comparação entre os meios. Embora em geral se fale tão-somente de argumentos empíricos, Pulido propõe igualmente pontos de vista analíticos e normativos e apresenta a seguinte regra:

Um medio alternativo se revela como um medio más benigno, desde el punto de vista analítico y normativo, si la norma o posición em que habría afectado, de haber sido adoptado por el Legislador, tiene um significado o uma fundamentalidad menor dentro del ámbito normativo de derecho fundamental, que a norma o posición afectada por la medida legislativa cuya constitucionalidad se controla.⁶⁰²

⁵⁹⁹ PULIDO, *El principio...*, p. 738-739.

⁶⁰⁰ Sobre o conceito de princípios formais, ver: (HECK, L. A. Prefácio. In: LEIVAS, P. G. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006).

⁶⁰¹ Apresentei este esquema em (LEIVAS, *Teoria dos direitos...*, p. 78). Usei, então, como referência: BOROWSKY, M. *Grundrechte...*, S. 153-155.

⁶⁰² PULIDO, *El principio...*, p. 746-747.

Tem caráter analítico, para Pulido, quando o maior ou menor grau de fundamentalidade das posições implicadas na comparação está assentado na dogmática e, portanto, pode considerar-se que pertence à própria definição material do direito fundamental. Pulido fornece o seguinte exemplo: na proibição penal do aborto, a liberdade da mulher grávida se restringiria com maior severidade por uma norma penal que proibisse o aborto durante todo o tempo da gravidez que uma norma alternativa que o proibisse apenas a partir do quarto mês. Diz Pulido que o maior grau de restrição da liberdade da mulher prevista na medida legislativa não se segue de nenhuma observação empírica, senão da consideração analítica de que o âmbito normativo da liberdade da mulher será maior se a posição jusfundamental “liberdade de abortar” estivesse proibida somente a partir do quarto mês.

De outro lado, as premissas deste exame têm uma índole normativa quando o maior significado ou a maior fundamentalidade das posições afetadas pelas medidas se desprende de valorações atinentes a maior ou menor importância que deve outorgar-se aos bens relevantes no caso concreto. Por exemplo, uma norma penal que penaliza o crime de aborto com uma pena de quatro anos de prisão pode ser considerada que afeta mais intensamente a liberdade da mulher que outra norma que penalize esta mesma conduta com uma multa pecuniária de sessenta mil euros. Nesse caso, o juízo de maior afetação da pena de prisão parte pressupõe uma valoração de caráter normativo - fundamentada em argumentos práticos gerais - de que a liberdade tem maior importância que a propriedade.

Outro aspecto a ser considerado diz respeito ao grau de certeza empírica exigível do legislador na escolha de uma medida. Isso conduz ao tema do espaço (Spielraum) epistêmico-empírico do legislador.⁶⁰³

⁶⁰³ Sobre o tema, escrevi “Quanto ao espaço de ação epistêmico, ele surge caso é incerto o conhecimento do que a constituição exige, proíbe ou deixa livre. A incerteza tem sua origem em premissas empíricas ou normativas: Quanto à incerteza empírica, seu lugar capital é o exame da adequação e necessidade. Junto à incerteza para a escolha das premissas válidas de um direito fundamental, está o legislador legitimado a intervir. Este é um problema que tem sido tratado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão como de limite do controle judicial-constitucional de prognose do legislador. Neste sentido se expressa HESSE: “Muitas vezes, não se deixa, na data da promulgação de uma lei limitadora de direitos fundamentais, prever com certeza se as medidas ordenadas nessa lei são adequadas e necessárias para alcançar a finalidade aspirada [...]. No controle de uma tal prognose, o Tribunal Constitucional Federal concede ao legislador uma prerrogativa de valoração”. Delineia-se, contudo, um limite para espaço de ação epistêmico: “Quanto mais forte pesa uma intervenção em um direito fundamental, maior precisa ser a certeza quanto às premissas que justificam uma intervenção”. (LEIVAS, *Teoria dos direitos...*, p. 58). Tais considerações tomaram como referência: (ALEXY, R. *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg, vom 3. bis 6. Oktober 2001*. Berlin: de Gruyter, 2002). Para Pulido, o julgador deve colocar-se na perspectiva *ex ante* do legislador, o que quer dizer que uma medida somente pode ser considerada não-necessária se, dado os conhecimentos existentes na época em que foi adotada, o legislador poderia observar (avizorar) a existência de um meio igualmente idôneo e mais benigno com o direito fundamental afetado (PULIDO, *El principio...*, p. 752). Laura Clerico, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, formulou então duas regras acerca da intensidade do exame da necessidade: a) a regra da univocidade, própria do controle de evidência, segundo a qual unicamente se possa estabelecer de modo unívoco que se dispõe de outro meio menos restritivo possa considerar-se que a regulação legislativa é desproporcional e, portanto, inconstitucional; b) a regra da justificabilidade, de acordo com a qual o meio é necessário quando a concepção do legislador que subjaz a sua adoção é justificável. Este situação referida na última regra apresenta-se quando o legislador, em sua consideração do material disponível sobre o estado de coisas regulamentado, cumpriu com as seguintes exigências em relação com o procedimento: (i) esgotou as fontes de conhecimento a que tinha acesso para (ii) pode apreciar sua regulação da maneira mais fiável possível a fim de evitar uma infração do direito constitucional. O Tribunal constitucional espanhol, conforme demonstra Pulido, tem aplicado um controle de evidência no juízo de necessidade, que reconhece o espaço de ação estrutural, empírico e normativo do que o princípio democrático atribui ao legislador para fim de que a seja “patente”, “evidente” e “manifesta” que o meio alternativo seja igualmente idôneo e mais benigno, o que deve resultar da apreciação de “datos empíricos no controvertidos”. (PULIDO, *El principio...*, p. 756). Ver também: (HECK, Prefácio...).

3.1.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação

3.1.3.3.1 A relação de primazia condicionada

Diferentemente do conflito entre regras, cuja solução é a declaração de invalidade de uma das regras ou a introdução de uma cláusula de exceção, a solução da colisão entre princípios dá-se por meio de uma relação de primazia ou de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em, em relação ao caso, indicar as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Assim, sob determinadas circunstâncias, o princípio P_1 tem precedência sobre o princípio P_2 . Sob outras condições, o princípio P_2 possui precedência sobre o princípio P_1 . Esta relação pode ser formalizada como $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$ ou $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$.⁶⁰⁴

Surge a questão, então, sobre como determinar $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$ ou $(P_2 \mathbf{P} P_1) C$. A resposta do TCF foi a utilizar a metáfora dos pesos e, desse modo, pesos são conferidos a P_1 e a P_2 segundo as condições C . Então, P_1 tem, no caso concreto, um peso maior que P_2 quando existem razões suficientes para que P_1 preceda a P_2 sob as condições C dadas no caso concreto.⁶⁰⁵

Supondo, então, que há razões suficientes para que P_1 tenha, no caso, sob as condições C , um peso maior que P_2 , então se alcança a seguinte proposição de preferência: $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$.⁶⁰⁶

C , que é a condição de uma relação de primazia, também é um pressuposto do tipo de uma norma. Já a consequência jurídica desta norma é a consequência jurídica do princípio que tem a primazia quando se dão as condições de preferência.⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 79-83. Sobre as formas de preferência, ver, *supra*, 2.1.5.4, especialmente a forma (4.6).

⁶⁰⁵ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 82.

⁶⁰⁶ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 83.

⁶⁰⁷ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 83.

Alexy formula então a seguinte lei sobre as conexões de relações de precedência condicionadas:

“(K) Se o princípio P_1 precede o princípio P_2 sob as circunstâncias C : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , e se resulta de P_1 , sob as circunstâncias C , a consequência jurídica R , então vale uma regra que contém C como tipo e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$ ”.⁶⁰⁸

Uma formulação menos técnica é a seguinte. Ela é denominada por Alexy como lei de colisão:

“(K’): As condições sob as quais um princípio precede ao outro formam o tipo de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem a primazia”.⁶⁰⁹

No caso Lebach, o TCF, segundo Alexy, aplicou essa lei em três graus. No primeiro grau constata-se a situação de tensão entre princípios que abstratamente têm a mesma hierarquia: a proteção da personalidade (P_1) e a liberdade de informação (P_2). No segundo grau, o TCF considerou a precedência geral da liberdade de informação da emissora (P_2) no caso de informação atual sobre fatos delitivos (C_1). Isso quer dizer: ($P_2 \mathbf{P} P_1$) C_1 . Trata-se, contudo, de uma relação de precedência geral ou básica, o que quer dizer que a proposição de preferência inclui uma cláusula *ceteris paribus* que permite estabelecer exceções. Então, no terceiro grau, será tomada a decisão de preferência por um princípio a partir da determinação das circunstâncias que correspondem às condições que formarão o tipo da proposição de preferência. Nesse terceiro grau o TCF decidiu que dadas as condições descritas a seguir, então ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C_2 . C_2 divide-se em quatro condições. Com isso determina-se uma proposição de precedência que corresponde a uma regra: $C_2 \rightarrow R$. O tipo desta regra é formado por quatro características: T_1 e T_2 e T_3 e $T_4 \rightarrow R$. A regra então é formulada: “Uma informação televisiva repetida (T_1), que não responde a um interesse atual de informação (T_2) sobre um fato delitivo grave

⁶⁰⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 83.

⁶⁰⁹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 84.

(T₃) e que põe em perigo a ressocialização do autor (T₄) está jusfundamentalmente proibida (R)".⁶¹⁰

$C_2 \rightarrow R$ é uma regra porque é determinada fática e juridicamente. A questão é saber-se se é uma regra válida. Como vimos acima, são normas jusfundamentais associadas aquelas as quais é possível dar uma fundamentação jusfundamental correta. Portanto, para a validez de $C_2 \rightarrow R$ é necessária sua fundamentação jusfundamental correta.

Para cada uma das características do tipo de $C_2 \rightarrow R$ pode ser exigida uma fundamentação. Por exemplo, para a fundamentação de T₄ (põe em perigo a ressocialização do autor) podem ser apresentados argumentos empíricos no campo da criminologia.

A justificação de ($P_1 \text{ P } P_2$) C_2 remete-nos, além disso, à estrutura da ponderação e à fórmula-peso.

3.1.3.3.2 A estrutura da ponderação e a fórmula-peso

O TCF formulou a seguinte lei da ponderação: "*Quanto maior é o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro.*".⁶¹¹

A lei da ponderação é decomposta em três passos em que são avaliados: a) o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio; b) a importância do cumprimento do outro; c) se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o grau do não-cumprimento ou prejuízo do outro.⁶¹²

⁶¹⁰ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 84-86.

⁶¹¹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 146.

⁶¹² ALEXY, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*. Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg, vom 3. bis 6. Oktober 2001. Berlin: de Gruyter, 2002, III, 3.6, c.

A racionalidade da ponderação pressupõe então que sejam possíveis proposições racionais sobre não-cumprimento ou prejuízo⁶¹³ e graus de importância. No caso, por exemplo, da decisão do TCF sobre a constitucionalidade do dever de colocação de referências de advertência em produtos de tabaco, enunciou o TCF que o peso dos fundamentos justificadores da intervenção é **alto** tendo em vista que está “assegurado segundo o estado de conhecimento médico atual’ que fumar causa câncer, assim como doenças cardíacas e vasculares. De outro lado, o peso da intervenção na liberdade de profissão dos produtores de tabaco é **leve**. Desse modo, o TCF concluiu é que a importância alta ou grave do fundamento de proteção da saúde da população para o dever de colocação de referências de advertência justifica esta medida diante do peso leve da intervenção na liberdade de profissão⁶¹⁴.

Com a notação IPC , Alexy expressa a intensidade de intervenção concreta no princípio P_i . “ I ” representa a intensidade da intervenção, “ P_i ” representa o princípio P_i e C expressa as circunstâncias relevantes do caso para a decisão. I_i é uma formulação concisa de IPC . Vale, portanto, $I_i = IPC$. Seria possível ainda diferenciar o peso abstrato de P_i , caso fosse aceito do ponto de vista constitucional, como “ GP_i ”. Contudo, como em geral se não se distingue o peso abstrato, pode ele ser excluído da ponderação. Já com a notação P_j é representado o peso concreto da importância do cumprimento do princípio contrário. I_j igualmente pode ser empregado como formulação concisa de IP_jC , ou seja, $I_j = IP_jC$.⁶¹⁵

Para a fixação dos graus de intensidade de intervenção e da importância do cumprimento, Alexy defende um modelo triádico, que se deixam caracterizar pelas expressões leve, médio e grave.⁶¹⁶ Afirma que tal modelo corresponde bem à prática da argumentação jurídica, embora sejam possíveis escalas duplas (leve e grave) ou

⁶¹³ O conceito duplo “não-cumprimento/prejuízo” expressa a dicotomia dos direitos de proteção (não-cumprimento) e defesa (prejuízo). Ao invés de se falar do grau do prejuízo, também se pode falar da intensidade de intervenção. Entretanto, Alexy também utiliza “intervenção por não-cumprimento”, o que permite aplicar intervenção também para o caso dos direitos de proteção (ALEXY, Apresentação, p. 138).

⁶¹⁴ ALEXY, R. A fórmula peso. In: ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução L. A. Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 136.

⁶¹⁵ ALEXY, A fórmula..., p. 138-140.

⁶¹⁶ Sobre a graduação da intensidade de intervenção e do grau de importância tratei em: (LEIVAS, 2006, p. 50-51). Usei como referência: (ALEXY, Verfassungsgsrecht...).

mesmo escalas triádicas duplas (graus leve-leve, leve-médio, leve-grave, médio-leve, etc).⁶¹⁷ Deste modo, é possível atribuir a I_i e a I_j os graus l, m e g, considerando as variáveis que compõem as formulação pormenorizadas IPC e IPC , ou, simplesmente, I_i e I_j .⁶¹⁸

Fixadas tais gradações⁶¹⁹ da intensidade de intervenção e graus de cumprimento, o próximo passo é colocá-las uma em relação com a outra. Existem 3 conjunturas possíveis: primazia de P_i diante de P_j , primazia de P_j diante de P_i ou empate. Existem duas possibilidades de pôr em relação I_i e I_j . A primeira escolhe quem trabalha com conseqüências aritméticas (por ex., 1, 2, 3) e a segunda quem trabalha com conseqüências geométricas (por ex., os valores 2^0 , 2^1 e 2^2 , portanto, 1, 2, 4). Alexy desenvolve uma fórmula para cada uma destas conseqüências.⁶²⁰

A primeira delas é a fórmula-diferença: $G_{i, j} = I_i - I_j$. $G_{i, j}$ representa o peso concreto de um princípio como a diferença entre a intensidade da intervenção nesse princípio (P_i) e a importância concreta do princípio em sentido concreto (P_j), em que esta consiste na intensidade da intervenção hipotética em P_j por omissão da intervenção, portanto, por não-intervenção, em P_i . O peso concreto de P_i é, portanto, o peso concreto de P_i relativamente a P_j . Essa relatividade é expressa por " $G_{i, j}$ ". Assim, por exemplo, no caso de P_i grave (=3) e P_j fraco (=1), o peso concreto de P_i ou $G_{i, j}$ é igual a 2, portanto há uma primazia de P_i sobre P_j .⁶²¹

Alexy, contudo, manifesta sua preferência por uma fórmula cociente, que trabalha com conseqüências geométricas, uma vez que os intervalos entre os graus variam de modo crescente e não igual e, com isso, pode ser apresentado que os

⁶¹⁷ ALEXY, A fórmula..., p. 138, 143-144.

⁶¹⁸ ALEXY, A fórmula..., p. 137-140.

⁶¹⁹ A avaliação da intervenção e importância de princípios trás conduz à objeção da incomensurabilidade feita por A. Aleinkoff, que afirma que "aquilo que colide é incomensurável". A isso responde Alexy que não se trata de comparabilidade imediata de objetos, mas da comparabilidade de seu significado para a constituição, ou seja, do que é correto para a constituição, o que pressupõe o ponto de vista da constituição. O segundo elemento criador da comensurabilidade são as escalas, que permite atribuir graus de importância e de prejuízo atribuídos aos princípios colidentes segundo as circunstâncias do caso concreto. (ALEXY, A fórmula..., p. 141-142)

⁶²⁰ ALEXY, A fórmula..., p. 144.

⁶²¹ ALEXY, A fórmula..., p. 144-145.

princípios obtêm, em intensidade de intervenção ascendente, sempre mais força. Diz essa fórmula cociente.⁶²²

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Essa fórmula forma o núcleo de uma fórmula mais ampla, que Alexy denomina de “fórmula peso”, cuja formulação completa contém, ao lado das intensidades de intervenção, os pesos abstratos dos princípios colidentes e os graus de segurança das suposições empíricas sobre a realização e a não-realização dos princípios colidentes pelas medidas que estão em questão, Portanto, no caso de uma colisão entre princípios, o peso concreto ou relativo de ambos os princípios depende de três pares de fatores, portanto, de seis fatores, que devem somente ser citados quando os pares de fatores forem desiguais. Assim, por exemplo, no caso de P_i grave (=4) e de P_j fraco (=1), obtêm-se $4/1 = 4$. Já na primazia de P_j , o peso concreto de P_i cai abaixo de 1, como é o caso de P_i fraco (=1) e de P_j grave (=4), obtêm-se $\frac{1}{4}$.⁶²³

A diferença entre a fórmula diferença e a fórmula cociente fica mais clara quando adotado o modelo triádico duplo e se está diante de uma justificação minimíssima e justificação uma extrema de uma intervenção em um direito fundamental, primeiro caso a combinação *gg*, *ff*, e, no segundo caso a combinação *ff*, *gg*.⁶²⁴

Um exemplo de justificação minimíssima dá-se no caso de uma intervenção grave no direito fundamental do art. 2, alínea 1, e artigo 2, alínea 2, proposição 2, da lei fundamental⁶²⁵, por uma pena privativa de liberdade de sete anos (*gg*), justificada por um fundamento, em comparação com isso, muito mínimo (*ff*), por exemplo, o deixar cair um resto de cigarro no passeio. Na aplicação da fórmula diferença, $gg = 9$

⁶²² ALEXY, A fórmula..., p. 146.

⁶²³ ALEXY, A fórmula..., p. 146.

⁶²⁴ ALEXY, A fórmula..., p. 147.

⁶²⁵ Diz o artigo 2, alínea 2, da lei fundamental: “Cada um tem o direito à vida e à integridade corporal. A liberdade da pessoa é inviolável. Nesses direitos poderá somente com base em uma lei ser intervindo” (tradução de Luís Afonso Heck, N. T. 40, In: ALEXY, A fórmula..., p. 148).

e $ff = 1$, o peso concreto do direito fundamental referido é igual a 8 ($9 - 1$). Já na fórmula cociente, sobre a base de valores 2^8 (gg) e 2^0 (ff), o peso concreto da intervenção sobe a 256. Já na justificação extrema de uma intervenção, o peso concreto da intervenção, segundo a fórmula diferença, é igual -8 ($-9 - -1$), já segundo a fórmula cociente, é $1/256$ ou 0,00390625.⁶²⁶

A fórmula peso completa assume, então, a seguinte forma:⁶²⁷

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Ou, em sua redação detalhada, em que pode ser bem vista a diferença entre peso abstrato (A), de peso relativo (C) e peso concreto (G):⁶²⁸

$$GP_{i,j} C = \frac{IP_i C \cdot GP_i A \cdot SP_i C}{IP_j C \cdot GP_j A \cdot SP_j C}$$

O par de variáveis I_i e I_j , como já vimos, representam o grau de intervenção, G_i e G_j o peso abstrato e S_i e S_j o grau de segurança da suposição empírica da medida.

Em relação a este último par de variáveis, Alexy propõe então o que chama de segunda lei da ponderação ou lei da ponderação epistêmica, que diz⁶²⁹: “Quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”.

Na sentença de co-determinação, o TCF distinguiu três graus de intensidade de controle: o de um “controle intensivado quanto ao conteúdo”, o de um “controle de sustentabilidade” e o de um “controle de evidência”. A isso correspondem três graus epistêmicos: certo ou seguro (s), sustentável ou plausível (p) e não-evidentemente falso (e), aos quais podem ser avaliados pelas escalas triádicas. Para expressar que tanto a força de defesa como a força do ataque cai com incerteza

⁶²⁶ ALEXY, A fórmula..., p. 147-148.

⁶²⁷ ALEXY, A fórmula..., p. 151.

⁶²⁸ ALEXY, A fórmula..., p. 151, nota 44.

⁶²⁹ ALEXY, A fórmula..., p. 150.

progressiva das premissas apoiadoras do lado respectivo, Alexy propõe que s deve ser avaliado com 2^0 , p com 2^{-1} e e com 2^{-2} .⁶³⁰

Alexy ilustra a fórmula peso com duas conjunturas diversas, em ambas o peso abstrato é igual e é aplicada a escala triádica simples. No primeiro caso, trata-se, em ambos os lados, de uma grave ($g = 4$) intervenção que se produziria na realização da medida em P_i e em sua omissão em P_j . Contudo, a intervenção grave seria segura ($s = 2^0$) e plausível ($p = 2^{-1}$) sua omissão.⁶³¹

$$G_{i,j} = \frac{4 \cdot 1}{4 \cdot 1/2} = 2$$

Nessa primeira conjuntura é possível, constatar, portanto, que P_i prevalece sobre P_j : 4/2.

Em outra conjuntura, referente ao caso Cannabis, quanto às premissas empíricas, deve a intervenção em P_i ser segura (s) e o prejuízo de P_j ser plausível (p). De outro lado, a intensidade da intervenção em P_i é mediana ($=2$), no caso o direito do lidador de produtos de Cannabis, em relação ao significado extremo do impedimento dos perigos decorrentes do consumo dos produtos de Cannabis ($=4$)⁶³²:

$$G_{i,j} = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot 1/2} = 1$$

O empate significa que a medida pela proibição com pena pelo comércio dos produtos cai no espaço do legislador (Spielraum), ou seja, prevalece a decisão do legislador. Em todos os casos de empate (p), o valor é igual a 1, a primazia de P_i é

⁶³⁰ ALEXY, A fórmula..., p. 150-151.

⁶³¹ ALEXY, A fórmula..., p. 151.

⁶³² ALEXY, A fórmula..., p. 151-152.

expressa por um peso concreto maior que 1 e a primazia de P_j por um peso concreto menor que 1.⁶³³

3.1.3.4 *Objecções contra a ponderação*

Discuto aqui duas as objeções de Habermas e de Mattias Kumm contra a ponderação.

O primeiro ponto da crítica de Habermas está na distinção lógica entre normas e valores. Normas distinguem-se dos valores através, em primeiro lugar, de suas respectivas referências ao agir deontológico ou teleológico; em segundo lugar, à pretensão de validade binária (são validas ou inválidas) ou gradual; em terceiro lugar, por sua obrigatoriedade absoluta ou relativa; em quarto lugar normas diferentes não podem contradizer uma a outra, enquanto os valores concorrem entre si para obter a primazia. Portanto, para Habermas, são qualidades lógicas distintas que fazem com que as normas não possam ser aplicadas da mesma maneira que os valores. Por conseguinte, direitos não podem ser assimilados a valores.⁶³⁴

Outro ponto importante da crítica de Habermas está relacionado ao problema da legitimidade da “jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente” ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores constitucionais. Com isso, o tribunal constitucional age autoritariamente, uma vez que não há medidas racionais para a justificação de preferências e com isso “realiza-se a ponderação ou arbitrariamente ou irrefletidamente segundo ordens hierárquicas (Rangordnungen) e estândares consuetudinários.”⁶³⁵

Habermas, contudo, não deixa de reconhecer a existência de conflitos entre princípios e a necessidade de determinação de normas abertas. Porém, diz que não há necessidade de uma decisão para se saber em que medida valores concorrentes são realizados, pois a tarefa consiste em encontrar entre as normas aplicáveis *prima*

⁶³³ ALEXY, A fórmula..., p. 160.

⁶³⁴ HABERMAS, *Fäktizität...*, p. 311.

facie aquela que se adapta melhor à situação descrita. Afirma que é certo que normas formam uma estrutura relacional flexível, que se alteram segundo as circunstâncias de cada caso, “porém esse deslocamento está sob a reserva da coerência, que assegura que todas as normas se ajuntem em um sistema afinado, o qual sua idéia admite para cada caso precisamente uma solução correta”.⁶³⁶

Já na obra “A inclusão do outro”, Habermas, além de reforçar a sua posição em relação à não-assimilabilidade dos valores aos princípios em razão da distinção lógica, expressa seu temor de na ponderação os direitos individuais poderiam ser sacrificados em favor de fins coletivos. Além disso, diante de uma ponderação de bens realizada em uma sentença, ela mesma “é uma sentença de valor e reflete de maneira mais ou menos adequada uma forma de vida que se articula no âmbito de uma ordem concreta de valores; por outro lado, no entanto, ela deixa de estar referida à alternativa entre verdade e falsidade da decisão tomada.”⁶³⁷

Essa objeção de Habermas, se procedente, realmente provocaria um abalo na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, que está unida necessariamente com uma pretensão de correção e de racionalidade: “Se a ponderação fosse incompatível com correção, objetividade e fundamentação, ela não teria lugar no direito constitucional”.⁶³⁸

A estratégia de resposta de Alexy centra-se na demonstração da possibilidade de serem construídas proposições racionais sobre intensidades de intervenção, sobre graus de importância e sobre a relação de uma com a outra. Relata então a resolução-Titanic, em que uma revista ilustrada de sátiras designou um oficial da reserva hemiplégico como “nascido assassino” e, em uma edição posterior, como “aleijado”. O tribunal de instância de Düsserforf condenou a Titanic ao pagamento ao oficial da reserva de uma indenização em dinheiro por dano imaterial sofrido no montante de 12.000 marcos alemães. O TCF efetuou uma

⁶³⁵ ALEXY, A fórmula..., p. 315-316.

⁶³⁶ HABERMAS, *Fäktizität...*, p. 316-317.

⁶³⁷ HABERMAS, Apêndice à facticidade e validação: réplica às comunicações em um simpósio da Cardozo Law School. Tradução de Paulo Astor Soethe. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 354-358.

⁶³⁸ ALEXY, Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução L. A. Heck.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 157.

ponderação entre a liberdade de manifestação de opinião dos participantes do lado da revista (art. 5, alínea 1, proposição 1, da LF) e o direito de personalidade geral do oficial da reserva (art. 2, alínea 1 c/c art. 1, alínea 1, da LF). Alexy quer demonstrar que é possível reconstruir esse caso com o auxílio da escala triádica e com a aplicação da fórmula-peso.⁶³⁹

O tribunal considerou a intensidade de intervenção (I_i) na liberdade de manifestação de opinião (P_i) como grave (g). À proteção da personalidade (P_j) do oficial da reserva, no que concerne a sua designação como “nascido assassino”, por causa de seu contexto extremamente satírico, somente um peso (I_j) mediano (m), talvez até somente leve (l). Aplicada a fórmula-peso segundo a série geométrica, o peso concreto de P_i ($W_{i,j}$) é $4/2$, portanto 2. Desse modo, P_i tem primazia sobre P_j . Já na designação como “aleijado”, o tribunal considerou um prejuízo grave. Neste caso, o cociente 1 ($4/4$), o que configura um empate. Com o empate, há um espaço (Spielraum) estrutural da jurisdição ordinária, que fez com que o recurso constitucional não tenha sido provido.⁶⁴⁰

Com esse exemplo, Alexy pode defender a racionalidade da estrutura da ponderação que igualmente, ao lado da subsunção, é uma estrutura inferencial. No caso da subsunção, sob uma regra, há um sistema inferencial que se deixa expressar por um esquema dedutivo chamado justificação interna que se apóia na lógica proposicional, na lógica dos predicados e na lógica deôntica. Esse esquema dedutivo pode ser designado como fórmula da subsunção. Igualmente são possíveis julgamentos ou proposições racionais sobre intensidades de intervenção, graus de importância e da ponderação propriamente dita. Na base da ponderação está uma forma de argumento que corresponde a um sistema inferencial equivalente à fórmula da subsunção, que Alexy denomina como fórmula-peso.⁶⁴¹

Na fórmula-peso, cada número colocado, correspondente à intensidade de intervenção e prejuízo, representa uma proposição. Por exemplo, a proposição de que o tratamento público de uma pessoa que sofreu grande mutilação como um

⁶³⁹ ALEXY, Ponderação..., p. 158-159.

⁶⁴⁰ ALEXY, Ponderação..., p. 160.

⁶⁴¹ ALEXY, Ponderação..., p. 158-159.

“aleijado” viola gravemente seu direito de personalidade. Com essa proposição, o TCF promove uma pretensão de correção. Com isso, tal proposição pode ser justificada em um discurso como conclusão de outro esquema inferencial. Por exemplo, o TCF argumenta que o tratamento de um hemiplégico, hoje em dia, é “entendido como humilhação” e “expressa um desprezo”.

Dessarte, fica evidenciada possibilidade de serem promovidas proposições racionais sobre intensidades de intervenção e de prejuízo do princípio contrário que serão usadas como variáveis na fórmula-peso. Cada proposição, entretanto, promove uma pretensão de correção. Unida com a pretensão de correção está o dever de fundamentação e, com isso, a necessidade do discurso: “Ponderação sem discurso não é possível”. Além disso, a ponderação está necessariamente unida com os direitos fundamentais: “Disso resulta, que os direitos fundamentais, necessariamente, estão enlaçados com o discurso”.⁶⁴²

A objeção de Habermas quanto ao risco da equiparação entre direitos individuais e fins coletivos na aplicação da proporcionalidade será respondida por Alexy em sua resposta a Mattias Kumm.⁶⁴³

Para Mattias Kumm, o teste da proporcionalidade em sentido estrito é parcialmente incompatível com a idéia da prioridade dos direitos, que constitui o núcleo do liberalismo político. Para Kumm: “direitos e políticas compete no mesmo plano dentro da análise da proporcionalidade”.

Com base na tese da prioridade dos direitos, Kumm identifica três idéias. A primeira concerne ao antiperfeccionismo e aos direitos como trunfos. Afirma que a proporcionalidade não é capaz de impor barreiras contra idéias perfeccionistas que podem ser usadas para justificar violações à liberdade individual. Um exemplo é a imposição de orações cristãs a estudantes de escolas públicas com base no argumento de que o modo de vida cristão é o modo de vida correto. Para Kumm,

⁶⁴² ALEXY, Ponderação..., p. 160-161.

⁶⁴³ KUMM, M. Political liberalism and the structure of rights: on the place and limits of the proportionality requirement. In: *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. G. Pavlakos (Ed.). Oxford e Portland, Oregon: Hart, 2007, p. 141-142.

este argumento não é legítimo e não pode ser utilizado para justificar violações à liberdade individual. Liberalismo político é entendido como incorporando um compromisso antiperfeccionista. Introduce então a idéia de razões excluídas (excluded reasons), que afirma que pode ajudar a operacionalizar tal compromisso dentro do contexto do teste de proporcionalidade. Desse modo, por exemplo, seriam excluídas razões para a proibição de homossexuais nas forças armadas com base na existência de sentimentos, tradição ou convenções homofóbicas.⁶⁴⁴

A segunda idéia é a do antioletivismo, que significa a prioridade dos direitos individuais sobre os bens coletivos. Para Kumm, uma correta e substantiva teoria da justiça deve determinar os pesos e estabelecer prioridades às liberdades diante dos interesses coletivos. Além disso, para a violação dos direitos individuais é necessário uma exigência maior que a proporcionalidade. Desse modo ele defende a aplicação de uma concepção do “compelling test” que qualifica os direitos como escudos (rights as shields), segundo a qual os direitos individuais somente poderiam ser afastados (overriden) e inaplicáveis em casos em que é imediatamente aparente que interesses contrapostos têm significativamente maior importância que o interesse protegido.⁶⁴⁵

A terceira idéia unida com o liberalismo político é a posição anticonseqüencialista e deontológica. Para Kumm, a proporcionalidade é consequencialista e as restrições deontológicas não podem, de forma apropriada, ser reconhecidas dentro da estrutura da proporcionalidade. Como exemplo de cláusula deontológica, cita a decisão do TCF que julgou inconstitucional dispositivo da Lei de Segurança Aérea que permitia que fossem derrubados aviões suspeitos de serem conduzidos por terroristas. Para o TCF, segundo Kumm, derrubar o avião significa tratar passageiros e membros da tripulação como meros objetos para a proteção dos direitos de outros que poderiam ser atingidos pelo ato terrorista. Para Kumm, essa posição do TCF é anticonseqüencialista e deontológica.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ KUMM, M. Political liberalism..., p. 142-148.

⁶⁴⁵ KUMM, M. Political liberalism..., p. 148-153.

⁶⁴⁶ KUMM, M. Political liberalism..., p. 153-164.

Diz Alexy que o terceiro chifre da proporcionalidade, a legitimidade dos fins, é idêntica com a idéia de razões excluídas. A promoção de um modo de vida cristão é um fim ilegítimo, assim princípios inválidos não podem justificar a limitação de qualquer direito. Na fórmula-peso, se tais razões fossem empregadas, elas possuiriam o valor zero e seriam excluídas de representar um divisor. Entretanto, Alexy reconhece que a proporcionalidade não está em condições de justificar por que razões têm de ser excluídas. Esta é uma questão de teorias substantivas morais e políticas. A participação na proporcionalidade depende de uma pressuposição e essa pressuposição não pode ser justificada pelo teste da proporcionalidade.⁶⁴⁷

Com relação à idéia antioletivista, Alexy diz ela não está em contraposição com a proporcionalidade. A proporcionalidade busca resolver esse problema por meio da segunda lei da ponderação.⁶⁴⁸

Em relação à idéia anticonseqüencialista, particularmente a defesa de direitos absolutos, como é o caso da tese kantiana de que o homem, como um fim em si mesmo, tem um valor absoluto, ou seja, a dignidade humana, diz Alexy que é compatível com a fórmula-peso na medida em que poderia ser atribuído um valor infinito, embora na prática possa-se se dizer que esse valor não participará da ponderação. Mas a idéia de valores absolutos e razões excluídas são casos extremos. Para os casos normais, vale a escala triádica. Entretanto, tais casos extremos demonstram que a “análise da proporcionalidade é, como mostra a fórmula-peso, uma estrutura formal que depende essencialmente de premissas providas de fora”.⁶⁴⁹

3.1.4 Aportes conclusivos

Há dois modelos racionais de aplicação de normas jurídicas: o modelo subsuntivo e o modelo ponderativo (o modelo decisionista é irracional e, portanto,

⁶⁴⁷ ALEXY, Thirteen Replies. In: Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy. G. Pavlakos (Ed.). Oxford e Portland, Oregon: Hart, 2007, p. 340-344.

⁶⁴⁸ ALEXY, Thirteen Replies, p. 340-344.

não-válido⁶⁵⁰). A aplicação de normas jurídicas por meio da subsunção pressupõe a existência de uma norma jurídica já determinada jurídica e faticamente, portanto, uma regra. A aplicação dos princípios, contudo, deve passar pela determinação de suas possibilidades fáticas e jurídicas, o que se dá nos testes de proporcionalidade em sentido amplo. A função da proporcionalidade é a determinação de uma norma que possa ser aplicável segundo o modelo subsuntivo, portanto, uma regra. Disso a máxima de que como resultado de toda ponderação jusfundamental há uma regra sob a qual uma ação pode ser subsumida. Essa regra é uma norma jusfundamental associada.

A fundamentação das premissas utilizadas na justificação interna dá-se, como vimos, na justificação externa, segundo as formas e regras da argumentação empírica, da interpretação, da argumentação dogmática, da argumentação com base em precedentes e também da argumentação prática geral. Isso inclui a justificação das proposições que atribuem pesos a cada um dos princípios colidentes e da proposição que enuncia uma relação de precedência condicionada segundo o esquema $(P_1 \text{ P } P_2) C_2$.

Desse modo, a racionalidade de cada decisão jurídica, inclusive quando fundamentada em uma ponderação de princípios, é dependente da aplicação das regras e formas do discurso jurídico.

Portanto, há uma relação necessária entre a teoria dos princípios, os modelos de aplicação subsuntivo e ponderativo e a teoria do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral.

Às regras e formas do discurso jusfundamental, são incorporados os preceitos parciais da proporcionalidade em sentido amplo, a fórmula-peso e as leis da colisão, da ponderação e da ponderação epistêmica:

⁶⁴⁹ ALEXY, Thirteen Replies, p. 340-344.

⁶⁵⁰ Ver, supra, nota 571.

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Lei da colisão: “As condições sob as quais um princípio precede ao outro formam o tipo de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem a primazia”

Lei da ponderação geral: “Quanto maior é o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro”.

Lei da ponderação epistêmica: “Quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”.

Isso significa que, se existe uma colisão entre princípios, a premissa a ser justificada internamente – uma regra jusfundamental associada - deve ser justificada externamente inclusive por meio das regras e formas acima referidas.

O passo a seguir será a análise da adequação da aplicação do modelo da proporcionalidade ao direito de igualdade geral.

3.2 O Direito de Igualdade Geral

Não constitui objeto desta investigação a elaboração de uma teoria dogmática geral do direito à igualdade⁶⁵¹. Restrinjo-me, aqui, às chamadas fórmulas da igualdade utilizadas e desenvolvidas no direito alemão e no direito brasileiro, bem

⁶⁵¹ Há alguns pares de conceitos que compõem a dogmática geral da igualdade, tais como igualdade formal e igualdade material, igualdade geral e igualdades especiais e igualdade jurídica e igualdade fática. Eu faço em esboço de alguns destes conceitos em: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Os direitos dos homossexuais a tratamento isonômico perante a Previdência Social. In: GOLIN, Célio; WEILER, Luis Gustavo. (Org.). *Homossexualidades, cultura e política*. Porto Alegre: Sulina, 2002, p. 49-70.

como suas conexões com o preceito da proporcionalidade e com a teoria da argumentação jurídica.

3.2.1 O direito de igualdade geral na dogmática e jurisprudência alemã

3.2.1.1 As fórmulas da igualdade do Tribunal Constitucional alemão

Na Alemanha, a estrutura dos direitos de igualdade, em especial do preceito geral de igualdade (art. 3º, alínea 1ª, da Lei Fundamental⁶⁵²), é pouco clara e pouco discutida. Nos primeiros anos da jurisprudência do TCF somente se encontram muitas poucas considerações sobre o direito de igualdade, ao contrário dos direitos de liberdade, cuja estrutura se discutiu e esclareceu relativamente rápido.⁶⁵³

O Tribunal Constitucional Federal alemão, inicialmente, a partir do conceito de *arbitrariedade*⁶⁵⁴, buscou solucionar o problema da valoração do princípio da igualdade material. Para identificar situações em que há arbitrariedade, formulou a Corte Constitucional o seguinte fio condutor:

O legislador está vinculado à proposição de igualdade geral no sentido de que ele não pode tratar de modo arbitrariamente desigual o que é essencialmente igual e arbitrariamente igual o que é essencialmente desigual. De uma arbitrariedade do legislador não se pode falar, então, se

⁶⁵² Dispõe o art. 3º da Lei Fundamental: “1. Todos serão iguais perante a lei. 2. Homens e mulheres terão os mesmos direitos. O Estado deverá promover uma efetiva igualdade entre mulheres e homens, agindo no sentido de eliminar as desvantagens existentes. 3. Ninguém poderá ser prejudicado ou privilegiado em razão de sexo, ascendência, raça, língua, pátria e procedência, crença, convicções religiosas ou políticas. Ninguém poderá ser prejudicado em razão de deficiência” (ALEMANHA. *Lei Fundamental*. Disponível em: <<http://www.brasilia.diplo.de>> Acesso em: 19 dez. 2005).

⁶⁵³ BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 186-187. Borowski destaca o fato de que o preceito da geral de igualdade foi objeto do congresso da Associação Alemã de Teoria do Estado, em 1988.

⁶⁵⁴ Segundo Alexy, sobre a arbitrariedade podia-se encontrar no TCF duas linhas de interpretação: a primeira sustenta que na aplicação do preceito geral de igualdade tem que haver sempre um par de comparação. A segunda, a que tendia o segundo senado do TCF, reduz o preceito geral de igualdade a uma proibição geral de arbitrariedade (*allgemeines Willkürsverbot*) em cuja aplicação os pares de comparação (*Vergleichs paar*) não jogam mais nenhum papel necessário. Alexy manifesta-se contrariamente a esta segunda interpretação com base no argumento de que o exame de igualdade já não seria realmente um exame de igualdade, mas de arbitrariedade (*Theorie der Grundrechte*, S. 364; *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 388-389).

ele, no quadro de sua livre discricionariedade, dentre outras soluções justas no caso concreto, não elegeu a mais conforme com a finalidade, a mais racional ou a mais justa, mas apenas, então, quando não se pode encontrar uma fundamentação apropriada para uma determinação legal. (BVerfGE 3, 182). Com isso, arbitrariedade em sentido objetivo é suficiente, isto é, a não-adequabilidade atual e unívoca da regulamentação em relação com a matéria legislativa regulamentada (BVerfGE 2, 281).⁶⁵⁵

A jurisprudência sobre a proibição da arbitrariedade foi cunhada a partir da doutrina de Gerhard Leibholz, que integrou o TCF e escreveu a obra de referência sobre o tema. Segundo Leibholz, há um tratamento desigual arbitrário quando “não se pode encontrar um fundamento razoável (vernünftiger Grund), resultante da natureza das coisas ou, de algum outro modo, um fundamento objetivo evidente (ein sachliche einleuchtender Grund) para a diferenciação legal ou tratamento igual”.⁶⁵⁶

Uma nova fórmula foi desenvolvida pelo primeiro senado do TCF em sentença de 7 de outubro de 1980 (BVerfGE 55, 82 ss), chamada de “nova fórmula”⁶⁵⁷. Segundo essa nova fórmula, o TCF passa a utilizar dois critérios para verificar uma violação ao enunciado de igualdade geral.

O primeiro critério é o da proibição da arbitrariedade, por meio do qual há uma violação da igualdade geral ocorre somente é evidente sua não-objetividade (Unsachlichkeit)⁶⁵⁸. Se há, contudo, tratamento desigual dos destinatários, então, em

⁶⁵⁵ BVerfGE 4,144 (§ 37). Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv004144.html>>, acesso 16 dez. 2008. No original: Der Gesetzgeber ist an den allgemeinen Gleichheitssatz in dem Sinne gebunden, daß er weder wesentlich Gleiches willkürlich ungleich noch wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandeln darf (BVerfGE 1, 52; 1, 247). Von einer Willkür des Gesetzgebers darf man aber nicht schon dann sprechen, wenn er im Rahmen seines freien Ermessens unter mehreren gerechten Lösungen im konkreten Falle nicht die "zweckmäßigste", "vernünftigste" oder "gerechteste" gewählt hat, vielmehr nur dann, wenn sich ein sachgerechter Grund für eine gesetzliche Bestimmung nicht finden läßt (BVerfGE 3, 182). Dabei genügt Willkür im objektiven Sinn, d. h. die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit der Regelung in Bezug auf den zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstand (BVerfGE 2, 281).“

⁶⁵⁶ LEIBHOLZ, Gerhard. *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*. München und Berlin: C.H. Beck, 1959, S. 245). Sobre o conceito de “Natur der Sache” (natureza da coisa), Leibholz refere obra de Radbruch e também faz referência à jurisprudência norte-americana sobre “reasonableness”, bem como ao seguinte enunciado do tribunal federal suíço: “ne trouve pas sa justification dans la nature même et les exigences des rapports que la loi est appellée à régler”.

⁶⁵⁷ (BOROWSKI, *La estructura...*, p. 199)

⁶⁵⁸ BVerfGE 55,72 (§ 64). Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv055072.html#Rn061>>, acesso em 16 dez. 2008. Para Borowski, nessa fase da história jurisprudencial do TCF há dois níveis e dois critérios de aplicação do direito de igualdade geral: o critério de arbitrariedade, no caso de tratamento desigual de estados de coisas, e a nova fórmula, para tratamento desigual de pessoas. (BOROWSKI, *La estructura...*, p. 199).

um segundo nível, aplica-se a nova fórmula, segunda a qual o art. 3.1 da Lei fundamental é violado:

quando um grupo de destinatários da norma é tratado de forma diferente em comparação com outros destinatários da norma, embora entre ambos os grupos não existam diferenças de tal tipo e tal peso que possa justificar o tratamento desigual.⁶⁵⁹

Na sentença BVerfGE 88, 87, denominada “Transsexuelle II”, de 26 de janeiro de 1993,⁶⁶⁰ o TCF apresentou uma variante da “nova fórmula”, segundo a qual:

“da proposição da igualdade geral resultam, segundo o objeto da regulamentação e características da diferenciação, diferentes limites para o legislador, que vai da mera proibição de arbitrariedade até uma vinculação severa junto à exigência de **proporcionalidade**” (§34) (grifo nosso)⁶⁶¹:

Nos termos desta sentença, a proposição de igualdade geral está, em primeira linha, dirigido a evitar um tratamento desigual injusto de pessoas ou grupo de pessoas ou quando um tratamento desigual de estado de coisas produza um tratamento desigual de grupos de pessoas. Nessa situação, o legislador está sujeito a uma severa vinculação. Essa vinculação é tão mais estreita quanto mais se aproxima das características pessoais do art. 3.3 da LF e é maior o perigo que a discriminação leve a uma discriminação de uma minoria. Igualmente estreita é a vinculação quando no caso de diferenciações relativas à conduta, os afetados não estejam em condições de influenciar para mudar as características sobre as quais se fundamenta a diferenciação. E, além disso, o espaço de configuração do legislador é

⁶⁵⁹ BOROWSKI, *Grundrechte...*, S. 371. Na edição colombiana, ver p. 199. Consta da sentença do TCF: “Diese Verfassungsnorm gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Demgemäß ist dieses Grundrecht vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“ BVerfGE 55,73 (§ 62). Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv055072.html#Rn061>>. Acesso em 16 dez. 2008.

⁶⁶⁰ Disponível em <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088087.html#Opinion>>, acesso em dez. 2008. Os números de parágrafos a seguir referidos correspondem à numeração feita no texto que consta na Internet.

⁶⁶¹ Consta do texto original: „Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen“.

tão mais estreito quanto mais o tratamento desigual de pessoas ou estado de coisas possa afetar o exercício de liberdades protegidas jusfundamentalmente.⁶⁶² (§ 35)

Portanto, o TCF caracteriza como uma **vinculação severa** do legislador à igualdade quando há: a) um tratamento desigual injusto de pessoas ou grupo de pessoas; b) tratamento desigual de estados de coisas que produz um tratamento desigual de grupo de pessoas.

Além disso, dentro da classe vinculação severa há diferentes níveis de vinculação. Desse modo, há uma vinculação estreita quanto mais se aproxime: a) das características pessoais do art. 3.3 da LF e é maior o perigo que a discriminação leve a uma discriminação de uma minoria; b) no caso de diferenciações relativas à conduta, os afetados não estejam em condições de influenciar para mudar as características sobre as quais se fundamenta a diferenciação; c) o tratamento desigual de pessoas ou estado de coisas possa afetar o exercício de liberdades protegidas jusfundamentalmente.

Portanto, há “diferenciada extensão do espaço de configuração do legislador corresponde a uma densidade de controle escalonada junto ao exame de constitucionalidade”. (§ 36)

O primeiro nível deste controle acontece quando a não-objetividade (Unsachlichkeit) da diferenciação é evidente. Nesse caso, aplica-se a fórmula da proibição da arbitrariedade. Em um segundo nível deste controle, o TCF verifica se há tratamento diferenciado de grupo de pessoas ou efeitos desfavoráveis em direitos fundamentais. (§ 36).

Para esse segundo nível, o TCF analisa “[...] se para a diferenciação pretendida existem fundamentos de tal tipo e tal peso que poderiam justificar as consequências jurídicas desiguais”. (§ 36)⁶⁶³

⁶⁶² Borowski questiona se estes três critérios servem efetivamente para determinar a magnitude de margem de configuração do legislador. Manifesta seu entendimento de que ditos critérios servem apenas indiretamente em primeira linha se eles são utilizados para determinar a intensidade da intervenção no princípio geral da igualdade e também nos direitos de igualdade. Assim, a

3.2.1.2 O Caso “Transexuais II” (BVerfGE 88, 87, decisão do Primeiro Senado, de 26/01/93)

A “Lei dos Transexuais”, de 10/09/80, foi promulgada após a sentença do TCF, de 11/10/78 (BVerfGE 49, 286⁶⁶⁴), para levar em conta a situação específica dos transexuais.

A “Lei dos Transexuais” previa duas possibilidades para a mudança de prenome e de sexo. A primeira delas, chamada de “grande solução”, permitia tais mudanças após a cirurgia de transgenitalização, enquanto a segunda opção, chamada “pequena solução”, permitia a mudança de prenome sem a necessidade da cirurgia desde que preenchidas condições médicas e a idade mínima de 25 anos de idade.

Os requisitos da “pequena solução” foram enunciados no art. 1º da lei:

(1) Os prenomes de uma pessoa, que em razão do seu cunho transexual, não mais se sente pertinente àquele informado na sua certidão de nascimento, porém a outro sexo, e encontra-se há pelo menos três anos sob coação de viver respectivamente de acordo com suas convicções, devem ser modificados, através de um requerimento pessoal, pelo tribunal se:

- 1. For alemã no sentido da Lei Fundamental, ou se ela for estrangeira apátrida ou desterrada, ou tem direito de asilo ou é refugiado estrangeiro, tem seu domicílio habitual no âmbito de validade desta lei;
- 2, seja presumível, com alta probabilidade, que a pessoa não mais modificará a sua sensibilidade de pertença a outro sexo e;
- 3, tenha pelo menos 25 anos

magnitude da margem de ação do legislador depende da intensidade da intervenção. (BOROWSKI, *La estructura...*, p. 201-203).

⁶⁶³ No original: “[...] ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen könne”

⁶⁶⁴ Uma síntese, em inglês, desta decisão, chamada de “Caso Transexuais I”, pode ser encontrada em: KOMMERS, Donald. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd. ed. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 330-332.

Para a comprovação dos requisitos médicos do § 1º, era necessário o parecer de dois peritos especialistas, que precisavam atuar independentemente entre si. Por força de outra sentença do TCF (“caso Transexuais”), os prenomes anteriores não podem ser revelados ou pesquisados sem a concordância do requerente enquanto não existissem razões de interesse público ou interesse jurídico de fidedignidade. Além disso, esta modificação poderia ser anulada por um procedimento próprio.

Para a grande solução, além dos pressupostos do § 1º, a lei exigia que o requerente não fosse casado, que fosse incapaz de procriar e que tivesse se submetido à cirurgia que tenha modificado suas características sexuais internas e externas e que tenha alcançado uma aproximação à imagem representativa do outro sexo.

É importante referir que o texto do § 1º baseia-se na sugestão da Comissão Conciliadora⁶⁶⁵, uma vez que o anteprojeto governamental previa que a pequena solução deveria estar aberta aos transexuais maiores de idade e que preenchessem as condições médicas, enquanto apenas para a grande solução seria exigida a idade mínima de 25 anos. O Parlamento alemão majoritariamente acatou o anteprojeto governamental, contudo o Conselho Federal apelou à Comissão Conciliadora com o objetivo de eliminar a pequena solução. Esta comissão acatou parcialmente o apelo para manter a pequena solução, mas ampliou a idade mínima para 25 anos. Foram usados os fundamentos de que as decisões sobre troca de prenome pudessem ser tomadas prematuramente e não suficientemente ponderadas por pessoas muito jovens.

Importante colocar que, com a decisão de 16 de março de 1982, o TCF já havia declarado como nulo o § 8, alínea 1, da Lei dos Transexuais, inclusive quanto ao requisito de 25 anos de idade para a grande solução.

⁶⁶⁵ Sobre as competências do Conselho Federal e da Comissão de Conciliação no procedimento legislativo federal alemão, ver: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 387-392.

Os processos judiciais que originaram esta decisão do TCF foram propostos por duas transexuais (masculino para feminino) e um transexual (feminino para masculino), de idades entre 22 e 24 anos, desejavam alterar seus prenomes por meio da “pequena solução”. Todos eles foram acompanhados, por no mínimo três anos, por dois peritos que concluíram pela alta probabilidade de que a transexualidade destes indivíduos não fosse mais alterada. Contudo, considerando que não preenchiam o critério etário legal, os juizados cíveis suspenderam os feitos e apresentaram ao TCF a questão a respeito da constitucionalidade da restrição etária, especialmente em razão do art. 3, inciso 1, da LF.

A norma em questão foi defendida pelo Governo Federal, que sustenta, em suma, que “as declarações acerca de uma transexualidade irreversível tornaram-se mais cautelosas e mesmo sobre as perspectivas de sucesso nos esforços psicoterapêuticos existem controvérsias”. Em vista da falta de conhecimentos nesta área, não pode ser vedado ao legislador estabelecer um limite de idade para evitar uma fixação prematura em personalidades ainda não amadurecidas.

Os requerentes dos processos iniciais afirmam que esta declaração do governo federal baseia-se em suposições inexatas acerca do surgimento da identidade sexual. O limite de idade não teria nenhuma relação com eventuais dificuldades em diagnósticos, pois em transexuais mais jovens o diagnóstico é até mais fácil. Também a terapia não dependeria da idade das pessoas. Não há evidência científica quanto ao limite de idade de 25 anos e os especialistas na matéria consideram um limite de idade de 18 anos como desejável e um limite de idade de 21 como justificável, porém um limite de 25 anos como alto demais.

Noa fundamentos de sua decisão, o TCF reconheceu que a limitação da idade para a troca de prenome está ligada com características pessoais e afeta substancialmente o direito de personalidade geral. Deste modo, deve aplicar-se a “nova fórmula” e não mais a fórmula da arbitrariedade. Aplicada a nova fórmula, o limite etário seria compatível com o art. 3, inciso 1, somente se houvessem fundamentos de tal tipo e peso que pudessem justificar as conseqüências jurídicas do tratamento desigual. De acordo com estes padrões, “é exigida uma análise severa do § 1 al. 1 n° 3 TSG”.

A pequena solução já deve levar em conta a situação peculiar dos transexuais antes de uma cirurgia sexual adaptativa ou, na desistência de intervenções cirúrgicas, possibilitando-lhes viver no papel sexual correspondente às suas sensações sem ser preciso, no sei cotidiano, revelar-se perante terceiros ou autoridades. O regulamento colocado para ser examinado seria apenas compatível com o art. 3º I LF, caso existissem, e somente então, para a exclusão da mera modificação do prenome em pessoas com tendência transexual abaixo de 25 anos, fundamentos de tal teor e tipo que pudessem justificar um tratamento desigual. Este, porém, não é o caso.

Considerou o TCF que o limite da idade leva a uma sensível desvantagem de pessoas com menos de 25 anos, ao contrário dos transexuais que já concluíram o 25º ano de vida. Desse modo, precisam expor-se a situações constrangedoras no seu lugar de trabalho, nos estudos, no tratamento com autoridades e na vida cotidiana de modo geral. Nessa faixa etária, os jovens iniciam o desenvolvimento de seu futuro profissional, buscam o primeiro emprego, etc.

Expressou também que a finalidade da “pequena solução” é permitir a experiência da vida no papel de outro sexo antes de uma decisão irreversível, que é a intervenção cirúrgica. Desse modo, a troca de prenome cumpre um papel importante para o diagnóstico da transexualidade.

Fundamentos que poderiam justificar um desfavorecimento emocional dos transexuais mais jovens, que poderiam levá-los a fixação prematura da transexualidade, não são evidentes. Se existia este temor por parte do legislador no momento da promulgação da lei e dentro de um espaço (Spielraum) de avaliação do legislador, é deixada em suspenso pelo TCF. Contudo, considera que essa suposição não mais se justifica.

Além disso, considerando que a lei não estabeleceu um limite de idade para a grande solução, então “não existe nenhuma razão elucidativa para proteger o mesmo grupo de pessoas de uma decisão que é bem menos incisiva e pode ser desfeita”. Além disso, um diagnóstico errado, para a pequena solução, não conduz para um ato irreversível, ao contrário da medida da “grande solução”. A pequena solução foi criada exatamente porque médicos e psicólogos consideraram indispensável um espaço mais amplo para tratamento e decisão acerca da

realização da cirurgia, esta sim irreversível. Portanto, o argumento de que o risco de um falso diagnóstico e que o transexualismo é avaliado de forma diferenciada, não pode justificar a exclusão de pessoas mais jovens para a pequena solução.

3.2.1.3 O desenvolvimento das fórmulas pela Dogmática

Antes mesmo que o TCF, no caso *Transexuais II*, falasse em um exame de proporcionalidade aplicada à igualdade geral, a nova fórmula já era entendida pela doutrina como um exame de proporcionalidade.⁶⁶⁶

Portanto, ao contrário da mera proibição de arbitrariedade que, para Hesse, uma infração contra o art. 3º, alínea 1, da Lei Fundamental somente pode ser comprovada se a não-objetividade da diferenciação é evidente, passa o tribunal a controlar regulações que tratam de uma maneira distinta grupos de pessoas ou que repercutem eficazmente no exercício de direitos fundamentais, em particular se entre os grupos comparados existem diferenças de tal índole e peso que elas possam justificar o tratamento desigual.⁶⁶⁷

A seguir serão apresentados quatro modelos elaborados por autores alemães para a aplicação do princípio de igualdade geral. O primeiro deles, de Robert Alexy, é desenvolvido exclusivamente com base na fórmula da proibição da arbitrariedade, os seguintes aceitam, em maior ou menor medida, a aplicação da proporcionalidade.

⁶⁶⁶ Nesse sentido: MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. Tradução de Luís Afonso Heck. No prelo; BOROWSKI, *La estructura...*, p. 204; HESSE, *Elementos...*, p. 337; HECK, Luís Afonso. O Tribunal Costitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p. 226-227.

⁶⁶⁷ HESSE, *Elementos...*, p. 337.

3.2.1.3.1 Uma reconstrução do modelo da proibição da arbitrariedade por Alexy

O modelo de Robert Alexy é elaborado com base na fórmula da arbitrariedade: “O legislador está vinculado ao enunciado de igualdade geral no sentido de que ele não pode tratar de modo arbitrariamente desigual o que é essencialmente igual e arbitrariamente igual o que é essencialmente desigual.” O conceito de arbitrário pode ser interpretado de duas formas, como sinônimo de “essencial” ou como expressão com significado distinto.

Para a primeira versão, essencialidade e arbitrariedade significam coisas diferentes. Portanto, para a violação do preceito da igualdade não é suficiente o tratamento desigual arbitrário, é mister também a presença de outro requisito: que o que está sendo tratado de modo desigual arbitrário seja “essencialmente igual”.

Para esta interpretação é mister, portanto, fornecer um significado para essencial que não seja o mesmo que arbitrário. Duas possibilidades se apresentam: entender igualdade essencial como igualdade relevante ou como igualdade valorativa em sentido ideal.

Igualdades relevantes podem ser entendidas como todas as igualdades fáticas parciais que merecem um exame de arbitrariedade⁶⁶⁸. Ou seja, proceder-se-ia a uma avaliação prévia dos pares de comparação que são dignas do exame da arbitrariedade. Segundo esta linha, existiria uma arbitrariedade de segundo grau, uma espécie de triagem, o que a torna sem sentido.

Alexy discute a *igualdade valorativa em sentido ideal* a partir do espaço delimitado pelo TCF para a liberdade de configuração da igualdade pelo legislador. Sublinhou reiteradamente a Corte que o legislador dispõe de “uma ampla liberdade de configuração” e que não é “um assunto do TCF examinar se (o legislador) ditou a regulação mais justa e funcional, senão simplesmente se foram respeitados os limites extremos (traçados pelo conceito de arbitrariedade)”, pois se procedesse a

⁶⁶⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S 369; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 393.

uma avaliação dos postulados de justiça ou conformidade com a finalidade. o legislador ficaria privado de toda liberdade de configuração.⁶⁶⁹

Para Alexy, portanto, deve ser descartada a versão que distingue a igualdade essencial da arbitrariedade, uma vez que não é possível encontrar uma definição daquela que seja distinta desta sem cair numa versão de igualdade que seja equivalente a uma idéia de justiça em sentido ideal.

Deste modo, a proposição “o essencialmente igual não deve ser tratado arbitrariamente de forma desigual” é equivalente à proposição “estão proibidos os tratamentos arbitrariamente desiguais”,⁶⁷⁰ o que remete para o conceito de arbitrariedade.

Estabelecida a redundância entre essencialidade e arbitrariedade, o próximo passo é entender o meio pelo qual o TCF reconhecia uma arbitrariedade. Segundo a fórmula acima citada, existe uma diferenciação arbitrária “quando não é possível encontrar um fundamento razoável (vernünftiger Grund), que surja da natureza da coisa ou que, de alguma outra forma, seja concretamente compreensível”.

Segundo Alexy, o TCF faz uma exigência de um fundamento suficiente⁶⁷¹ para as justificações e diz que este é um problema de valoração (*Wertungsproblem*).

Sobre a exigência de um fundamento suficiente, Alexy formula a seguinte proposição: “Se não há nenhum fundamento suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”. Não existe um fundamento suficiente se todos os fundamentos levados em consideração são

⁶⁶⁹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 368-369; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 393-394.

⁶⁷⁰ ALEXY. *Theorie der Grundrechte*, S. 369-370; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 394.

⁶⁷¹ Conforme Heck, a comprovação constitucional do arbítrio não encerra uma reprovação de culpa subjetiva, senão quer ser compreendida em um sentido objetivo; não é o arbítrio subjetivo que conduz a confirmação da inconstitucionalidade, mas o objetivo, ou seja, a inconveniência real e inequívoca de uma medida em relação com a situação concreta, que ela deve dominar (HECK, *O Tribunal...*, p. 226).

considerados como insuficientes,⁶⁷² ou seja, quando não se alcança uma fundamentação para a permissão para a diferenciação.

Além disso, da segunda parte da proposição: “Iguais devem ser tratados como iguais e desiguais devem ser tratados como desiguais”, é possível, para Alexy, se reconhecer também uma obrigação de tratamento desigual. O enunciado desta fórmula seria: “Caso haja um fundamento suficiente para a obrigatoriedade de um tratamento desigual, então é exigido um tratamento desigual”.⁶⁷³

Esta fórmula de obrigação do tratamento desigual diferencia-se da fórmula da obrigação de tratamento igual no fato de que a segunda exige uma fundamentação para o tratamento desigual enquanto a primeira considera suficiente para a ordem de tratamento igual não ter sido alcançado uma fundamentação para a permissão de uma diferenciação.⁶⁷⁴ Ou seja, para a obrigação de tratamento desigual, exige-se uma fundamentação que justifique este tratamento, enquanto que para a obrigação para o tratamento igual é suficiente a ausência de uma fundamentação.

Há, portanto, uma carga de argumentação (*Argumentationlast*) em favor do tratamento igual. Esta carga conduz a uma interpretação do princípio de igualdade no sentido de que exige, *prima facie*, um tratamento igual, e só permite um tratamento desigual se este pode ser justificado com fundamentos opostos.

Duas versões sobre o preceito da igualdade competem entre si. A primeira, a que Alexy conceitua como formulação forte da igualdade (*starken Fassung*), o que se trata é a solução ideal, isto é, a solução mais justa e funcional.⁶⁷⁵ A consequência da adoção desta formulação seria a de que o TCF substituiria ao legislador na definição do é mais justo e funcional, deixando a este uma margem muito pequena para a liberdade de configuração.

⁶⁷² ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 371; *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 396.

⁶⁷³ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 372; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 396/397.

⁶⁷⁴ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 373; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 398.

⁶⁷⁵ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 368-369; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 393-394.

Alexy faz uma opção pela formulação fraca do preceito da igualdade, segundo a qual não se trata de uma igualdade valorativa em um sentido ideal, porém limitado.⁶⁷⁶ A opção por esta formulação não significa a renúncia à idéia de justiça, porém não se trata de uma exigência da solução mais justa, pois “um tratamento desigual não é arbitrário não somente quando é a solução melhor ou mais justa, senão quando existem fundamentos plausíveis para a permissão.”⁶⁷⁷

Portanto existe uma diferença entre uma razão plausível e a melhor razão, de modo que um tribunal pode ter o entendimento que a melhor razão fala contra a permissão de um tratamento desigual e admitir que haja uma razão plausível em seu favor.⁶⁷⁸ Deste modo, reconhece-se uma margem bastante ampla ao legislador.

Existe uma pluralidade de possibilidades de fundamentação racional dos juízos jusfundamentais de igualdade e desigualdade.⁶⁷⁹ Em Alexy, contudo, esta fundamentação dá-se no discurso jurídico:

O conceito de fundamento suficiente está relacionado com o êxito da uma fundamentação, que disto depende se todos os fundamentos levados em consideração são definidas ou não como insuficientes. Isso significa que a existência de um fundamento suficiente deve ser decidido em um discurso jurídico racional.⁶⁸⁰

⁶⁷⁶ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 369; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 394.

⁶⁷⁷ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 375; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 400.

⁶⁷⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 375; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 400.

⁶⁷⁹ Alexy aponta mais três possibilidades: a) apoiar os juízos valorativos necessários em outras normas constitucionais (argumentação sistemática), conforme C. Starck; b) argumentação prejudicial com base na jurisprudência constitucional; c) com base na justiça sistêmica (cita a obra de Degenhart, C, *Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat*). 376-377; 402. Hesse diz que, ao lado da arbitrariedade, o TCF tem adotado outros critérios concretos de controle de constitucionalidade: a) quando se trata de regulação de fenômenos de massa devem ser aceitos prejuízos em cada caso particular se o inconveniente é pequeno e só toca um número pequeno de pessoas; b) examina se a proibição de diferenciação no interior do sistema é tida em conta; c) examina se a determinação legal está em contradição interna com a concepção global do sistema de regulações ao qual ela pertence (HESSE, *Elementos...*, p. 336-337).

⁶⁸⁰ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 371, fn. 39; ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 396.

3.2.1.3.2 O modelo da proporcionalidade relativa à igualdade em Borowski

Borowski estabelece um modelo para o princípio de igualdade geral, a partir do qual se estabelece uma obrigação de tratamento jurídico igual. Este preceito sofre uma intervenção quando o Estado estabelece uma diferenciação.

Este modelo é construído, como veremos, a partir dos critérios estabelecidos pelo TCF na chamada “nova fórmula”, acima analisada.

Em primeiro lugar, deve-se indagar se a diferenciação do legislador é, em geral, adequada para alcançar a finalidade da diferenciação. Se correto isto, a seguir é averiguada a necessidade. Uma diferenciação não é necessária não sendo possível uma diferenciação alternativa para alcançar o objetivo da diferenciação do mesmo modo ou favoreça o alcance em medida igual, porém representa uma menos intensa intervenção no preceito da igualdade.⁶⁸¹

Borowski admite, contudo, que nos casos em que há meramente uma relação conceitual entre a igualdade jurídica e o fundamento para restringi-la, não têm lugar os exames de idoneidade e necessidade, uma vez que não há relação meio-finalidade.⁶⁸²

Segue um exame da proporcionalidade em sentido estrito. Aqui é sopesada a intensidade da intervenção no art. 3, alínea 1 da Lei Fundamental contra os fundamentos que falam a favor da realização da diferenciação. O titular do direito fundamental ao tratamento jurídico igual pode ter, conforme as circunstâncias do caso, forte ou fraco interesse no tratamento igual. Resultam tratamentos desiguais no tipo dos direitos de defesa em sentido clássico, então fala isto para uma intervenção intensa no art. 3, alínea 1. Do mesmo modo se os afetados não possam por si mesmo influir nos critérios para as diferenciações relativas aos comportamentos ou se os critérios de diferenciação se aproximam de uma das

⁶⁸¹ BOROWSKI, *Grundrechte...*, S. 370.

⁶⁸² BOROWSKI, *La estructura...*, p. 205-206.

características do art. 3º, alínea 3, da Lei Fundamental⁶⁸³. Estas três hipóteses, como vimos, foram construídas pelo TCF na “nova fórmula”.⁶⁸⁴

Averiguada a intensidade de intervenção, coloca-se sobre o peso das razões que o justificam. Decisivo é [identificar] que fundamentos de pontos de vista objetivo do direito constitucional falam para a permissão da diferenciação. Em consideração vêm todos os bens e posições jurídicas (*Rechtpositionen*) do direito constitucional, bem como todas as finalidades relativas que o Estado persiga legitimamente.⁶⁸⁵

Na ponderação final, são ponderados a intensidade da intervenção e o peso dos fundamentos que justificam a diferenciação. Há uma violação do preceito geral de igualdade se a intensidade da intervenção for mais alta que o peso dos fundamentos que a justificam.⁶⁸⁶

Borowski aponta dois argumentos contrários à aplicação da proporcionalidade como fórmula de aplicação da igualdade geral.⁶⁸⁷

O primeiro argumento aponta que o preceito geral de igualdade não tipifica, em sua literalidade, nenhuma classe de reserva de lei. A resposta a este argumento está nas habilitações não escritas para restringir este preceito, bem como a qualquer outro princípio constitucional, pois os princípios garantem necessariamente direitos restringíveis.

⁶⁸³ BOROWSKI, *Grundrechte...*, S. 370. Ver também: HECK, *O Tribunal...*, p. 227.

⁶⁸⁴ Ver 3.2.1.1.

⁶⁸⁵ BOROWSKI, *Grundrechte...*, p. 370-371.

⁶⁸⁶ BOROWSKI, *Grundrechte...*, p. 371.

⁶⁸⁷ Segundo Borowski, Michael Kloepfer desenvolveu, em 1980, o primeiro modelo de restrição/intervenção do direito geral de igualdade. Segundo o autor, apenas essencialmente iguais *prima facie* devem ser tratados igualmente. O que põe a questão sobre o que é essencialmente igual. Duas respostas são apresentadas. A primeira delas, igualdade essencial é definida mediante a “igualdade sobre uma base de valor” (*wertmäßige Gleichheit*). Apenas tipos normativos valorativamente iguais teriam *prima facie* o tratamento igual. Entretanto, quando se estabelece uma igualdade valorativa entre dois tipos normativos, está exigido um tratamento igual não apenas *prima facie*, porém definitivo. Uma prova da restrição é supérflua, pois o conceito de igualdade valorativa assimila em si todas razões e contra-razões para tratamento igual. A segunda possível resposta necessitaria introduzir critérios para a diferenciação sob quais circunstâncias não existe sequer um direito *prima facie* a um tratamento igual e sob quais delas existe um direito *prima facie* restringível a tratamento igual. Tais critérios, contudo, Kloepfer não coloca (BOROWSKI, *La estructura...*, p. 207-209. BOROWSKI, *Grundrechte...*, p. 375).

Diz o segundo argumento que a aplicação do esquema da intervenção/restricção não corresponde à tradição do exame dos direitos de igualdade. Borowski sustenta que, embora até o momento o exame habitual do princípio de igualdade não tenha seguido o esquema restrição/intervenção, nada impede, contudo, que não possa ser reconstruído mediante ele.⁶⁸⁸

Borowski defende, então, a aplicação da teoria externa das restrições aos direitos de igualdade.⁶⁸⁹ Para ele o argumento principal a favor do esquema intervenção-restricção consiste num mais alto nível e maior clareza da argumentação, bem como que na aplicação do preceito fundamental da proporcionalidade segue que a favor e contra um tratamento igual não se fundem (*verschmelzen*) argumentos em uma ininteligível visão geral (*Gesamtschau*), porém são averiguados diferentes níveis em seu peso.⁶⁹⁰

3.2.1.3.3 O modelo de Lothar Michel

Michael entende que no exame do tratamento desigual, diferentemente da proporcionalidade no caso da proibição de excesso, que segue o esquema restrição-intervenção, não deve ser considerada a ponderação de bens no caso concreto.⁶⁹¹

⁶⁸⁸ BOROWSKI, *La estructura...*, p. 194-195.

⁶⁸⁹ Chama-se teoria interna dos direitos fundamentais a que parte desde o início de direitos definitivos, ou seja, o conteúdo do direito não é formado por meio das restrições externas a este direito. Estas restrições externas, aliás, não são admitidas. Isto não significa, contudo, que o aplicador do direito conheça desde o início o conteúdo jurídico do direito, pois um aparente conteúdo jurídico pode não representar o verdadeiro conteúdo jurídico. É que o direito, segundo a teoria interna, pode ter limites. O conceito de restrição (*Schranke*) é substituído pelo de limite (*Grenze*). Esses limites são também chamados de restrições imanentes (*immanenten Schranken*). Para a identificação do conteúdo verdadeiro, segundo a teoria interna, não é possível e nem necessária a ponderação. A ponderação, que ocorre exclusivamente em um modelo de princípios, é o procedimento adequado para a solução de suas colisões (LEIVAS, *Teoria dos direitos...*, p. 62-63). Luis Afonso Heck traduz *Schranke* por barreira. O tradutor espanhol de "Teoria dos Direitos Fundamentais a traduz como "restrición" (ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto G. Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997c. passim), enquanto o tradutor para a língua inglesa a traduz como "limit" (ALEXY, R.; RIVERS, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Tradução Julian Rivers. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2002, passim). Disponível em <<http://books.google.com/books?id=4G1U8JMSJDcC&hl=pt-BR>> Acesso em 6 mar. 2009).

⁶⁹⁰ BOROWSKI, *Grundrechte...*, p.370.

⁶⁹¹ MICHAEL, Lothar. *Der Allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme*, 1997, S. 265.

O esquema de intervenção não cabe, de fato, no princípio da igualdade geral. Diferenciações realizam-se, em parte, justamente, por causa do princípio da igualdade geral para, exatamente, convenientemente considerar diferenças reais ou até compensar. Tratar elas como uma intervenção no artigo 3 I, da lei fundamental, seria absurdo.

Contudo, diferentemente da posição que nega a aplicação da proporcionalidade para o artigo 3º, alínea 1, da LF, Michael apresenta o que ele chama de segunda dimensão da proporcionalidade,⁶⁹² que, na aplicação do artigo 3º, alínea 1, da LF, leva em conta, exclusivamente, o grau de diferenciação. De acordo com a nova fórmula do TCF, então, esse grau de diferenciação deve “ser posto em ‘relação’ com o tipo e com o peso das diferenças reais para com os casos comparativos”.

Entretanto, Michael admite que nas diferenciações que perseguem finalidades externas,⁶⁹³ seria a elas aplicável o esquema da intervenção. Ou seja, a primeira dimensão da proporcionalidade, que segue o esquema intervenção, com a ponderação de bens jurídicos concorrentes (individuais e comunitários), aplica-se ao caso do tratamento desigual perseguir finalidades externas.

Já no caso das finalidades internas, a segunda dimensão da proporcionalidade trata da relação de diferentes “ponderações de bens”. O peso abstrato de cada bem jurídico, por causa do art. 3, alínea 1, da LF, deve ser sempre o mesmo. Já o seu peso concreto deve ser determinado na ponderação de bens relacionada ao caso, sem consideração da pessoa.⁶⁹⁴

Michael desenvolve três modelos para aplicação da proporcionalidade ao direito de igualdade. O primeiro modelo ou modelo fundamental diz respeito ao mandamento do tratamento igual. A primeira variante é referida ao mandamento de diferenciação e a segunda variante às proibições de discriminação do art. 3, inciso 3, da LF.⁶⁹⁵

⁶⁹² MICHAEL, *Der Allgemeine...*, S. 265-267.

⁶⁹³ Ver, *infra*, a distinção entre finalidades internas e externas em Stephan Huster: 3.2.1.3.4.

⁶⁹⁴ MICHAEL, *Der Allgemeine...*, S. 266-267.

⁶⁹⁵ MICHAEL, *As três estruturas...*

a) Modelo fundamental: mandamento do tratamento igual ou proibição de diferenciação.

Em primeiro lugar, Michael examina, como **meio** de diferenciação, os critérios de diferenciação que resultam do fato ou por interpretação dos conceitos legais. A seguir, então, pergunta-se pela **finalidade** que a diferenciação persegue. Se a diferenciação não foi empregada como meio para a obtenção da finalidade da lei, deve ser perguntado por fundamentos objetivos para a diferenciação.⁶⁹⁶

Em segundo lugar, para Michael, a **idoneidade** é a proibição da arbitrariedade relacionada à igualdade. “Arbitrária é uma diferenciação quando para ela não existem fundamentos seguíveis racionalmente, isto é, quando ela não é idônea para servir a um objetivo de diferenciação”. Segue então o fio condutor do TCF para verificar se a densidade de controle não é limitada à proibição da arbitrariedade. Em caso contrário, segue-se adiante.

Michael não aceita, entretanto, o exame de necessidade junto à igualdade. Para ele, se a diferenciação tem origem em “finalidade internas”, isto é, deve ela compensar desigualdades, seria absurdo perguntar por uma regulação menos diferenciadora.

A proporcionalidade em sentido estrito é o critério mais importante, para Michael, que propõe a seguinte fórmula: “quanto mais fundamentos objetivos importantes falam em favor de uma desigualdade de tratamento, em uma medida tão mais forte estão justificadas diferenciações jurídicas”. Dito de outra forma, “o grau de desigualdade de tratamento deve ser conveniente ao grau de desigualdade real dos casos comparativos”.⁶⁹⁷

b) Primeira variante: o mandamento de diferenciações

Em relação à primeira variante, diz que o art. 3, alínea 1, também pode ordenar diferenciações, isto é, ser violado por igualdades de tratamento. Então, o

⁶⁹⁶ MICHAEL, As três estruturas...

⁶⁹⁷ MICHAEL, As três estruturas...

meio a ser atacado é o ato de uma igualdade de tratamento. Deve também ser perguntado se existem fundamentos para a igualdade de tratamento. Também aqui devem ser mencionados os fundamentos opostos, que se referem ao tipo e peso das diferenças reais que falam em favor de uma diferenciação. Quanto à idoneidade, apresentam-se as questões se a igualdade de tratamento é idônea para servir aos fundamentos para ela e se malogra ela os fundamentos para a diferenciação. Nessa variante também não aceita o exame da necessidade e, por último, na proporcionalidade em sentido estrito, pergunta-se se a igualdade de tratamento é idônea perante o tipo e peso da diferenças reais: “As finalidades da igualdade de tratamento devem ser ponderadas contra os interesses da diferenciação”.⁶⁹⁸

c) Segunda variante: proibições de discriminação do art. 3, alínea 3, da LF.

A segunda variante parte do pressuposto de que as proibições de discriminação do art. 3, III, da LF, não excluem absolutamente desigualdades de tratamento, embora submetam diferenciações a um requisito de justificação: “Se existe uma desigualdade de tratamento no sentido do artigo 3 III, da lei fundamental, então deve ser só excepcionalmente justificada”. Portanto, aqui o princípio da proporcionalidade deve ser examinado de modo intensificado.⁶⁹⁹

Se os **meios** caem sob uma das proibições de discriminação do art. 3, inciso 3, devem ser postas, às finalidades de tal discriminação, exigências qualificadas. Esse é o caso, por exemplo, de uma finalidade de compensar “desvantagens em outros âmbitos de vida fáticas, como é típico, concernente às mulheres”. Nesse caso, procede-se a uma ponderação entre o art. 3, inciso 3, com o art. 3, inciso 2, da LF.

Para o cumprimento dessas finalidades qualificadas deve a diferenciação ser **idônea**. Lothar admite, nessa variante, o exame da necessidade: “Deve, portanto, ser perguntado por alternativas da obtenção da finalidade que não se referem às características do art. 3, III, da lei fundamental”. Por exemplo, o TCF decidiu que “uma discriminação sexual somente é permitida ‘à medida que ela’ é

⁶⁹⁸ MICHAEL, As três estruturas...

⁶⁹⁹ MICHAEL, As três estruturas...

‘coercitivamente necessária para a solução de problemas que, segundo sua natureza, somente podem aparecer em homens ou mulheres’. Por fim, o último exame é o da conveniência da diferenciação em relação às finalidades qualificadas.⁷⁰⁰

3.2.1.3.4 O modelo de Stephan Huster

Em sua tese de doutorado publicada sob o título “Rechte und Ziele”, Stephan Huster desenvolve a tese de que o princípio de igualdade geral não garante *prima facie* uma igualdade jurídica, referida a atos, mas tão-somente uma igualdade normativa, que garante um direito a um tratamento igual segundo critérios de justiça (Gerechtigkeitsmaßstäbe) específicos constituídos.⁷⁰¹

Para o exame do tratamento desigual, Huster aponta duas classes de fundamentos, que consistem na persecução de finalidade internas ou finalidades externas com o tratamento desigual. São finalidades externas aquelas que não se relacionam com propriedades que se adscvem às pessoas em sentido forte e estão relacionadas a bens coletivos. Já as finalidades internas, ao contrário, ocorrem quando o tratamento desigual se baseia em propriedades de pessoas que poderiam ser adscritas a elas em um sentido forte e estão relacionados a direitos individuais.⁷⁰²

Isso segue para um modelo de exame, em dois níveis, do princípio de igualdade geral. No primeiro nível, devem determinar-se os critérios específicos de justiça que o legislador estabeleceu para perseguir as finalidades internas. O legislador aqui somente está vinculado à interdição de arbitrariedade e, por isso, somente em um caso extremo muito raro se apresentará uma vulneração do preceito de igualdade. Este é o caso do legislador que não pode apoiar-se em nenhum critério de justiça, fora de qualquer plausibilidade.⁷⁰³

⁷⁰⁰ MICHAEL, As três estruturas...

⁷⁰¹ BOROWSKI, *Grundrechte...*, S. 375 f.; BOROWSKI, *La estructura...*, p. 209-213.

⁷⁰² BOROWSKI, *Grundrechte...*, S. 375 f.; BOROWSKI, *La estructura...*, p. 209-213.

Há um rompimento destes parâmetros de justiça em razão de finalidades externas, portanto, com base em bens coletivos. Neste caso, há uma intervenção no direito *prima facie* ao tratamento igual normativo. Esta intervenção deve ser justificada e deve passar pelo exame da proporcionalidade.⁷⁰⁴

As diferenças entre finalidades internas e externas são exemplificadas em dois casos:

a) *A* tem um rendimento tributável de 2000, -DM, *B* de 7000, -DM. Com base numa alíquota não-progressiva de 20%, *B* deve pagar 1400, -DM e *A* 400, -DM. Em razão de sua mais alta **capacidade de prestação**, *B* precisa pagar impostos mais altos que *A*. A tributação em quantias desiguais serve a uma tributação justa, orientada a direitos individuais, portanto a finalidades internas. Este tratamento desigual corresponde a parâmetros de justiça específicos constituídas pelo legislador e não pode ser objeto do exame da proporcionalidade;

b) *A* e *B* recebem um rendimento tributável de 5000, -DM. *A* construiu uma casa própria e pode deduzir mensalmente 2000, -DM de seu rendimento tributável. *A* paga assim apenas 600, -DM contra 1000, -DM de *B*. Este tratamento desigual se baseia em uma finalidade externa de construção de moradias em uma determinada conjuntura. Portanto, tem por finalidade a realização de um bem coletivo, que não tem a ver com as pessoas em um sentido forte. Neste caso, houve um rompimento de uma específica medida de justiça, a capacidade contributiva. Em consequência disso, a intervenção na igualdade normativa *prima facie* deve justificar-se através de um exame de proporcionalidade.⁷⁰⁵

Borowski dirige suas objeções contra Huster, primeiro contra a tese de que o princípio de igualdade somente ordena uma igualdade normativa e, portanto, não ordena uma igualdade jurídica, relativa a atos; segundo, contra o argumento de que é impossível a aplicação do preceito da proporcionalidade quando se trata de tratamentos iguais ou desiguais que perseguem finalidades internas.

⁷⁰³ BOROWSKI, *Grundrechte...*, S. 375 f.; BOROWSKI, *La estructura...*, p. 209-213.

⁷⁰⁴ BOROWSKI, *Grundrechte...*, S. 375 ff.; BOROWSKI, *La estructura...*, p. 209-213.

⁷⁰⁵ BOROWSKI, *Grundrechte...*, p. 377.

Em primeiro lugar, o autor aponta incongruências de Huster em relação a sua tese de que o princípio da igualdade somente ordena *prima facie* a igualdade normativa e, por conseguinte, não reconhece que um tratamento jurídico igual ou relativo aos atos tenha um valor em si mesmo. O exemplo de Huster de que seria um absurdo exigir que os contribuintes paguem o mesmo imposto – contrariamente ao princípio da capacidade contributiva -, ignora que o mandamento de igualdade jurídica igual é um mandamento *prima facie*, ou seja, restringível com base em outros direitos individuais ou bens coletivos. Além disso, a situação da igualdade jurídica geral pode ser comparada à liberdade geral *prima facie*, pois esta será restringida para a garantia de outros direitos individuais e bens coletivos.⁷⁰⁶

Em segundo lugar, Huster aponta que o exame de proporcionalidade pressupõe necessariamente uma relação empírica meio-finalidade, que está ausente quando se persegue uma finalidade interna. Desse modo, propõe o conhecido exame de correspondência, que pressupõe um parâmetro. Nesse exame, analisa-se se uma ação corresponde ou não a um parâmetro pressuposto. A deficiência desse exame, para Borowski, é de que ele não responde à pergunta sobre a justificação do parâmetro eleito pelo legislador, que somente pode ser realizado pela ponderação entre a pretensão *prima facie* a um tratamento jurídico igual com os argumentos que falam a favor de um tratamento diferenciado. A cada parâmetro de justiça, subjazem ponderações, como é o caso do princípio tributário da capacidade econômica, que dá lugar a ponderações entre a pretensão de tratamento jurídico igual e a diversidade na capacidade econômica que seja gravável.⁷⁰⁷

Borowski reconhece, contudo, como já dito,⁷⁰⁸ que há uma especificidade na aplicação da proporcionalidade no caso de restrições à pretensão *prima facie* de um tratamento jurídico igual por contra-argumentos. Não existe uma relação meio-fim entre contra-argumentos e o princípio da igualdade jurídica, senão uma relação conceitual, de modo que é impossível leva a cabo os exames de idoneidade e necessidade, porque estes exames pressupõem que exista uma relação empírica

⁷⁰⁶ BOROWSKI, *Grundrechte...*, S. 381-382; BOROWSKI, *La estructura...*, p. 213-218.

⁷⁰⁷ BOROWSKI, *Grundrechte...*, S. 383-384; BOROWSKI, *La estructura...*, p. 218-222.

⁷⁰⁸ Ver, supra, 3.2.1.3.2.

meio-fim. Não obstante, é possível levar a cabo a ponderação entre a pretensão *prima facie* ao tratamento igual e as diferenças que no caso concreto ordenam um tratamento jurídico desigual.⁷⁰⁹

3.2.1.4 Aportes conclusivos

Como vimos, a jurisprudência e a dogmática alemã, nos últimos anos, saíram de um mero controle da arbitrariedade do legislador para uma nova fórmula que abarca elementos da proporcionalidade e aumenta, conseqüentemente, a densidade do controle do TCF sobre os atos legislativos que promovem um tratamento igual ou desigual entre pessoas ou grupos de pessoas.

Nos termos da jurisprudência do TCF, há um controle escalonado que começa com uma vinculação fraca, na qual se procede à aplicação da antiga fórmula da arbitrariedade, e vai para uma vinculação severa, na qual é aplicada a nova fórmula, segunda a qual o art. 3.1 da Lei fundamental é violado:

quando um grupo de destinatários da norma é tratado de forma diferente em comparação com outros destinatários da norma, embora entre ambos os grupos não existam diferenças de tal tipo e tal peso que possa justificar o tratamento desigual⁷¹⁰.

Ou seja, o direito de igualdade é violado quando, considerando pelo menos dois grupos de destinatários da norma, um destes grupos é tratado desigualmente e de modo desvantajoso, embora não existam diferenças de tal tipo e tal peso que possam justificar o tratamento desigual.

O TCF caracteriza como uma **vinculação severa** do legislador à igualdade quando há: a) um tratamento desigual injusto de pessoas ou grupo de pessoas; b) tratamento desigual de estados de coisas que produz um tratamento desigual de grupo de pessoas.

⁷⁰⁹ BOROWSKI, *La estructura...*, p. 221.

Além disso, dentro da classe vinculação severa há diferentes níveis de vinculação. Desse modo, há uma vinculação estreita quanto mais se aproxime: a) das características pessoais do art. 3, alínea 3, da LF, e é maior o perigo que a discriminação leve a uma discriminação de uma minoria; b) no caso de diferenciações relativas à conduta, os afetados não estejam em condições de influenciar para mudar as características sobre as quais se fundamenta a diferenciação; c) o tratamento desigual de pessoas ou estado de coisas possa afetar o exercício de liberdades protegidas jufundamentalmente.

A nova fórmula do TCF passou, então, a ser entendida como expressão da proporcionalidade pela dogmática alemã e pelo próprio TCF. No caso “Transexuais II”, O TCF procedeu a uma ponderação entre razões favoráveis e contrárias a um tratamento jurídico desigual dos transexuais menores de 25 anos. Concluiu, então, que não existiam fundamentos de tal tipo e tal peso que justificassem o tratamento desigual.

Cumprir destacar, neste aspecto, a fórmula de Michael: “quanto mais fundamentos objetivos importantes falam em favor de uma desigualdade de tratamento, em uma medida tão mais forte estão justificadas diferenciações jurídicas”.

Além disso, têm lugar, na aplicação da proporcionalidade relativamente á igualdade, a avaliação da legitimidade das finalidades e a adequação do meio. Em geral, são avaliados os meio de diferenciação, ou seja, os critérios de diferenciação que resultam do fato ou por interpretação dos conceitos legais. A seguir, então, pergunta-se pela legitimidade da finalidade que os critérios de diferenciação perseguem. Quanto à adequação, avalia-se se há fundamentos razoáveis para os critérios (meios) utilizados para a diferenciação. Não há lugar para o exame da necessidade, como afirmado por Michael e Borowski, salvo se se tratar de uma finalidade externa ou no caso da segundo variante do modelo fundamental de Michael.

⁷¹⁰ Ver, supra, 3.2.1.1.

Quanto ao exame da necessidade dos meios, recusado por Michael e Borowski (salvo, para o primeiro, para a avaliação das condições especiais de proibição de discriminação - art. 3, alínea 3, da LF), deixo para discutir na análise da igualdade no direito brasileiro.⁷¹¹

Quanto às críticas de Huster à aplicação da proporcionalidade e à inexistência de um direito à igualdade jurídica, foram suficientemente respondidas por Borowski. Além disso, Huster parte de uma teoria estreita do tipo da igualdade geral, contra a qual existem bons argumentos.⁷¹²

Por fim, embora Alexy tenha se restringido ao desenvolvimento da fórmula da proibição da proporcionalidade, suas teses sobre a igualdade são compatíveis com a fórmula da proporcionalidade. Nesse sentido, a carga de argumentação em favor do tratamento igual, a opção por uma formulação fraca da igualdade, compatível com a existência de espaços do legislador e, com especial relevo, a remissão da justificação do tratamento igual ou desigual para o discurso jurídico.

3.2.2 O Direito de Igualdade Geral no Direito Brasileiro

Aqui busco identificar critérios para aplicação do direito geral de igualdade teorizados e/ou utilizados por comentadores clássicos das constituições brasileiras e pelo Supremo Tribunal Federal.

Restrinjo-me, como já afirmado, à busca de fios condutores ou fórmulas para a aplicação do direito de igualdade geral. Considerando tal objeto, sobressai-se a obra de C. A. Bandeira de Mello: “Conteúdo jurídico do direito de igualdade”.

Sobre os comentadores constitucionalistas, nenhum dos autores e obras pesquisados apresenta uma teoria ou proposta acabada para aplicação do princípio. Reconstruo, contudo, suas considerações gerais por meio de operadores deônticos.

⁷¹¹ Ver, *infra*, 3.2.2.3.

⁷¹² Sobre as teorias estreitas e amplas do tipo, ver (LEIVAS, *Teoria dos direitos...*, p. 67 et seq.).

Outrossim, também não é exaustiva a pesquisa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O critério para seleção de acórdãos é a referência direta às fórmulas da igualdade ou a importância do caso.

3.2.2.1 Critérios utilizados por comentadores das Constituições Brasileiras

a) Pimenta Bueno

A Constituição do Império prevê o direito de igualdade em diversos dispositivos, entre eles:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. XIV. Todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Cívicos, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes. XVI. Ficam abolidos todos os Privilégios, que não forem essenciais, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade pública.⁷¹³

⁷¹³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Nova-consti/Main.htm> Acesso em: 25 jan. 2006.

Para Pimenta Bueno, nos seus comentários à Constituição do Império, a lei deve ser uma e a mesma para todos;⁷¹⁴ qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.⁷¹⁵

Com a ajuda do operador deôntico da proibição, apresento, com base nas afirmações do autor, a seguinte formulação normativa: “Estão proibidos os tratamentos desiguais, salvo se a diferenciação for fundada em uma razão muito valiosa do bem público.”

b) Carlos Maximiliano

Segundo Carlos Maximiliano, nos Comentários à Constituição Brasileira de 1891, a função do direito de igualdade na Constituição de 1891 é o de abolição dos

⁷¹⁴ J. R. Lima Lopes analisa as justificativas da escravidão e do tratamento conferido aos indígenas. Estes últimos eram considerados cidadãos brasileiros, mas incapazes, cuja tutela seria exercida por algum outro cidadão incapaz. Em relação aos escravos, ficaram relegados a um verdadeiro limbo jurídico. No Brasil, havia estrangeiros e nacionais. Os escravos não eram nem um e nem outro. O autor revela ainda uma importante contradição entre duas ideologias do séc. XIX: o liberalismo revolucionário e o naturalismo científico. O primeiro naturalizara a igualdade e o segundo naturalizara a distinção, insistindo nas diferenças dos negros (LOPES, José Reinaldo Lima. Desigualdades jurídicas: povos indígenas, favelados e sem-terras. *Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília*, v. 1, n. 5, out./dez. 2002). J. Caldeira faz uma interessante comparação entre o legislador iluminista norte-americano, no caso analisa Jefferson, e o iluminismo de José Bonifácio de Andrada e Silva. Em ambos estava presente o ideal da igualdade, porém para Jefferson o costume da escravidão e a incapacidade natural dos negros usarem da razão justificavam a liberdade garantida a todos os cidadãos e, concomitantemente, a da manutenção da escravidão. Já para José Bonifácio os índios e negros tinham plena capacidade da razão e por isso pensou numa nação brasileira com uma universalização de direitos civis e políticos para todas as raças e credos, sendo importante para este caso o costume brasileiro de casamentos mistos. Tal posição o afastava da maioria da elite brasileira, partidária de teorias sobre a inferioridade das raças e da impossibilidade de democracia nos trópicos, e que buscava diferenciar-se dos costumes dos outros brasileiros por meio da cópia de costumes europeus (CALDEIRA, Jorge. Introdução. In: ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. *José Bonifácio de Andrada e Silva*. São Paulo: Ed. 34, 2002).

⁷¹⁵ BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1857, p. 424.

privilégios da velha ordem imperial baseados no nascimento, nobreza, religião, fortuna ou profissão, e a substituição destes pelo critério do mérito.⁷¹⁶

Interessa-nos, aqui, os critérios utilizados pelo autor para identificar uma violação do direito à igualdade, que podemos sintetizar do seguinte modo:

- a) as leis devem ser redigidas de modo geral;
- b) seriam admitidos os tratamentos desiguais quando instituídos em benefício da coletividade e que não visem a alvejar determinados indivíduos;⁷¹⁷
- c) há uma violação ao direito de igualdade quando há tratamento desigual de indivíduos/situações que se encontram em uma igualdade/paridade de condições:⁷¹⁸

Reconstruo tais afirmações por meio das seguintes formulações normativas:

- (1) *Está ordenado que as leis sejam redigidas de modo geral*⁷¹⁹.
- (2) *Estão proibidos os tratamentos desiguais, salvo se instituídos em benefício da coletividade e não visem atingir determinado indivíduo.*
- (3) *Estão proibidos os tratamentos desiguais de indivíduos/situações que se encontram em igualdade/paridade de condições.*

⁷¹⁶ Diz o autor: “A monarchia entrega o poder supremo ao primogenito real; a republica aristocratica, a um fidalgo; a oligarchia aos membros de uma familia; a sociocracia, a uma classe opulenta, á dos banqueiros. A democracia não admite preferencias oriundas do nascimento, das crenças, das profissões ou da fortuna; ao menos thoericamente, perante a lei, só o merito constitue condição para subir aos mais altos postos, e a justiça fere indistinctamente nobres e plebeus, illustres e humildes, ignorantes e sabios, abastados e miseráveis (sic)”. (SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005, p. 691 et seq.).

⁷¹⁷ “Toleram-se os impostos de animação e os de combate a abusos: porque aproveitam á collectividade e não alvejam determinados indivíduos: por exemplo, a lei póde isentar de tributos, por algum tempo, que produzir certo cereal ou determinado artigo de industria, e onerar mais o que impuzer trabalho a operarios por mais de oito horas, abrir o seu estabelecimento commercial ou fabrica aos domingos, vender alcool antes de 6 horas da tarde, usar de certos carros que damnificam as ruas e as estradas, e assim por deante (sic)” (SANTOS, *Comentários...*, p. 691 et seq.).

⁷¹⁸ “O direito geral de igualdade unicamente se póde admitir no sentido de uma paridade de direitos numa correspondente paridade de condições”.[...]“o codigo supremo não impõe o nivelamento dos caracteres; não confere direitos absolutamente iguaes ao merito e ao demerito, á competencia e á incapacidade. Proscreeve os privilegios apenas, as isenções pessoaes, as regalias de classe” (SANTOS, *Comentários...* p. 691 et seq.).

⁷¹⁹ Ver, infra, nota 729.

c) Francisco Campos

Com citações de obra do autor alemão Stier-Somlo, comentário à segunda parte da Constituição de Weimar (publicado em 1929), Francisco Campos defende, com base na não-previsão expressa de restrições ou limitações no texto constitucional, o caráter absoluto do direito à igualdade.⁷²⁰

Com base nesta afirmação do autor, apresento a seguinte proposição deôntica.

(4) *Estão proibidas todas as restrições ou limitações ao princípio da igualdade.*

d) Pontes de Miranda

Pontes de Miranda, nos seus comentários à Constituição de 1967, não é explícito acerca dos critérios para identificação de uma violação à igualdade, entretanto as suas considerações sobre um caso específico permitem a identificação dos critérios utilizados.

O caso é o seguinte: o Presidente da República vetou parcialmente a Lei n. 378, de 13 de janeiro de 1936, que tratava de normas sobre educação. Foi vetado um dispositivo que determinava às mulheres a direção de internato feminino. Pontes manifesta sua inconformidade com relação ao veto por meio das seguintes perguntas e respostas.⁷²¹

A primeira pergunta: pode a lei dar preferência ou exclusividade à mulher para a direção ou para o exercício de determinado cargo, *em atenção à natureza do serviço ou função?* Responde: “Onde a mulher, *em virtude de qualidades próprias do*

⁷²⁰ CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956, v. 2, p. 13-14.

⁷²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, Tomo IV, p. 707.

seu sexo, é cientificamente indicada para determinado serviço, não há infração do princípio constitucional que proíbe a desigualdade perante a lei”.

Diz ainda Pontes: “Onde, quer que se trate de atender a pressupostos próprios do sexo, como o fato de não poderem as mulher carregar grandes pesos, a política de proteção passa à frente do critério apriorístico da igualdade”.⁷²²

A segunda questão: Quando se tratasse de educação da mulher, constituía uma distinção proibida pela Constituição dar-se preferência ou exclusividade às mulheres, como medida de política educacional? Resposta:

Não se poderia dizer que se quis beneficiar a mulher no tocante ao provimento dos cargos, com prejuízo dos homens. O que se quis foi dar à educação da mulher a solução mais aconselhada em virtude do objeto mesmo do serviço público

Se a lei, ainda que não explicita as suas razões de separar os serviços conforme o sexo dos que servem ao Estado, cria duas séries simétricas de provimentos e promoções, nenhuma violação existe da Constituição, porque se deram aos dois sexos as *mesmas* possibilidades.⁷²³

Portanto, para Pontes de Miranda:

a) Não há violação ao princípio da igualdade por tratamentos desiguais entre sexos se o motivo da diferenciação são qualidades próprias para a realização de determinado serviço, desde que cientificamente comprovadas;

b) É permitido o tratamento desigual entre sexos se a lei cria duas séries simétricas de provimentos e promoções, conferindo-se aos dois sexos as *mesmas* possibilidades.

Estes critérios são formulados como proposições deônticas:

(5) *São permitidos tratamentos desiguais se o motivo da diferenciação são qualidades próprias [cientificamente comprovadas] para determinado serviço.*

⁷²² PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 707.

⁷²³ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 710.

(6) *É permitido o tratamento desigual entre sexos se a lei cria duas séries simétricas de provimentos e promoções, conferindo-se aos dois sexos as mesmas possibilidades.*⁷²⁴

3.2.2.2 Celso Antônio Bandeira de Mello e a fórmula da correlação lógica

Em primeiro lugar, Mello trata da interpretação a ser dada à disposição constitucional que proíbe discriminações (atualmente prescrito no art. 3º, IV, da Constituição Federal). Para Mello, o constituinte nada mais fez que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas mais comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como *ratio* fundamentadora de *discrimen*, ou seja, são insuscetíveis de gerarem, *por si só*, uma discriminação⁷²⁵. Então,

(7) *estão proibidos os tratamentos desiguais por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas se tais critérios são tomados gratuitamente como “ratio” fundamentadora de discrimen.*

Portanto, não é qualquer discriminação proibida. Não são admitidas as discriminações que não preencham determinados critérios:

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.⁷²⁶

⁷²⁴ Esta fórmula pode ser comparada à doutrina *equal but separated*, legitimadora da segregação racial e consagrada pela Suprema Corte dos EUA no caso *Plessy v. Ferguson* Sobre a doutrina *separated but equals*, bem como sobre o direito antidiscriminatório norte-americano, ver: RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e o direito antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas no direito constitucional estadunidense*. Porto Alegre, 2004. 249 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2004, p. 33. Ver também (TRIBE, Laurence. H. *American constitutional law*. 2. ed. Mineola, New York: The Foundation, 1988, p. 1474-1480).

⁷²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 17-18.

⁷²⁶ MELLO, Conteúdo..., p. 17-18.

Portanto, para que não haja uma ofensa ao princípio da igualdade, a norma precisa observar cumulativamente dois critérios: correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.⁷²⁷ Mello fala ainda do critério da proibição de singularização absoluta, como veremos a seguir.

1º critério parcial – proibição da singularização absoluta e de traços diferenciados situados fora da pessoa/coisa/situação a ser discriminada

O elemento tomado como fator de desigualação, a qual eu chamo primeiro critério parcial, pode ser dividido em 2 requisitos:⁷²⁸ proibição da singularização absoluta e proibição de traços diferenciados situados fora da pessoa/coisa/situação a ser discriminada.

Segundo o primeiro requisito, a que chamo de proibição da singularização absoluta, a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize *no presente e definitivamente*, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar.⁷²⁹ Portanto,

(8) Estão proibidos os tratamentos desiguais fundados em traço/elemento/propriedade tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar.

⁷²⁷ MELLO, Conteúdo..., p. 21.

⁷²⁸ MELLO, Conteúdo..., p. 23 et seq.

⁷²⁹ Para Mello, a lei se diz geral, quando apanha uma **classe de sujeitos**. Generalidade opõe-se à individualização, que sucede toda vez que se volta para um único sujeito. Diversa coisa é a abstração da lei. É abstrata a regra que supõe situação reproduzível. O contraposto do conceito abstrato é o concreto, relativo à situação única, prevista para uma só ocorrência; portanto, sem hipotetizar (*sic*) sua renovação. (MELLO, Conteúdo..., p. 26 et seq.). Alexy opõe os seguintes pares de conceitos. Generalidade e universalidade: Normas universais são as que se referem a **todos** os indivíduos de uma classe aberta (Ex. Cada presidiário tem o direito de aliciar a outros presidiários de suas crenças). O oposto da norma universal é a norma individual (Ex. O presidiário L. tem o direito de aliciar a outros presidiários de suas crenças). Generalidade é uma questão de grau e o seu oposto é a especialidade. Assim, por exemplo, a norma “cada qual goza de liberdade de religião” é mais genérica que a norma “Todo presidiário tem o direito de converter a sua própria religião outros presidiários”. Por outro lado, normas abstratas-gerais são aquelas divididas em tipo e consequência jurídica e são aplicáveis, com variada frequência, a um número indeterminado de pessoas. Alexy, contudo, reconhece um uso variado destes conceitos. (ALEXY, *Grundrechte*, S. 73, fn 11).

Em relação a este critério, diz Mello que não é suficiente que a norma seja enunciada de modo geral. “Se a norma é enunciada em termos que prefiguram situação atual única, logicamente *insuscetível de se reproduzir* ou *materialmente inviável* (pelo que singulariza agora e para sempre o destinatário), denuncia-se a sua função individualizadora, incorrendo, pois, no vício indigitado.”⁷³⁰

Haverá *inviabilidade lógica* se a norma singularizadora figurar situação atual irreproduzível por força da própria abrangência racional do enunciado. Haverá *inviabilidade apenas material* em uma situação cujo particularismo revele uma tão extrema improbabilidade de ocorrência.⁷³¹

Outro esclarecimento é o de que a proibição da singularização absoluta não impede que a lei volte-se para um só indivíduo. Para Mello a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou então se voltar para um só indivíduo, **se, em tal caso, visar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente.**⁷³²

O segundo requisito do primeiro critério parcial é a proibição de traços diferenciados situados fora da pessoa/coisa/situação a ser discriminada. Diz Mello que o traço diferencial adotado, necessariamente tem de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, ou seja, elemento algum que **não** exista *nelas mesmas* poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes.⁷³³ Destarte,

(9) *Estão proibidos os tratamentos desiguais cujo traço diferencial/elemento não há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, ou seja, não exista nela mesma.*

O tempo é um dos elementos que não pode ser utilizado como fator de discriminação, embora possa ser tomado como elemento discriminador o fato, o acontecimento, transcorrido em certo tempo delimitado⁷³⁴.

⁷³⁰ MELLO, *Conteúdo...*, p. 24.

⁷³¹ MELLO, *Conteúdo...*, p. 25.

⁷³² MELLO, *Conteúdo...*, p. 29.

⁷³³ MELLO, *Conteúdo...*, p. 29-35.

⁷³⁴ MELLO, *Conteúdo...*, p. 33.

2º critério parcial - correlação lógica entre fator de discrimen e a desequiparação procedida.

Acerca do segundo critério parcial, exige o autor que haja uma correlação lógica entre fator de discrimen e a desequiparação procedida. Isso significa que deve haver uma justificação racional e uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo⁷³⁵.

Diferentemente do primeiro critério parcial, o autor aqui tece poucas considerações que pudessem esclarecer melhor o que entende por correlação lógica ou mesmo por justificativa racional.

Fornece, entretanto, um exemplo de uma hipotética lei que permitisse somente aos funcionários obesos um afastamento remunerado para assistir a congresso religioso. Nesse exemplo, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Diz não fazer sentido algum aos obesos faltarem ao serviço para participar de congresso religioso, pois, entre uma coisa e outra, não há qualquer nexos plausível. Todavia, seria tolerável discriminar aqueles que excedem certo peso em relação à altura no serviço militar, pois este reclama presença imponente⁷³⁶.

Desse modo, para Mello,

(10) Estão permitidos os tratamentos desiguais se houver uma correlação lógica/justificativa racional entre o fator de discrimen e a desequiparação procedida.

Sobre o juízo da existência da correlação lógica, diz ainda o autor que “nem sempre é absoluta, ‘pura’, não é isenta das concepções da época, absorvidos na inteligência das coisas”. Assim, “em determinado momento histórico parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso a certas funções públicas, e, em

⁷³⁵ MELLO, *Conteúdo...*, p. 39.

⁷³⁶ MELLO, *Conteúdo...*, p. 38.

outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide a vedação.”⁷³⁷

3º - Consonância na discriminação com os interesses protegidos na constituição

Em relação a este critério, diz o autor que não basta estabelecer racionalmente o nexó lógico para ser permitida a discriminação, é necessário ainda que esta discriminação realize um valor constitucionalmente prestigiado. Por exemplo, poder-se-ia demonstrar um supedâneo racional em uma desequiparação entre grandes grupos empresariais e empresas de pequeno médio, de sorte a configurar situação detrimetosa para estas e privilegiada para aquelas, a que se outorgariam, por exemplo, favores fiscais sob o fundamento de que graças à concentração de capital operam com maior nível de produtividade, ensejando desenvolvimento econômico realizado com menores desperdícios.⁷³⁸

Neste caso, para Mello, há um critério lógico suscetível de ser invocado, não se podendo falar em *discrimen* aleatório. Entretanto, a desequiparação em pauta seria ofensiva ao preceito isonômico por adversar um valor constitucionalmente prestigiado e prestigiar um elemento constitucionalmente desvalorado. No caso, cita o art. 173, § 4º, da Constituição, que hostiliza as situações propiciatórias do domínio

⁷³⁷ Essa afirmação aponta para a limitação da teoria de Bandeira de Mello e a necessidade do discurso. Aceitar, simplesmente, os valores vigentes em determinadas épocas contradiz diversas regras de discurso aqui apresentadas, especialmente o princípio da universalidade (regra 2.2, ver, *supra*, 2.2.5.2) e a revisão gênese-histórica e histórico-individual das regras morais (regras 5.2.1 e 5.2.2, ver, *supra*, 2.2.5.5). Ver também a ética discursiva em Habermas (*supra*, 1.5.7). A seguinte afirmação de um professor catedrático demonstra a necessidade do discurso racional universalista: Anacleto de Oliveira Faria, então Professor Catedrático da Faculdade de Direito da USP, em sua obra “Do Princípio da Igualdade Jurídica”, justifica a desigualdade de tratamento entre mulher casada e companheira. Depois de chamar a companheira de aventureira, pois não quis assumir os deveres do casamento, diz que esposa aceitou as obrigações do estado que livremente assumiu, enquanto a concubina prefere permanecer em liberdade e pretende apenas os direitos e não os deveres. Afirma o autor: “Igualar família legítima e ilegítima, esposa e companheira, implica num nivelamento por baixo, com destruição dos autênticos laços familiares e na transformação do casamento numa ‘união’ de segunda classe”. O mais surpreendente é a defesa da diferença de tratamento entre filhos legítimos e ilegítimos: “Ademais, a situação de inferioridade em que se encontram os **bastardos** (sic – grifo nosso) resulta da irreflexão e culpa dos pais, não podendo a sociedade ser responsabilizada por tal irreflexão e arcar com suas danosas conseqüências”. (FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 205-222).

⁷³⁸ MELLO, *Conteúdo...*, p. 41-43.

dos mercados e da eliminação da livre concorrência, além de fugir da justiça social (art. 170, *caput*).⁷³⁹

Portanto, para Mello:

(11) Estão proibidos os tratamentos desiguais que ofendem valores constitucionalmente prestigiados.

Mello indica ainda uma regra de interpretação relativa à igualdade: “Não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja ‘assumido’ o fato tido como desequiparador.”⁷⁴⁰

Dito de outro modo, não se pode interpretar a lei de modo a estabelecer distinções se tais distinções não foram professadas inequivocamente pela lei.

Portanto,

(12) Está proibida uma interpretação da norma infraconstitucional que conduza a tratamento desigual se esta interpretação não for assumida de modo inequívoco pela norma.

3.2.2.3 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A seguir, apresento uma seleção de decisões do Supremo Tribunal Federal em que um dos fundamentos principais é o direito de igualdade.

a) “Caso The Leopoldina Railway”; Agravo de Instrumento nº 13.234/1948.

Foi apreciado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no ano de 1947, alegação de inconstitucionalidade do art. 894 da Consolidação das leis do

⁷³⁹ MELLO, Conteúdo..., p. 41-43.

⁷⁴⁰ MELLO, Conteúdo..., p. 41-43.

Trabalho⁷⁴¹, que estabelecia embargos contra decisões proferidas em dissídios individuais desde que o valor da reclamação haja sido igual ou inferior a determinados valores fixados conforme o Estado da federação ou condição de capital ou interior do município do embargante.

O Ministro Orozimbo Nonato afastou a violação ao princípio da igualdade ao fundamento do caráter de especialidade do direito do trabalho e de que este princípio admite tratamento desigual com base em normas que visam o bem comum. O Ministro não apresentou nenhuma razão que justificasse por que esta norma visaria o bem comum:

A igualdade de direitos, dizia RAMON SALES, doutor em Salamanca, não é mais que o igual jus que todos têm aos benefícios resultantes das leis. E estas, que visam ao **bem comum** (grifo meu), podem, naturalmente, não guardar monótona conformidade e atender as peculiaridades e condições das diversas regiões do país, sem quebra do princípio da igualdade.⁷⁴²

Esta decisão foi criticada por Miguel Seabra Fagundes, Ministro da Justiça de 24.08.1954 a 14.02.1955, sob o argumento de que “se maior o valor da reclamação e, conseqüentemente, mais importante ela para o reclamante, menos possibilidade terá ele de recorrer”. Além disso, afirma que o critério foi puramente geográfico, incidindo em discriminação proibida pela Constituição.⁷⁴³

⁷⁴¹ A redação era a seguinte: “Art. 894. Cabem embargos das decisões definitivas das Juntas e Juízos, nos dissídios individuais concernentes a salários, férias e indenizações por rescisão (sic) do contrato da trabalho, em que o valor da reclamação haja sido igual ou inferior: a) a Cr\$ 300,00 (trezentos cruzeiros), nas capitais do Território do Acre e dos Estados do Amazonas, Pará, Maranhão, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte, Alagoas, Sergipe, Mato Grosso e Goiaz ou a Cr\$ 150,00 (cento e cinquenta cruzeiros), nos municípios do interior do Território do Acre e dos Estados referidos; b) a Cr\$ 600,00 (seiscentos cruzeiros) nas capitais dos Estados do Ceará, Pernambuco, Baía, Espírito Santo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, ou a Cr\$ 300,00 (trezentos cruzeiros), nos municípios do interior desses Estados; c) a Cr\$ 1.000,00 (mil cruzeiros), no Distrito Federal e nas capitais dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, ou a Cr\$ 500,00 (quinhentos cruzeiros), nos municípios do interior desses Estados.”

⁷⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 13.234. The Leopoldina Railway Co. Ltda. e José da Silva e outros. Relator: Min. Orozimbo Nonato. Brasília 12 ago. 1947. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 117, p. 426-429, jun. 1948.

⁷⁴³ FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 235, p. 3-15, maio 1955.

b) “Caso Banco de Desenvolvimento do Paraná”; Agravo de Instrumento nº 110.846-1/1986.⁷⁴⁴

Trata-se de agravo no qual se discute se o princípio de isonomia é vulnerado quando a mesma parte, em causas idênticas e processos distintos, julgados pelo mesmo Tribunal, recebe decisões diversas.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a discriminação proibida é somente aquela nas características enunciadas expressamente na Constituição (art. 153, § 19, correspondente ao atual art. 3º, IV): Transcrevo excerto do voto do relator:

A tanto limita-se o agravante. Não demonstra ele o que afirma, nem o poderia, uma vez que o princípio da igualdade só se tem por vulnerado por ato ou decisão do Estado fundados em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do sujeito de direito que a própria Constituição enumera: sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Pode-se discutir se tal elenco de distinções proibidas é exemplificativo ou exaustivo e se o comando constitucional dirige-se, apenas, ao legislador ou colhe, também, o administrador e o juiz. O que não se discute é o conceito mesmo da distinção ou discriminação proibida. (grifo meu).

c) “Caso Licença-maternidade”; Recurso Extraordinário nº 197.807-4/2000

O Supremo Tribunal Federal entendeu pelo não-direito da mãe adotante à licença-maternidade de que trata o art. 7º, inciso XVIII, da CF (à época sem previsão legal expressa). O relator decidiu com base em um argumento semântico e afastou a aplicação da analogia:

No caso em exame, o direito à licença é vinculado ao fato jurídico gestação, que não permite, segundo penso, a extensão do benefício à hipótese do ato de adoção. Fosse a referência constitucional, por exemplo, simplesmente à “mãe” ou à “maternidade”, poder-se-ia, ainda, cogitar da assimilação da adotante à gestante. Não, porém, segundo penso, quando especificada a primeira na norma aplicável.

Não há falar, por outro lado, em analogia, ante a diversidade de uma e outra das situações acima enunciadas, sendo o caso de simples inexistência de direito social constitucionalmente assegurado e, dessa forma, relegado ao legislador ordinário, o tratamento da matéria, oportunidade em que seria útil,

⁷⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 110.846-1. Banco de Desenvolvimento do Paraná S.A. e Jatyr Mastriani de Godoy e sua mulher. Relator: Min. Célio Borja. Brasília 17 jun. 1986. *DJ* 05 set. 1986.

ademais, prover a fixação do prazo da licença e a limitação da idade do menor, suscetível de ensinar o benefício.⁷⁴⁵

d) “Caso Pensão por Morte aos Viúvos I”; Recurso Extraordinário nº 204.193-9/2001.

A questão colocada dizia respeito à extensão do direito de pensão por morte ao viúvo cuja esposa era segurada do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul. Segundo o STF, havia impossibilidade de extensão do benefício, sendo necessária lei específica:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO: EXTENSÃO AO VIÚVO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. C.F., art. 5º, I; art. 195 e seu § 5º; art. 201, V. I. - A extensão automática da pensão ao viúvo, em obséquio ao princípio da igualdade, em decorrência do falecimento da esposa-segurada, assim considerado aquele como dependente desta, exige lei específica, tendo em vista as disposições constitucionais inscritas no art. 195, caput, e seu § 5º, e art. 201, V, da Constituição Federal. II. - R.E. conhecido e provido.⁷⁴⁶

Do voto do relator, destaco as considerações que faz acerca do dado sociológico. Diz que no Brasil, o homem, de regra, sempre foi o provedor da família, embora a situação, principalmente entre a classe média, nas grandes cidades, tem sofrido alterações:

É que é necessário reconhecer, em termos sociológicos, que o marido sempre foi considerado o provedor da família. O trabalho da mulher, de regra, é executado como auxílio no sustento da família. De regra, portanto, o homem não depende, economicamente, da mulher; o contrário é o que ocorre, de regra. É claro que essa situação, modernamente, vem se alterando. Mas ela não se alterou, ainda, no sentido de tornar-se a regra.

Depois de citar precedente do Tribunal Constitucional Federal alemão, considerou a situação brasileira análoga à alemã. Destaco, contudo, que a decisão referida, do TCF, é de 1973, quanto a decisão do STF é de 2001, ou seja, 28 anos de diferença. Além disso, embora a decisão do tribunal alemão tenha sido fundamentada em dados estatísticos sobre a situação da mulher, o Ministro-relator

⁷⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 197.807-4. Estado do Rio Grande do Sul e Fátima Regina Nascimento de Oliveira. Relator: Min. Octavio Gallotti. Brasília: 30 maio 2000. *DJ* 18 ago. 2000.

⁷⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 204.193-9. Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS e Aurélia Stefanello Fagan e outros. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília: 30 maio 2001. *DJ* 4 out..2002.

não utiliza nenhum dado empírico sobre a situação da mulher no Brasil. Afirma simplesmente que o dado sociológico presente em 1973 na Alemanha é o mesmo no Brasil de 2001.

No aditamento ao voto há um debate travado entre os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves. À fl. 218, afirma este último: “O tratamento tem que ser o mesmo dado à mulher. Se ela tem presunção de dependência, o marido também passa a ter a presunção de ser dependente da mulher. **Para essa igualdade de tratamento não há necessidade de lei.**” (grifo meu).

O Min. Nelson Jobim, então, conclui “que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a equiparação entre o homem e a mulher. No caso específico, teríamos que ler, também neste caso, que o homem para gozar do benefício, teria que ter a qualificação de dependência, assim como a mulher.”

Contudo, embora o debate travado quando do julgamento indicasse uma divergência em relação ao voto do relator, inexplicavelmente este foi acolhido por unanimidade.

e) “Caso Transferência *ex officio*”; ADI 3.324-7/2004

O Tribunal julgou procedente, em parte, pedido de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 1º da Lei 9.536/97 que prevê a possibilidade de efetivação de transferência *ex officio* de estudantes - servidores públicos civis ou militares, ou de seus dependentes - entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino superior, quando requerida em razão de remoção ou transferência de ofício desses servidores que acarrete mudança de seu domicílio.⁷⁴⁷

Não obstante considerar consentânea com o texto constitucional a previsão normativa asseguradora do acesso a instituição de ensino na localidade para onde é removido o servidor, entendeu-se que a possibilidade de transferência entre **instituições não congêneres** permitida pela norma impugnada, especialmente a da

⁷⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo* n 334. Brasília, 13 a 17 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info374.asp#Transferência>> Acesso em 23 jan. 2006.

particular para a pública, haja vista a envergadura do ensino, a própria gratuidade e a escassez de vagas oferecidas pela última, acabou por conferir privilégio, **sem justificativa**, a determinado grupo social em detrimento do resto da sociedade, a violar os princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade da Administração Pública, da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola superior (CF, art. 206, I) e a garantia do acesso aos níveis mais elevados do ensino (CF, art. 208, V).⁷⁴⁸

O Ministro Marco Aurélio, relator do processo, optou por uma interpretação da lei em conformidade com a Constituição e disse estar aplicando a proporcionalidade para o fim de reconhecer a constitucionalidade da hipótese de transferência, salvo para instituições congêneres. Afirma que: a) o princípio da isonomia não encerra identidade absoluta, deixando de prevalecer se razoável o fator de discriminação; b) a nova matrícula do servidor ou do dependente, seja ele civil ou militar, é, social e constitucionalmente, aceitável, preservando-se a situação existente e, com isso, eliminando-se o prejuízo, que adviria do fato de a Administração Pública haver exigido a prestação de serviços, o trabalho, em outra localidade; c) o ato de transferência do servidor para qualquer instituição, pública ou privada, resultará em vantagem que não encontra justificativa, fugindo à simples razão de ser do texto - preservar a continuidade dos estudos -, pois a matrícula logicamente sempre será pretendida na instituição pública; f) admite-se, é certo, a adequação do princípio da legalidade, a submissão à lei, mas **indispensável é que se tenha disciplina calcada na proporcionalidade.**

O Ministro Eros Grau reconhece a possibilidade do tratamento desigual utilizando a seguinte asserção: “o direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais.” Este tratamento desigual deve estar calcado em uma razão, uma razoabilidade. Cita então a fórmula da proibição da arbitrariedade do Tribunal Constitucional alemão. Diz que esse *discrímen* “ser servidor público”

⁷⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo* n 334. Brasília, 13 a 17 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info374.asp#Transferência>> Acesso em 23 jan. 2006.

justifica a prerrogativa de transferência entre entidades congêneres, mas afirma não se tratar de um privilégio, senão de uma prerrogativa.

O Ministro Joaquim Barbosa utiliza-se tanto do “strict scrutiny” norte-americano, quanto da proporcionalidade:

Que estejamos, ou não, diante de ações afirmativas, pouco importa, pois o certo é que, para que se legitimem, medidas de caráter manifestamente derogatório de um sistema de acesso, tais como a prevista na norma impugnada, devem passar por testes rigorosos de constitucionalidade, tendentes a verificar, de um lado, se a norma que confere a respectiva vantagem tem como escopo o atingimento de um objetivo constitucional legítimo e, de outro, se o meio utilizado serve, efetivamente, à obtenção dos fins almejados. Este é, em suma, o chamado “strict scrutiny”, que norteia, por exemplo, toda a prática de jurisdição constitucional da Corte Suprema dos Estados Unidos em matéria de igualdade, especialmente no campo da educação.

Noutras palavras, entendo que a norma impugnada não resiste ao teste da proporcionalidade, seja porque só mediatamente nela se vislumbra a busca de um objetivo constitucionalmente legítimo, seja porque o atendimento ao grupo beneficiário da norma pode se efetuar de forma bem menos gravosa e restritiva de direitos de outros, seja ainda porque os benefícios que supostamente seriam obtidos com a implementação dessa norma não são susceptíveis de compensar os sacrifícios que ela engendra.

O Ministro Gilmar Mendes aplica a proporcionalidade para encontrar a solução de reconhecer o direito de transferência apenas em instituições congêneres, embora também se refira à proibição de arbitrariedade na formulação de Alexy. Recolhemos dois trechos em que há claramente a aplicação da proporcionalidade:

Os interesses contrapostos, no caso em exame, são relativamente claros. O primeiro deles está baseado no próprio princípio da isonomia. De fato, em primeiro lugar, temos como potencialmente afetado o interesse de todos os demais cidadãos não beneficiados pela norma impugnada. Mais especificamente, temos os cidadãos que acabam por ser diretamente afetados pela norma, haja vista que dados da realidade evidenciam que sua aplicação potencialmente restringe o número de vagas nas universidades públicas federais.

Em um caso como este, o critério da congeneridade é estritamente proporcional ao caso porque tanto possibilita o ingresso no caso de transferências *ex officio*, como garante a integridade da autonomia universitária, além de preservar minimamente o interesse daqueles que não são servidores públicos civis e militares ou seus dependentes, ou seja, a grande maioria da população brasileira.

f) “Caso Contribuição Social dos Inativos”; ADI 3.105-8, julgado em 18/08/2004, relator para o acórdão Min. Cezar Peluso.

O STF julgou parcialmente procedente a ADI proposta contra a Emenda Constitucional nº 41/2003 que instituiu contribuição previdenciária sobre o provento de aposentadorias e pensões dos servidores públicos. Nesta decisão, o STF, por unanimidade, considerou inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II do art. 4º da emenda constitucional referida, por “ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio constitucional da igualdade”.

Para os beneficiários colhidos pela regra do art. 4º da emenda referida (os já aposentados ou pensionistas), seria devida a contribuição incidente sobre a parcela dos proventos que supere os cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social, para servidores inativos e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, e de sessenta por cento, para servidores inativos e pensionistas da União. Já para os que ficam sujeitos à regra permanente (aqueles que ingressarão ou ingressaram no serviço público após a publicação da emenda) está previsto no § 18 do art. 40 da Constituição Federal (acrescida pelo art. 1º da EC 41), imunidade até o limite máximo do benefício do regime geral da previdência.

O Ministro Cezar Peluso, relator para o acórdão, afirmou não encontrar correlação lógica entre o critério para diferenciação eleito pelo constituinte derivado (ser servidor da União ou dos demais entes) e o tratamento normativo diferenciado (alíquotas diferenciadas). Relaciona então a ausência de correlação lógica com a arbitrariedade da medida diferenciadora e, com isso, reconheceu a violação ao princípio da igualdade.

Além disso, entendeu pela falta de justificativa para o tratamento desigual entre os beneficiários do regime geral da previdência social, cujos proventos estão sob a proteção da imunidade tributária por força do art. 195, II, da CF, e os servidores públicos inativos, cuja imunidade, por força do art. 4º da EC 41, não alcança os 100% da parcela corresponde ao valor máximo dos benefícios pagos pelo regime geral de previdência social, mas apenas os cinquenta ou sessenta por cento.

O Ministro-relator afirmou então estar procedendo a uma interpretação teleológica do art. 195, II, que garante imunidade sobre as contribuições do regime geral da previdência social, para afirmar que o “fim público objetivado por esta imunidade é o resguardo da inteireza do valor das aposentadorias e pensões concedidos pelo regime geral da previdência, até o limite R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais, estipulado pelo art. 5º da ED 41/2003). Conclui então que “tanto os aposentados pelo regime geral de previdência quanto os que o sejam pelo *regime especial público*, estão sob amparo da mesma garantia”. Então, “como os benefícios concedidos pelo regime geral da previdência estão limitados ao valor máximo de R\$ 2.400,00 [...] logo é esse também o limite da imunidade para os benefícios dos servidores públicos inativos. O critério da igualdade normativa, aqui, é o **valor**, não a pessoa.” Invocou, por fim, o art. 40, § 12, que manda aplicar aos servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, inclusive suas autarquias e fundações, “*no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.*”

O relator ainda reconheceu uma terceira violação ao princípio da igualdade na diferenciação entre aposentados e pensionistas em gozo do benefício quando da promulgação da EC 41 e aqueles que se aposentaram ou se aposentarão depois, pois “o **tempo** não pode ser, isolada e validamente, adotado como fator de discriminação entre eles”. Afirma então:

A igualdade de tratamento exige igual tratamento em *aspectos relevantes*. Decisivo é, portanto, o critério que determina quais situações devem ter a mesma e quais devem ter outra conseqüência jurídica. O critério justiça, no Direito Tributário, deve ser a capacidade contributiva (art. 145, parágrafo 1º). Qualquer afastamento desse direito preliminar de igual tratamento (art. 5º) deve ser fundamentado, caso contrário, o próprio significado fundamental do princípio da capacidade contributiva seria afastado (arts. 1º e 5º).

A conclusão é que se não descobrem razões suficientes para justificar, perante os interesses tutelados e os escopos da tutela, as disparidades normativas que gravam as normas constantes do art. 4º, parágrafo único, incs. I e II, da Emenda Constitucional no 41, de 2003.

Por fim, o relator concluiu que as distinções referidas são arbitrárias, portanto, afrontam o princípio da igualdade. Por fim, faz a seguinte citação:

as normas contrárias ao sistema podem, por causa da contradição de valores nela incluídas, atentar contra o princípio constitucional da igualdade

e, por isso, serem nulas. De facto, o Tribunal Constitucional manifestou-se também, diversas vezes neste sentido e, por exemplo, considerou nula uma norma com a fundamentação de que o legislador 'se afastou do seu próprio princípio', sem que 'houvesse razões bastantes e materialmente figuráveis para esta contrariedade ao sistema'... Mas sobretudo, é de enfatizar que, segundo a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional, o artigo 3.º I se deve entender no sentido de uma proibição de arbítrio: 'o princípio da igualdade é violado quando não se possa apontar um fundamento razoável, resultante da natureza das coisas, ou materialmente informado para diferenciação legal ou para o tratamento igualitário, ou, mais simplesmente, quando a disposição possa ser caracterizada como arbitrária'⁷⁴⁹.

g) “Caso Extensão do Aumento do Benefício de Pensão por Morte”; AG. REG. no Recurso Extraordinário 414.796-3/2005⁷⁵⁰

O STF entendeu pela extensão do aumento do benefício da pensão por morte previsto na Lei 9032/95 aos beneficiários que já percebiam o benefício antes da edição desta lei. Tal entendimento é fundamentado com base no princípio da isonomia. Foi então aduzido que não **há justificativa para o tratamento discriminatório**, sendo ressaltado que se tanto inativos quando servidores da ativa contribuem para o custeio, do mesmo não se podem estabelecer distinções entre beneficiários.

Sendo assim, se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como aos aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguisse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema. Se as alterações na legislação sobre custeio atingem a todos, indiscriminadamente, já que as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, não há que se estabelecer discriminação entre os beneficiários, sob pena de violação ao princípio constitucional da isonomia.

h) “Caso Proibição de Participação de Candidatos na Inauguração de Obras Públicas”; ADI 3.305-1, julgado em 13/09/2006.

Trata-se de ADI proposta pelo Partido Liberal contra o art. 77 da Lei 9.504/97, que proíbe candidatos a cargos do Poder Executivo de participar em

⁷⁴⁹ CANARIS, CLAUDIUS-WILHELM *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. 2. ed.. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 225- 226. Grifos do original” (sic).

⁷⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso AG. REG. no Recurso Extraordinário. 414.796-3. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Hertha Roepcke. Relator: Min. Eros Grau. Brasília: 29 mar. 2005. *DJ* 22 abr. 2005.

inauguração de obras públicas nos três meses que precedem o pleito eletivo, sob pena de cassação do registro da candidatura.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, por unanimidade, relator Ministro Eros Grau, não haver violação ao princípio da igualdade, como se lê da ementa parcialmente transcrita seguir:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 77 DA LEI FEDERAL N. 9.504/97. PROIBIÇÃO IMPOSTA AOS CANDIDATOS A CARGOS DO PODER EXECUTIVO REFERENTE À PARTICIPAÇÃO EM INAUGURAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS NOS TRÊS MESES QUE PRECEDEM O PLEITO ELETIVO. SUJEIÇÃO DO INFRATOR À CASSAÇÃO DO REGISTRO DA CANDIDATURA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ARTIGO 50, CAPUT E INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INOCORRÊNCIA. 1. A proibição veiculada pelo preceito atacado não consubstancia nova condição de elegibilidade. Precedentes. 2. **O preceito inscrito no artigo 77 da Lei federal n. 9.504 visa a coibir abusos, conferindo igualdade de tratamento aos candidatos**, sem afronta ao disposto no artigo 14, § 9º, da Constituição do Brasil. 3. A alegação de que o artigo impugnado violaria o princípio da isonomia improcede. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. 4. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente (grifo nosso)..

Considerou o MIn. Relator, após citar a obra de Celso Antônio Bandeira de Mello que a lei pode, sem violação ao princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.

A seguir o relator refere a fórmula da proibição da arbitrariedade:

14. Dir-se-á, pois, que uma discriminação será arbitrária quando “não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível”.

15. Há, no caso, razão adequada a justificar o tratamento diverso conferido aos candidatos a cargos do Poder Executivo. Leio, a propósito, trecho da manifestação do Procurador-Geral da República:

[...]O motivo pelo qual o artigo 77 pune de forma mais rigorosa aquele que concorre a cargo do Poder Executivo relaciona-se com o fato de que compete [sic] a este Poder as funções de administrar, de gerir a

Administração Pública, o que implica decidir sobre a realização de obras. Função que não é exercida pelos membros do Poder Legislativo.[...]"
Não visualizando também afronta à isonomia, julgo improcedente o pedido formulado nesta ação direta.

i) "Caso Pensão por Morte dos Viúvos II", AG. REG. no RE 385.397-0, j. em 29/06/2007, relator Min. Sepúlveda Pertence.

Neste caso, o Plenário do STF, por unanimidade, julgou inconstitucional dispositivo de lei estadual mineira que exigia do viúvo, para que percebesse pensão por morte da mulher, o requisito da invalidez, o qual não era exigido da viúva.

O Min. Relator faz referência ao precedente "Pensão por Morte dos Viúvos I", para afirmar:

nesse precedente, ficou evidenciado que o dado sociológico que se presume em favor da mulher é o da dependência econômica e não, a de invalidez, razão pela qual também não pode ela ser exigida do marido. Se a condição de invalidez revela, de modo inequívoco, a dependência econômica, a recíproca não é verdadeira; a condição de dependência econômica não implica declaração de invalidez.

j) "Caso Salário-Maternidade"; ADIMC 1946, relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 29/04/99, Plenário, unânime quanto ao mérito. .

Trata-se de ADI proposta contra o art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98, para fins de:

[...] deixar expresso que a citada disposição não se aplica à licença maternidade a que se refere o art. 7º, inciso XVIII da Carta Magna, respondendo a Previdência Social pela integralidade do pagamento da referida licença [...].

O art. 14 da EC 21/98 estabeleceu um limite máximo para os benefícios do regime geral da previdência social no valor de R\$ 1.200,00. Nesta decisão, entendeu o STF que a aplicação do limite referido ao salário-maternidade, que tem sede constitucional (art. 7º, XVIII), viola o direito de igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I), porque produz discriminação contra as mulheres no mercado de trabalho.

Nos termos de portaria do INSS, cumpriria a esta autarquia o pagamento do benefício apenas no limite máximo estabelecido na EC 21/98, e o valor restante, até o valor do salário, deveria ser pago pelo empregador.

Considero relevante a afirmação do Ministro Nelson Jobim:

A regra da EC. 20/98, aparentemente neutra, produz discriminação não desejada pelo próprio legislador.

As práticas de mercado passarão a responder com discriminação, quanto ao emprego da mulher.

Não podem ser mantidos os atos que induzem às práticas discriminatórias.

A doutrina chama de efeitos ou impactos desproporcionais ("disparate impact"⁷⁵¹).

O Tribunal tem que examinar as conseqüências da legislação para constatar se estão, ou não, produzindo resultados contrários à Constituição

3.2.2.4 Aportes conclusivos

3.2.2.4.1 A dogmática constitucional

Para uma melhor visualização das posições dos comentadores das constituições brasileiras, transcrevo aqui as proposições deônticas elaborados com base em suas obras:

(13) *Estão proibidos os tratamentos desiguais, salvo se a diferenciação for fundada em uma razão muito valiosa do bem público.*

(14) *Está ordenado que as leis sejam redigidas de modo geral.*

(15) *Estão proibidos os tratamentos desiguais, salvo se instituídos em benefício da coletividade e não visem atingir determinado indivíduo.*

(16) *Estão proibidos os tratamentos desiguais de indivíduos/situações que se encontram em igualdade/paridade de condições.*

(17) *Estão proibidas todas as restrições ou limitações ao princípio da igualdade.*

(18) *São permitidos tratamentos desiguais se o motivo da diferenciação são qualidades próprias [cientificamente comprovadas] para determinado serviço.*

(19) *É permitido o tratamento desigual entre sexos se a lei cria duas séries simétricas de provimentos e promoções, conferindo-se aos dois sexos as mesmas possibilidades.*

Destaco o caráter potencialmente arbitrário das formulações que admitem a restrição à igualdade com base em bem público ou benefício da coletividade e que foi referida no acórdão referente ao caso “a”. Além disso, como já afirmado, as séries simétricas de direitos iguais, proposta por Pontes de Miranda, foi usada para legitimar a doutrina do “equal but separated”, usada para fundamentar as políticas de segregação racial nos EUA.

A seguir elenco as formulações elaboradas com base em Mello:

(20) *Estão proibidos os tratamentos desiguais por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas se tais critérios são tomados gratuitamente como “ratio” fundamentadora de discrimen.*

(21) *Estão proibidos os tratamentos desiguais fundados em traço/elemento/propriedade tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar.*

(22) *Estão proibidos os tratamentos desiguais cujo traço diferencial/elemento não há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, ou seja, não exista nela mesma.*

(23) *Estão permitidos os tratamentos desiguais se houver uma correlação lógica/justificativa racional entre o fator de discrimen e a desequiparação procedida.*

⁷⁵¹ Sobre a teoria estadunidense do impacto desproporcional ou discriminação indireta, ver: GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 23-26, p. 129-130, p. 180-193; SARMENTO, Daniel. *A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa*. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 147-153, RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 117-154.

(24) *Estão proibidos os tratamentos desiguais que ofendem valores constitucionalmente prestigiados.*

(25) *Está proibida uma interpretação da norma infraconstitucional que conduza a tratamento desigual se esta interpretação não for assumida de modo inequívoco pela norma.*

O critério de proibição da singularização absoluta corresponde às seguintes regras da justificação interna:

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica (juristische Urteil) deve ser aduzida pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) A decisão jurídica deve seguir logicamente ao menos de uma norma universal conjuntamente com outras proposições.⁷⁵²

A proibição dos tratamentos desiguais cujo traço diferencial/elemento não há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, no modelo da proporcionalidade aqui proposto, é substituído pela análise da adequação/arbitrariedade do meio enquanto traço diferenciador

Já o critério da correlação lógica entre fator de discrimen e a desequiparação procedida, que enunciei como: “Estão permitidos os tratamentos desiguais se houver uma correlação lógica/justificativa racional entre o fator de discrimen e a desequiparação procedida”, equivale à proibição da arbitrariedade⁷⁵³.

No que se refere à proibição os tratamentos desiguais que ofendem valores constitucionalmente prestigiados, equivale à análise da legitimidade das finalidades, conforme o modelo da proporcionalidade *infra* formulado.

⁷⁵² Ver, supra, 2.3.1.

⁷⁵³ Faz também esta afirmação Paulo Bonavides, para quem este critério de Mello segue a linha da proibição da arbitrariedade, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. (BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 96 et seq.).

3.2.2.4.2 Jurisprudência do STF

Com relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no caso (a) é aplicada o autoritário critério da discriminação com base em bem coletivo. No caso (b), o direito de igualdade geral não é reconhecido. No caso (c), igualmente não a igualdade geral não é aplicada, restringindo-se o STF a usar um argumento semântico. No caso (d), embora admitida a aplicação da igualdade geral, foram utilizados, na fundamentação, dados sociológicos colhidos em outro país, a Alemanha, 27 anos antes da decisão.

Em relação aos casos “f”, “g”, “h” e “i”, o STF aplicou a fórmula da proibição da arbitrariedade/correlação lógica. No caso “f” foi explícito na aplicação desta fórmula. No caso “h” também o foi, contudo, agora, para afirmar que “há uma razão adequada a justificar o tratamento diverso” e, com isso, julgar constitucional a norma atacada.

O caso “j” é relevante porque reconhece uma violação não ao princípio da igualdade jurídica (referida ao ato jurídico), mas à igualdade fática (conseqüência do ato)⁷⁵⁴. Além disso, trata-se de discriminação contra um grupo que se enquadra na situação que, segundo a “nova fórmula” do TCF, confere uma vinculação severa ao legislador ao princípio da igualdade.

Já nas razões dos votos apresentados por ocasião do julgamento da ADI n. 3.324-7 (caso d), a proporcionalidade é referida expressamente no voto do relator. A interpretação da norma que conferia aos servidores-estudantes o direito de transferência de instituição privada para pública foi considerada pelo Ministro-relator como sem justificativa, ao considerar as seguintes condições: “envergadura do ensino”, a “gratuidade” e a “escassez de vagas” das instituições públicas. Considerou ainda que a matrícula (sem processo seletivo de ingresso) é aceitável, pois eliminaria o prejuízo ao servidor transferido por ato *ex officio*, contudo, se a finalidade é preservar a continuidade dos estudos, e matrícula em qualquer

⁷⁵⁴ Sobre os conceitos de igualdade fática e igualdade jurídica, ver ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, S. 377 ff.

instituição (diz que logicamente o servidor optará pela pública) resulta em vantagem sem justificativa.

Já o Ministro Joaquim Barbosa afirma que “medidas de caráter de caráter manifestamente derogatório de um sistema de acesso” devem passar pelos testes rigorosos de constitucionalidade visando a verificar se: a) se a norma tem como escopo o atingimento de um objetivo constitucional legítimo; b) se o meio utilizado serve efetivamente à obtenção dos fins almejados. Afirma que tais exigências correspondem ao teste “strict scrutiny⁷⁵⁵” norte-americano.

Conclui, então, que a norma não resiste ao teste da proporcionalidade porque: a) só mediamente nela se vislumbra a busca de um objetivo constitucionalmente legítimo; b) o atendimento ao grupo beneficiário da norma pode se efetuar de forma bem menos gravosa e restritiva de direitos de outros; c) os benefícios que supostamente seriam obtidos com a implementação dessa norma não são susceptíveis de compensar os sacrifícios que ela engendra.

Já o Ministro Gilmar Mendes afirma existir claramente interesses contrapostos no caso. De um lado, os interesses dos servidores públicos transferidos e de outro os interesses de todos os demais cidadãos brasileiros, uma vez que a aplicação da norma impugnada reduz o número de vagas nas universidades públicas. Aduz, então, que o critério da congeneridade é proporcional, porque garante os interesses de todos.

3.2.2.4.3 Elementos para a construção de um modelo de aplicação do princípio da igualdade geral

Com isso, passo a apresentar um modelo para verificação da proporcionalidade da medida/norma cuja aplicação conduz a um tratamento desigual entre pessoas ou grupos de pessoas. Elaboro esse modelo com base nos modelos da jurisprudência e dogmática alemã e brasileira, acima apresentados⁷⁵⁶.

1º) **legitimidade das finalidades**. São meios de diferenciação os critérios da diferenciação que resultam do fato ou por interpretação dos conceitos legais. No caso concreto “d”, por exemplo, a norma tratou de forma distinta alunos que são servidores públicos transferidos e todos os demais alunos, garantindo aos primeiros o acesso no ensino superior de modo automático. Os critérios utilizados foram: a) ser servidor público transferido *ex officio*, b) estudante do ensino superior. A finalidade imediata do tratamento diferenciado é a de possibilitar ao servidor público transferido *ex officio* a continuidade dos estudos. Já a finalidade mediata é a realização do direito à educação. Portanto, a finalidade imediata está em consonância com a finalidade mediata e esta realiza um direito fundamental (direito à educação)⁷⁵⁷;

2º) **adequação ou idoneidade** (ou correlação lógica ou exame da arbitrariedade). Arbitrária é uma diferenciação quando não é possível encontrar um fundamento razoável para a diferenciação ou quando não há uma correlação entre o tratamento diferenciado e a finalidade da diferenciação. No caso “d” é possível afirmar, na linha da decisão do STF, que não há uma correlação entre o tratamento diferenciado aos alunos servidores (acesso a **qualquer** instituição de ensino, pública

⁷⁵⁵ Sobre a “equal protection doctrine” e seus parâmetros de controle no direito estadunidense: “the rational relationship test” (teste da relação de racionalidade), “the strict scrutiny test” (o padrão de rigoroso controle de constitucionalidade) e “intermediate scrutiny test” (o padrão intermediário de controle de constitucionalidade), ver RIOS, Roger Raupp Rios. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 71-91.

⁷⁵⁶ Ver, *supra*, 3.2.2.2.

⁷⁵⁷ Sobre a distinção entre finalidade mediata e imediata, ver, *supra*, 3.1.3.1. A verificação da legitimidade da finalidade mediata da discriminação corresponde à exigência de Mello de que haja consonância da discriminação com os interesses protegidos na constituição (ver, *supra*, 3.2.2.2).

ou privada) e a finalidade de manutenção dos estudos. É possível achar uma justificativa, contudo, como fez o STF, para transferência automática para instituições congêneres.

3ª) **proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação.** Para a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito deve ser dada uma das condições que impõem uma vinculação severa do legislador. Isso ocorre quando o tratamento desigual conferido a indivíduos ou grupos de indivíduos aproxime-se: a) das características pessoais do art. 3º, inciso IV, da CF; b) no caso de diferenciações relativas à conduta, os afetados não estejam em condições de influenciar para mudar as características sobre as quais se fundamenta a diferenciação; c) o tratamento desigual de pessoas ou estado de coisas possa afetar o exercício de liberdades protegidas jusfundamentalmente.

No caso das condições “a” e “b”, um exame mais rigoroso visa compensar uma desigualdade fática ou desvantagem desses grupos. No caso das condições “c”, elas atendem a uma valoração da liberdade como princípio que tem primazia *prima facie* diante de outros princípios.

Na linha da nova fórmula do TCF, reconhece-se uma violação à igualdade geral quando um grupo de destinatários da norma é tratado de forma diferente em comparação com outros destinatários da norma, embora entre ambos os grupos não existam diferenças de tal tipo e tal peso que possam justificar o tratamento desigual⁷⁵⁸.

Portanto, procede-se a uma ponderação entre a intensidade da intervenção no direito de igualdade de indivíduo ou grupo tratado desigualmente e o peso dos fundamentos que falam a favor de uma desigualdade de tratamento. Presente uma das condições configuradoras da vinculação severa do dador de normas, acima elencadas, a intensidade de intervenção no direito de igualdade deverá ser valorado como grave ou gravíssimo e só excepcionalmente poderá ser justificado um tratamento desigual.

⁷⁵⁸ Ver, supra, 3.2.1.1.

Uma variante desse modelo deverá ser construída no caso do meio atacado ser uma igualdade de tratamento causadora de uma desigualdade fática. Isso está presente no caso “h”, em que decidiu o STF que o grau de desigualdade real entre homens e mulheres no mercado de trabalho justifica e obriga à manutenção de um tratamento desigual quanto ao valor e fonte pagadora do benefício previdenciário do salário-maternidade. Contudo, como já afirmado⁷⁵⁹, não constitui objeto deste trabalho a construção de uma teoria dogmática geral do direito de igualdade.

3.2.2.5 Um caso concreto: A justificação interna e externa da norma jusfundamental associada que garante ao(à) companheiro(a) homossexual de segurado do INSS o direito de ser considerado como dependente

3.2.2.5.1 Estado de coisas

Em setembro de 1999, a organização não-governamental “Nuances” representou ao Ministério Público Federal - MPF, em Porto Alegre, contra o Instituto Nacional do Seguro Social– INSS, porque esta autarquia não reconhecia o direito do companheiro homossexual de segurado falecido à pensão por morte e do segurado preso ao auxílio-reclusão.

Em abril de 2000, o MPF ajuizou ação civil pública⁷⁶⁰ contra o INSS, julgada procedente pela Justiça Federal de primeira instância para determinar que esta autarquia, em todo o território nacional, passe a “considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial dos segurados (as) do Regime Geral de Previdência Social (art. 16, I, da Lei 8.213/91)”. Essa decisão foi

⁷⁵⁹ Ver, *supra*, 3.2.2.

⁷⁶⁰ A petição inicial da ação civil pública do MPF foi subscrita pelos Procuradores da República Paulo Gilberto Cogo Leivas e Marcelo Veiga Beckhausen. Encontra-se disponível para consulta em: <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=jurisprudencia_nacional_acp>. Acesso em 12.03.09

mantida pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal, ao negar provimento à apelação do INSS.⁷⁶¹

Para negar a concessão do benefício previdenciário aos homossexuais, assim manifestou-se o então Superintendente Estadual:

“não é devida a concessão destes benefícios em casos de relação homossexual, face o contido no Parágrafo 3º do Artigo 16 da Lei nº 8.213/91 e no Artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal.”⁷⁶²

As disposições referidas dispunham, à época:

Art. 16 (Lei nº 8.213/91). São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995) [...]. § 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]. § 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes

O MPF sustenta, por seu lado, violação ao direito de igualdade geral (5º, caput, CF) e à norma que proíbe discriminações (art. 4ª, IV, CF):

Portanto, uma interpretação do § 3º em conjunto com o princípio da igualdade (art. 5º, caput), com a proibição de discriminação por motivo de orientação sexual (art. 4º, IV) e com o fato de que os dispositivos constitucionais que tratam dos benefícios de pensão por morte e de auxílio-reclusão não permitem nenhuma discriminação, seria o suficiente para reconhecer a instituição da união estável aos homossexuais.⁷⁶³

Já a 6ª Turma do TRF4, nos termos do voto do relator do acórdão, além de reconhecer violação ao direito de igualdade, usa um argumento semântico para

⁷⁶¹ No primeiro grau da Justiça Federal, o processo foi autuado como “Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 (RS)”. Juíza Federal sentenciante: Simone Barbisan Fortes. O acórdão do TRF4 foi autuado como “apelação/reexame necessário nº 2000.71.00.009347-0, relator Des. Federal João Batista Pinto Silveira, publicado no DJU de 10/08/05, p. 800/822. Encontra-se disponível para consulta em www.trf4.jus.br. Há recurso especial ainda não julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, autuado como REsp 814595.

⁷⁶² Citação extraída da petição inicial da ACP, referida acima.

⁷⁶³ Citação extraída da petição inicial da ACP, referida acima.

interpretar o art. 226, especialmente a expressão “entidade familiar”, como abrangendo uniões homossexuais:

A imersão do direito de família no conteúdo dos princípios constitucionais, numa interpretação mais aprofundada, induz a compreensão (ou no mínimo, a reflexão) de que as uniões homossexuais também se constituem em entidades familiares, seja por analogia ao mencionado § 4º do art. 226, seja por ampliação do seu parágrafo 3º, seja porque, por se constituírem unidades afetivas familiares, não estão necessariamente amarradas aos tipos exemplificativos mencionados no texto constitucional. Nesse sentido, irracional seria não reconhecer que, nas circunstâncias atuais, as relações homossexuais estão abrangidas pela noção de entidade familiar, porquanto a família se constitui por laços de afetividade e necessidades mútuas, não por imperativos de ordem sexual.

3.2.2.5.2 A justificação interna e externa da decisão judicial na interpretação do art. 226 da CF

De acordo com a regra do discurso (J.3.1)⁷⁶⁴, R' (a regra fundamentada pelo TRF4) deve ser aceita como interpretação de R (a regra diretamente estatuída pela CF) com base em W. Já W é uma regra semântica que comprova um uso da linguagem natural ou técnica. No caso, a regra de uso W comprova o seguinte uso da expressão “família”: “a família se constitui por laços de afetividade e necessidades mútuas, não por imperativos de ordem sexual”.

Essa interpretação de R' com base em R pode ser mais bem visualizada por meio da forma (J.1.2'), que é uma expressão abreviada de (J.1.2) e usada como estrutura básica da interpretação⁷⁶⁵:

- . (1) (Tx → ORx) (R)
- . (2) (Mx → Tx) (W)
- . (3) Ma
- (4) ORa (1)--(3)

⁷⁶⁴ Ver, supra, 2.3.2.1.

⁷⁶⁵ Ver, supra, 2.3.2.2.

(1) representa a norma (R) diretamente estatuída pelo art. 226, caput, §§ 3º e 4º, da CF. A premissa (2) é a regra de uso (W) da expressão família ou entidade familiar (comprovada pelo TRF4), segundo a qual são características da expressão família a existência de laços de afetividade e necessidades mútuas, mesmo que não se constitua uma relação heterossexual. A premissa (3) enuncia que se dão concretamente (a) as propriedades da expressão família segundo as características enunciadas na regra de uso W. (4) prescreve que deve ser aplicada a consequência jurídica de R em relação a (a).

A partir de (1) e (2), segue-se a norma concreta R'

(2') (x) (Mx → ORx)

(2') diz que é obrigatório considerar como entidade familiar sempre que se dão os pressupostos estabelecidos por meio de W. R' pode designar-se, então, como "interpretação de R através de W".

A questão decisiva aqui é como fundamentar a regra (W). A solução definitiva do caso com base em um argumento semântico pressupõe que seja possível fundamentar W tão-somente com base na comprovação da linguagem natural ou técnica por meio da invocação do falante a sua competência lingüística, a investigação empírica e a referência a dicionários⁷⁶⁶.

Contudo, pode-se duvidar que os meios referidos acima sejam suficientes para a comprovação de W. Esse é o estado de coisas descrito na regra (J.3.3). Nesse caso, só se pode determinar que o tipo (T) da norma R é vago ou valorativo e que (a) cai dentro do espaço semântico de T.

Portanto, nos termos da regra (J.3.3), a regra R' deve ser fundamentada por outras formas de argumentos. Desse modo, a questão de que (a) cai ou não cai sob T (da regra R) deve ser respondida com base em determinação da linguagem e não mais na mera comprovação.

⁷⁶⁶ Ver, supra, 2.3.2.2.1.

Portanto, outras formas de argumentos devem ser utilizadas para a justificação de uma determinação da linguagem que leve a R'. No caso concreto, foram utilizados pelo MPF (autor da ação) e TRF4 os seguintes argumentos:

- a) argumento sistemático-principiológico: as disposições do art.226 devem ser interpretadas em conformidade com o princípio da igualdade;
- b) argumentos empírico-sociológicos acerca da realidade das uniões homossexuais e das transformações por que passa a família;
- c) argumento subjetivo-genético: a vontade do constituinte não era a de discriminar as uniões homossexuais com a redação do art. 226;
- d) argumentos sistemático-comparativos: há um reconhecimento dos direitos dos homossexuais em diversos países;
- e) argumentos substanciais: a finalidade principal dos direitos fundamentais é a proteção da autonomia de cada indivíduo e o tratamento de cada um com igual respeito e consideração⁷⁶⁷, etc.

Quem enuncia esses argumentos está obrigado a fundamentar a correção ou verdade de suas proposições caso sejam apresentados contra-argumentos (regra do discurso prático-geral 3.3)⁷⁶⁸. Além disso, as demais regras do discurso prático geral e do discurso jurídico deverão ser observadas.

⁷⁶⁷ Sobre as teorias materiais dos direitos fundamentais, especialmente a posição de Alexy acerca primazia *prima facie* dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica, que impõem uma carga argumentativa em favor desses princípios, ver, supra, nota 568. Sobre o papel dos argumentos práticos gerais no discurso jurídico e a primazia *prima facie* dos argumentos deontológicos sobre os argumentos teleológicos e pragmáticos (regra J.20), ver, supra, 2.3.2.6. Ver também, em Habermas, o princípio da universalização e a distinção entre moralidade e eticidade: 1.5.7.2.

⁷⁶⁸ Ver, supra, 2.2.5.3. Em sede do discurso judicial, contudo, tais regras sofrem as limitações das regras processuais. Cumpre investigar, contudo, se as atuais limitações do discurso pelo direito processual civil brasileiro vigente são proporcionais e, portanto, não conduzem à irracionalidade da decisão ou mesmo uma violação do art. 93, IX, da CF (dever de fundamentação das decisões judiciais).

3.2.2.5.3 O argumento de violação do direito de igualdade

O uso de um argumento do princípio da igualdade para a fundamentação da interpretação (R') de (R) com base em W remete ao modelo e fórmulas da igualdade geral propostos neste trabalho.

No caso, o modelo⁷⁶⁹ para a aplicação da igualdade proposto acima foi contruído com base na “nova fórmula” do TCF, na estrutura da proporcionalidade em sentido amplo e na teoria da correlação lógica de Mello.

Na análise da **legitimidade das finalidades**, o primeiro passo é identificar os critérios da diferenciação. No caso concreto, o critério utilizado pelo INSS em sua interpretação das normas legais e constitucionais é a orientação sexual. Já a finalidade imediata da discriminação, ou seja, o estado de coisas a ser alcançado ou mantido, pode ser reconhecida pela seguinte afirmação do representante da autarquia:

Citado, o INSS ofereceu contestação, argüindo, em preliminar, a ilegitimidade do MPF para a propositura da ação e a inadequação da via processual eleita. No mérito, reafirmou que a Constituição Federal fez distinções entre uniões homossexuais e heterossexuais, alegando, ainda, que as normas que regem as organizações familiares são de natureza cogente, não podendo ser estendidas a situações não contempladas; que a garantia de pensão por morte deriva do direito de família, só configurável através de relação matrimonial ou união estável entre pessoas de sexos diferentes; que a relação contemplada na inicial poderia até ser considerada como sociedade de fato, mas não como entidade familiar. Ressaltou que a legislação brasileira se funda *na moral do povo brasileiro, que estaria ligada a padrões éticos, imutáveis, e que a mudança dos padrões sociais não se faz por decisão judicial, ou pela lei, mas na psique dos cidadãos*; que não haveria qualquer violação ao princípio da isonomia, porquanto entende ser *inarredável a desigualdade entre um casal formado por homem e mulher e outro formado por dois homens, pois do segundo não são gerados filhos, nem se forma um micro cosmo social, pois as partes têm interesse meramente sexual.*⁷⁷⁰

⁷⁶⁹ Ver, supra, 3.2.2.4.3.

⁷⁷⁰ Citação extraída do relatório do acórdão do TRF4 que julgou a apelação do INSS, acima referido. Transcrevo, então, diretamente da contestação do INSS: “Não cuida aqui de ignorar a realidade, muito ao contrário aqui se atenta para a realidade biológica, imutável. As legislações que acolhem essa espécie de relação como sendo de família se funda na moral do povo brasileiro que parece ligada a padrões éticos, imutáveis. Diferença fundamental é estabelecida entre um e outro conceito, no campo da psicologia. A moral tem seus valores fundados nos costumes sociais e é mutável, conforme modifiquem esses. Já a ética tem seu fundamento em valores permanentes e não se modifica. O fato leva à inarredável conclusão de que a moral da sociedade brasileira é diferente da moral daqueles países onde admitida a união homossexual como entidade familiar.” (f. 313-314, dos autos).

Ou seja, a finalidade imediata é a realização da “moral do povo brasileiro”, ligada a “padrões éticos, imutáveis” ou condicionada à “mudança dos padrões sociais” na “psique dos cidadãos”. Outra finalidade apontada para a discriminação é a proteção exclusiva de casais que possam procriar, pois um casal formado por dois homens “não são gerados filhos, nem se forma um micro cosmo social, pois as partes têm interesse meramente sexual”.

A primeira afirmação - as uniões homossexuais contrariam a moral do povo brasileiro, ligada a padrões éticos imutáveis – já não pode ser aceita, uma vez que contraria diversas regras do discurso. Essa suposta norma moral, de matriz metafísica, não pode ser demonstrada, mas somente crida. Em razão disso, há uma contrariedade a diversas regras do discurso. Por exemplo, à regra (2), que exige que o participante do discurso fundamente o que afirma⁷⁷¹; à regra (3.1), que exige que alguém que queira tratar uma pessoa de maneira distinta, que o fundamente⁷⁷²; à regra (5.1.2) que exige que as conseqüências de cada regra para as satisfações dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos; às regras (5.2.1) e (5.2.2), relacionadas à gênese crítica do desenvolvimento dos sistemas de regras morais⁷⁷³.

A regra (5.1.2) é uma variante do princípio da universalização, formulado com base nas duas formulações do imperativo categórico kantiano⁷⁷⁴. Em decorrência desse princípio, quem formulou a proposição afirmativa de uma moral homofóbica do povo brasileiro está agindo de tal maneira que usa indivíduos ou grupos de indivíduos simplesmente como um meio e não como fim. Além disso, tais proposições não podem ser aceitas por indivíduos racionais, pois crenças não podem ser demonstradas, mas somente cridas.

Igualmente contraria diversas regras do discurso o argumento de que a finalidade da família ou das uniões estáveis seja a procriação. Já tive a oportunidade de analisar uma melhor tentativa de argumentação, realizada por John Finnis, nessa

⁷⁷¹ Ver, supra, 2.2.5.2.

⁷⁷² Ver, supra, 2.2.5.3.

⁷⁷³ Ver, supra, 2.2.5.5.

⁷⁷⁴ Para as formulações do imperativo categórico, ver, supra, nota 283.

linha de conferir uma finalidade “natural” procriativa às relações conjugais. Concluí, então, que:

Em suma, a teoria aqui esboçada de Finnis não encontra apoio em nossa Constituição porque implica em reconhecer uma hierarquia valorativa de bens coletivos sobre direitos fundamentais individuais, ignora o pluralismo axiológico reconhecido em seu preâmbulo e rejeita o tratamento igualitário. Enfim, é uma teoria em que o indivíduo não é levado a sério.

A rejeição da conduta homossexual pode ser comparada, no que diz respeito à inconsistência de suas premissas normativas e empíricas, à defesa do racismo. Um renomado jurista à época do nacional-socialismo alemão assim se pronunciou sobre o racismo:

‘Com base no mais rigoroso exame científico sabemos hoje que o homem, até os mais profundos sentimentos de sua alma, mas também nos mais pequenos filamentos do cérebro, se adentra na realidade e o caráter inelutável de seu povo e pertença racial. A raça marca sua fisionomia espiritual, não menos que sua forma externa. Ela determina seus pensamentos e sensações, forças e instintos; constitui sua singularidade, sua essência.’

Diz Alexy que tal sustentação racista fracassaria por falta das mais elementares exigências da verdade empírica e clareza conceitual. Da mesma entendo que a sustentação de FINNIS contra a conduta homossexual carece de verdades empíricas e suas premissas normativas não podem ser impostas a cidadãos que não compartilham de suas premissas metafísicas⁷⁷⁵.

Os argumentos apresentados pelo INSS podem ainda ser caracterizados como razões excluídas (excluded reasons). Razões excluídas são aquelas que visam a finalidades ilegítimas e, em razão disso, não podem justificar a limitação de qualquer direito⁷⁷⁶.

Razões excluídas ou finalidades ilegítimas sequer possibilitam a análise da adequação ou arbitrariedade do critério de diferenciação ou do tratamento diferenciado, uma vez que isso pressupõe a legitimidade da finalidade. Igualmente na fórmula-peso, sequer pode ser atribuído um valor a um interesse que visa a uma finalidade ilegítima. Se fosse o caso de atribuir um peso a essas razões excluídas, elas possuiriam um valor zero e seriam excluídas de representar um divisor⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. A rejeição da conduta homossexual por John Finnis. In: RIOS, Roger Raupp (Org.) *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 86-87.

⁷⁷⁶ Sobre razões excluídas, ver, supra, 3.1.3.4.

⁷⁷⁷ Essa solução para consideração das razões excluídas na proporcionalidade é dada por Alexy, ver, supra, 3.1.3.4.

Mesmo no caso de ser desnecessária a aplicação da ponderação e fórmula-peso para a solução desse caso, a discriminação de homossexuais enquadra-se dentro das condições que impõem uma vinculação severa do legislador ao princípio da igualdade. Por exemplo, a discriminação por orientação sexual é uma discriminação por motivo de sexo⁷⁷⁸, proibida pelo art. 3º, IV, da CF. Em decorrência disso, somente fundamentos excepcionais poderiam justificar um tratamento desigual. Na fórmula-peso, a carga de argumentação favorável a eles implica que seja o grau de importância do tratamento igual valorado como grave ou gravíssimo (por ex., 2²).

3.2.2.5.4 A justificação interna de uma decisão concessiva

Consta do dispositivo do acórdão: “condenando o INSS a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial dos segurados (as) do Regime Geral de Previdência Social”.

Esse dispositivo vale, então, como uma norma jusfundamental associada, com caráter de regra e, portanto, apta a ser aplicada por meio da forma da justificação interna⁷⁷⁹:

- (J.1.1) . (1) (x) (Tx → ORx)
 . (2) Ta
 (3) ORa (1), (2)

A premissa (1) corresponde à norma jusfundamental associada afirmada pelo TRF4: “O(a) companheiro(a) homossexual deve ser considerado como dependente preferencial dos segurados (as) do Regime Geral de Previdência Social”. A premissa (2) é uma proposição empírica que enuncia que (a), por ex., Sr. L, é homossexual e dependente de segurado do INSS. Portanto, em (2) é afirmado que Sr. L realizou os pressupostos do tipo (T). A conclusão (3) é uma proposição normativa particular que

⁷⁷⁸ Nesse sentido, RIOS, *O princípio da igualdade...*, p. 131-134.

⁷⁷⁹ Ver, supra, 2.3.3.

prescreve uma ordem para que o INSS execute a consequência jurídica prevista em (1), ou seja, considere o(a) companheiro(a) homossexual como dependente preferencial dos seus segurados (as).

Os pontos à esquerda de (1) e (2) indicam que essas premissas não se deduzem de outras premissas, embora estejam corretamente fundamentadas com base nas regras e formas da justificação externa. Os números à esquerda da proposição normativa (3) indicam que ela se segue logicamente de (1) e (2).

CONCLUSÃO

Com a apresentação da concepção pragmático-universal da verdade e da correção apresentada no capítulo primeiro, fundada nas transformações lingüístico-pragmáticas por que passou a filosofia no século XX, entendo que estão dadas as condições para a superação de um dilema jusfilosófico entre um essencialismo semântico e uma metafísica jusnaturalista, de um lado, e de um pragmatismo não-cognitivista, de outro, presente na formação dos aplicadores do direito em geral.

Com a teoria da argumentação jurídica desenvolvida no capítulo segundo, entendo que seja igualmente possível superar outro dilema: um decisionismo subjetivista e irracionalista, de um lado, e um dedutivismo, de outro. Com isso, é recuperado o conceito de racionalidade e de correção da decisão jurídica, mesmo que isso não implique a certeza de uma decisão unicamente correta.

Com a demonstração da relação necessária entre proporcionalidade, discurso e princípios jusfundamentais, no terceiro capítulo, entendo que seja possível superar o dilema entre um ceticismo ponderativo e um decisionismo travestido de proporcionalidade.

Desse modo, em conjunto, estão dadas as condições para a fundamentação e a correção de decisões jurídicas que julgam tratamentos iguais ou desiguais como violadores ou não-violadores do direito de igualdade geral e, conseqüentemente, do ideal de uma democracia argumentativa, proposta por Robert Alexy. Com isso, está comprovada não só a hipótese do trabalho, mas também estão indicadas as condições para a correta interpretação e aplicação das disposições constitucionais que prescrevem o princípio de igualdade geral (art. 5º, caput, CF) e o dever de fundamentação de decisões judiciais (art.93, IV, CF).

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise of legal justification*. Dordrecht, Holland: D. Reidel, 1987.

AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Abril Cultural, 1996.

ALBERT, Hans. *Razón crítica e práctica social*. Tradución R. Sevilla. Barcelona: Paidós, 2002.

_____. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ALEXY, R. Derecho y corrección. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Ribeiro Soderó e Pablo Rodríguez. In: ALEXY, R. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005.

_____. Die logische Analyse juristischer Entscheidung. In: _____ et al. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. Tradución J. M. Sena. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. La crítica de Bulygin al argumento de la corrección. In: ALEXY, R. *La pretensión de corrección del derecho*. Tradución de P. Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

_____. Ethik und Recht. In: HÄRLE, W.; PREUL, R. *Marburger Jahrbuch Theologie XIV*. Marburg: N. G. Elwert Verlag Marburg, 2002. S. 83-92.

_____. A fórmula peso. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução L. A. Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução L. A. Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 117-130.

_____. *Interpretação*. Tradução L. A. Heck. (no prelo)

_____. Juristische Begründung, System und Kohärenz. In: DREINER, O. B. *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*. Göttingen, 1990. S. 95-107.

_____. Justicia como corrección. In: _____. *La pretensión de corrección del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 55-67.

_____. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução L. A. Heck.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 155-166.

_____. Prefácio. Tradução L. A. Heck. (no prelo)

_____. Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin. In: _____. *La pretensión de corrección del derecho*. Traducción de P. Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto G. Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. The special case thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, p. 374-384, 1999.

_____. *Theorie der Grundrechte* 3. Aufl. Frankfurt an Main: Suhrkamp, 1996.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation* 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

_____. Thirteen Replies. In: *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. G. Pavlakos (Ed.). Oxford e Portland, Oregon: Hart, 2007.

_____. *Uma concepção teórico-discursiva da razão prática*. Tradução de L. A. Heck. No prelo.

_____. Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg, vom 3. bis 6. Oktober 2001*. Berlin: de Gruyter, 2002.

ALEXY, R.; PECZENIK, A. The concept of coherence and its significance for discursive rationality. *Ratio Juris*, v. 3, n. 1, p. 130-147, mar. 1990.

ALEXY, R.; RIVERS, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Tradução Julian Rivers. 2nd. ed. Oxford: Oxford University, 2002, passim. Disponível em <http://books.google.com/books?id=4G1U8JMSJDcC&hl=pt-BR>. Acesso em 6 mar. 2009.

ANDERSON, B. The case for Re-investigating "the process os discovery". *Ratio Juris*, v. 8, p. 330-348, dec. 1995.

APEL, K. O. *Transformações da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. São Paulo: Loyola, 2000. v. 1

_____. *Transformações da filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação*. São Paulo: Loyola, 2000. v. 2.

ARISTÓTELES. Analíticos segundos. In: ARISTÓTELES. *Tratados de lógica (Órganon)*. Tradução M. C. Sanmartín. Madrid: Gredos, 1988. p. 312-440.

_____. De Interpretatione. In: The complete work of Aristotle: the revised Oxford translation. Princeton, New Jersey: Princeton University, 1984. v.1, p. 25-38.

_____. Tópicos. In: ARISTÓTELES. *Tratados de lógica (Órganon)*. Tradução de M. C. Sanmartín. Madrid: Gredos, 1982. p. 89-308.

ATIENZA, M. *El derecho como argumentación*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2006.

AUSTIN, J. L. *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*. Compilado por J. O. Urmsom. Tradução de Genaro R. Carrió e Eduardo A. Rabossi. Barcelona: Paidós, 2004.

_____. *How to do things with words*. 2nd ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

_____. Truth. In: PITCHER, E. George. *Truth*. Prentice-Hall, 1964. p. 18-31.

BAIER, K. *The moral point of view: a rational basis of ethics*. New York: Random House, 1958.

BENTHAM, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Adamant Media Corporation, 1879.

BERTI, E. *As razões de Aristóteles*. Tradução de D. D. Macedo. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Traducción de J. L. Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 44-71.

BONAVIDES, P. *A Constituição aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. *Grundrechte als Prinzipien: die Unterscheidung von Prima-facie Position und definitiven Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

BUCHANAN, J. *The limits of liberty: between anarchy and Leviathan*. Chicago: The University of Chicago, 1975.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. De J. Villeneuve, 1857.

BULYGIN, E. Alexy y el argumento da corrección. In: *La pretensión de corrección del derecho*. Traducción de P. Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

CALDEIRA, Jorge. Introdução. In: ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. *José Bonifácio de Andrada e Silva*. São Paulo: Ed. 34, 2002.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956. v. 2.

CANARIS, CLAUS-WILHELM *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. 2. ed.. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996,

CARVALHO, M. C. Argumento da generalização ou princípio da equidade? Anotações sobre a ética de Marcus G. Singer. In: CARVALHO, M. C. (Org.). *A filosofia analítica no Brasil*. Campinas: Papirus, 1995.

CRYSTAL, David. *Dicionário de lingüística e fonética*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

DREIER, Ralf. *Recht-Moral-Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.

DUMMETT, Michael. *Origins of analytical philosophy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

DWARS, Ingrid. Application discourse and the special case-thesis. *Ratio Juris*, v. 5, p. 67-78, 1992.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de J. L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 235, p. 3-15, maio 1955.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FREGE, G. Der Gedanke: eine logische Untersuchung. In: FREGE, G. *Logische untersuchung*. 5. Auf. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2003. S. 35-62.

_____. O pensamento: uma investigação lógica. In: Investigações lógicas. Tradução de O. T. Alcoforado. Porto Alegre: Edipucrs, 2002. p. 9-39.

_____. *On sense and reference*. Disponível em: <https://www.blackwellpublishing.com/content/BPL/Images/Content_store/Sample_chapter/063122235/001.pdf> Acesso em: 30 ago. 2008.

_____. Sobre o sentido e a referência. In: Lógica e filosofia da linguagem. Tradução de P. Alcoforado. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 59-86.

_____. The thought: a logical inquiry . *Mind*, v. 65, n. 259, p. 289-311, 1956.

_____. Über Sinn und Bedeutung. *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 1892.

GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução de H. Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social, a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GÜNTHER, Klaus. Critical remarks on Robert Alexy's "special-case thesis". *Ratio Juris*, v. 6, p. 143-156, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Apêndice à facticidade e validação: réplica às comunicações em um simpósio da Cardozo Law School. Tradução de Paulo Astor Soethe. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 299-384.

_____. Charles S. Peirce sobre comunicação. In: _____. *Textos e contextos*. Tradução S. L. Vieira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 9-32.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2. ed. Tradução G. A. Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução F. B. Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1,

_____. Eine genealogische Betrachtung zum cognitive Gehalt der Moral. In: *Die Einbeziehung des Anderen: studien zur politischen theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. S. 11-64.

_____. *Fäktizität und Geltung: beiträge zur diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

_____. *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, 7. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

_____. *Nachmataphysisches denken: pholosophische aufsätze*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992b.

_____. Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso. In: _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Pensamento pós-metafísico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*. 4. ed. Madrid: Taurus, 2003. v. 1.

_____. Teorías de la verdad. In: _____. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Tradución M. J. Redondo. Madrid: Cátedra, 1997.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

_____. *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt Am Main: Suhrkamp, 1995. Bd 1.

_____. Truth and society: the discursive redemption os factual claims to validity. In: _____. *On the pragmatics os social interaction: preliminary studies in the theory of communicative action*. Traduction B. Fultner, Cambridge: The MIT, 2001. p. 85-104.

_____. Uma visão genealógica da moral. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 11-60.

_____. *Verdade e justificação*. Tradução M. C. Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. Wahrheitstheorien. In: *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984.

HARE, R. M. *Freedom and reason*. Oxford: Oxford University, 1965.

_____. *The language of morals*. London, Oxford, New York: Oxford University Press, 1975

HART, H. L. *O conceito de direito*. Tradução de R. Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

_____. Prefácio. In: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. D. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução P. Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003.

_____. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Disponível em Elektronische Edition der Gesammelten Werke Immanuel Kants. Disponível em: <<http://www.ikp.uni-bonn.de/kant/aa04/>>. Acesso em: 15 jun. 2008.

_____. *Lógica*. Tradução G. A. Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KLUG, U. *Lógica jurídica*. Bogotá: Temis, 2004.

KOMMERS, Donald. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2nd ed. Durham and London: Duke University Press, 1997.

KUMM, M. Political liberalism and the structure of rights: on the place and limits of the proportionality requirement. In: *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. G. Pavlakos (Ed.). Oxford e Portland, Oregon: Hart, 2007.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEIBHOLZ, Gerhard. *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*. München und Berlin: C.H. Beck, 1959.

LEIVAS, P. G. C. Os direitos dos homossexuais a tratamento isonômico perante a Previdência Social. In: GOLIN, Célio; WEILER, Luis Gustavo. (Org.). *Homossexualidades, cultura e política*. Porto Alegre: Sulina, 2002, 49-70.

_____. A rejeição da conduta homossexual por John Finnis. In: RIOS, Roger Raupp (Org.) *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007,

_____. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, José Reinaldo Lima. Desigualdades jurídicas: povos indígenas, favelados e sem-terras. *Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 1, n. 5, out./dez. 2002.

LORENZEN, P. *Normative logic and ethics*. Mannheim/Zürich: Hochschultaschenbücher, 1969.

_____. *Pensamiento metódico*. Buenos Aires: Sur, 1973.

MACCORMICK, N. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford University, 1978.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDONCA, D. Presumptions. *Ratio Juris*, v. 11, p. 4, p. 399-412, 1988.

MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. Tradução de Luís Afonso Heck. No prelo.

_____. *Der Allgemeine Gleichheitsatz als Methodennorm komparativer Systeme: methodenrechtliche Analyse und Fortentwicklung der Theorie der ‚beweglichen Systeme‘*. Berlin: Duncker und Humblot, 1997.

MILL, J. S. *Utilitarianism*. Edited, with an introduction by George Sher. 2nd ed. Indianapolis/Cambridge: Hackett Pub., 2001.

MORRIS, C. *Fundamentos da teoria dos signos*. Tradução M. J. Pinto. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1976.

NINO, C. S. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 2003.

NUSSBAUM, M. *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*. Traducción G. Zadunaisky. Buenos Aires: Katz, 2006.

PAVLAKOS, G. The special case thesis: an assessment of R. Alexy's discourse theory of law. *Ratio Juris*, v. 11, p. 126-54, 1998.

PECZENIK, A. Law, morality and truth. *Ratio Juris*, v. 7, n. 2, p. 146-176, jul. 1994.

PEIRCE, C. S. A construção arquitetônica do pragmatismo. In: PEIRCE, C. S. *Semiótica*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. *The essential Peirce: selectal philosophical writings*. Bloomington: Indiana University, 1988. v. 2.

PIAGET, J. *Epistemologia genética*. Tradução Á. Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PITCHER, G. Introduction. In: PITCHER, G. (Ed.). *Truth*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1964. p. 1-15.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, [1968]. v. 2.

PULIDO, C. B. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

RAWLS, J. *A theory of justice*. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

REICHENBACH, Hans. *The rise of scientific philosophy*. 2nd. ed. Los Angeles: University of California, 1954.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

_____. *O princípio da igualdade e o direito antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas no direito constitucional estadunidense*. Porto Alegre, 2004. 249 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2004.

_____. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: _____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 147-153.

SAVIGNY, E. V. *Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren*. 4. aufl München: Deutscher Taschenbuch, 1976.

SEARLE, J. R. Austin on Locutionary and Illocutionary Acts. *The Philosophical Review*, v. 77, n. 4, p. 405-424, oct., 1968. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2183008>> Acesso: 4 mar. 2009.

_____. *Speech acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University, 1969.

_____. Uma taxinomia dos atos ilocucionários. In: SEARLE, J. R. *Expressão e significado: estudo da teoria dos atos de fala*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 1-46.

SMITH, Robin. Logic. In: *The Cambridge Companion to Aristotle*, Cambridge: Cambridge University, 1995.

SINGER, M. G. *Generalization in ethics*. New York: Alfred A. Knopf, 1961.

SORIANO, L. M. The use of precedents as arguments of authority, arguments ab exemplo, and arguments of reason in civil law systems. *Ratio Juris*, v. 11, n. 1, p. 90-112, 1998.

SOUZA, J. C. *Filosofia, racionalidade, democracia: os debates Rorty & Habermas*. Tradução J. C. Souza. São Paulo: UNESP, 2005.

STRAWSON, P. F. Truth. In: PITCHER, G. (Ed.). *Truth*. New Jersey: Prentice-Hall, 1964. p. 12-53.

TOULMIN, Stephan E. *An examination of the place of reason in ethics*. Chicago: The University of Chicago, 1986.

_____. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University, 2003.

TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. *An Introduction to reasoning*. Nova York: Macmillan Publishing, 1979.

TRASK, R. L. *Dicionário de linguagem e lingüística*. 2. ed. Tradução R. Llari. São Paulo: Contexto, 2006.

TRIBE, Laurence. H. *American constitutional law*. 2nd. ed. Mineola, New York: The Foundation, 1988.

TUGENDHAT, E.; WOLFF, U. *Logisch-semantische Propädeutik*. Stuttgart: Philipp Reclam Jun Stuttgart, 1993.

TUGENDHAT, E.; WOLFF, U. *Propedêutica lógico-semântica*. Tradução F. A. Rodrigues. Petrópolis: Vozes, 2005.

VIEHWEG, T. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964.

VILLEY, M. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WASSERSTROM, R. A. *The judicial decision: toward a theory of legal justification*. London: Oxford University, 1961.

WEINBERGER, O. Conflicting views on practical reason. Against pseudo-arguments in practical philosophy. *Ratio Juris*, v. 5, n. 3, p. 252-268, 1992.

WHITEHEAD, A. N. *A Ciência e o mundo moderno*. Tradução H. H. Watzlawick. São Paulo: Paulus, 2006.

WITTGENSTEIN, L. *Conferencia sobre ética*. Madrid: Paidós, 1989.

_____. *Investigações filosóficas*. Tradução M. G. Montagnoli. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradución V. E. Galván. Madrid: Alianza, 1973.

WRIGHT, G. H. *Normas, verdad y lógica*. 2 ed. México, D.F.: Fontamara, 2001.

_____. *Norm and Action: a logical enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul, 1963.

_____. The logic of preference reconsidered. In: WRIGHT, G. H. *Philosophical logic*. Ithaca, New York: Cornell University, 1984. p. 67-91.

_____. Valuations - or how to say the unsayable. *Ratio Juris*, v. 13, n. 4, p. 345-357, dec. 2000.