

Organizadores

Cristhian Magnus De Marco

Julian Christopher Belotto

Anderson Rodrigo Gusberti

Série

Direitos Fundamentais Civis

*Direitos Fundamentais na Perspectiva
Teórica de Robert Alexy - Tomo VI*



Editora Unoesc



Organizadores

Cristhian Magnus De Marco

Julian Christopher Belotto

Anderson Rodrigo Gusberti

ISBN 978-85-8422-071-7

Série

Direitos Fundamentais Civis

*Direitos Fundamentais na Perspectiva
Teórica de Robert Alexy - Tomo V9*



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva
Revisão metodológica: Talita Varella da Silva
Projeto Gráfico e Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D598 Direitos fundamentais na perspectiva teórica de Robert Alexy:
Tomo VI / organizadores Cristhian Magnus de Marco, Julian Christopher Belotto, Anderson Rodrigo Gusberti. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. – (Série Direitos Fundamentais Cívicos)
360 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-071-7

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos - Filosofia. I. De Marco, Cristhian Magnus. II. Belotto, Julian Christopher. III. Gusberti, Anderson Rodrigo. IV. Série

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa,
Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Lindamir Secchi Gadler

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates
Ribeiro Jovani Antonio Stefani
Lisandra Antunes de Oliveira
Eliane Salete Filipim
Luiz Carlos Lückmann
Carlos Luiz Strapazzon
Gilberto Pinzetta
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron
Marcieli Maccari

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (Unoesc, Brasil)
Carlos Strapazzon (Unoesc, Brasil)
Francesco Saitto (La Sapienza, Italia)
Mercè Barcelò i Serramalera (UAB-Espanha)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Ivan Obando Camino (Talca, Chile)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....5

CAPÍTULO I - DIÁLOGOS FUNDAMENTAIS COM A TEORIA DE ROBERT ALEXY

DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERVENÇÕES ABSOLUTAS..... 9
Carlos Luiz Strapazzon, Adriana Inomata

TÊMIS NO DIVÃ: FATORES IRRACIONAIS NA PONDERAÇÃO
CONSTITUCIONAL? 39
Paulo Mario Canabarro Trois Neto

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E
PONDERAÇÃO 71
Alex Copetti, Rogério Gesta Leal

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO UMA CONSTRUÇÃO NÃO
POSITIVISTA: QUESTÕES TEÓRICAS SOBRE O PENSAMENTO
CONSTITUCIONALISTA DE ROBERT ALEXY..... 95
Lucas Augusto da Silva Zolet, Janaína Hennig Bridi, Fausto Santos de
Morais

LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:
ALGUNAS OBJECIONES A LA PONDERACIÓN Y AL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD EN LA TEORÍA DE ALEXY..... 115
Nuria Belloso Martín

DIREITO, CIÊNCIA E A RACIONALIDADE DAS PREMISSAS EMPÍRICAS
NA FÓRMULA DO PESO DE ROBERT ALEXY 147
Ana Carolina Rezende Oliveira

CAPÍTULO II - VIVÊNCIAS E APLICAÇÕES COM A TEORIA DE ROBERT ALEXY

CONTRATOS DE MATERIAL GENÉTICO: A DICOTOMIA ENTRE VIDA
E PRIVACIDADE..... 171
Janaína Reckziegel, Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte

**A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO:
REPOSICIONAMENTO NA TEORIA DE ROBERT ALEXY, COMO
MECANISMO DE MANUTENÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO EM FACE DAS ATRIBUIÇÕES CONFERIDAS AO MINISTÉRIO
PÚBLICO..... 197**

Hélio Silvío Ourém Campos, Lucas Sampaio Muniz da Cunha

**A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, A REGRA DA CARGA
DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY E OS PRECEDENTES NO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 223**

Suzane Pimentel Nogueira, Gustavo Santana Nogueira

**LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS Y LA CESIÓN DE CARTERA VENCIDA
DEL INFONAVIT-MÉXICO A RECUPERADORAS DE CRÉDITO PRIVADAS.
ESTUDIO DE CASO DESDE LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN Y EL
PRINCIPIO PRO PERSONA..... 245**

Jorge Antonio Contreras

**A COLISÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DA
JUSTIÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO
DO PROCESSO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS PROPOSTA POR ROBERT ALEXY 279**

Jeison Francisco de Medeiros, Cristhian Magnus de Marco

O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE COMO UM TODO . 307

Moisés João Rech, Renan Zenato Tronco

**IDENTIFICAÇÃO DO GRUPO “CAMPONESES DO ARAGUAIA”:
A HISTÓRIA ORAL, AS PROVAS E A TEORIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY..... 329**

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Irene Gomes

APRESENTAÇÃO

O presente e-book é formado por artigos de diversos pesquisadores como resultado do evento Unoesc International Legal Seminar - Spring 2015, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, na cidade de Chapecó, entre os dias 21 e 23 de outubro.

Os artigos aqui reunidos foram apresentados no grupo de trabalho (GT) dedicado exclusivamente ao debate da teoria alexyana. Todos os textos foram submetidos à avaliação pelo sistema double-blind review, tendo sido aprovados e selecionados para apresentação no evento e composição da presente obra.

As discussões acadêmicas durante o evento foram intensas e proveitosas. De fato, foi uma grande satisfação receber pesquisadores de diferentes partes do Brasil, e, ainda, textos do exterior, que foram apresentados e debatidos por meio de tecnologias de informática.

O leitor perceberá a ótima consistência acadêmica dos artigos adiante organizados. Alguns deles utilizam a teoria do Prof. Dr. Robert Alexy, para responder problemas do cotidiano jurídico e outros, de viés mais teórico, dialogam com os seus pressupostos teóricos.

Desejamos a todos uma ótima leitura!

Os organizadores.

Capítulo I

Diálogos Fundamentais com a Teoria de Robert Alexy

DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERVENÇÕES ABSOLUTAS

Carlos Luiz Strapazzon*
Adriana Inomata**

RESUMO

Este trabalho explora o alcance de uma tese central da teoria da ponderação de Robert Alexy, segundo a qual direitos fundamentais são direitos otimizáveis. O objetivo é compreender as situações constitucionais de intervenção absoluta, ou seja, de violações legítimas a direitos fundamentais. Em razão disso, será traçado um panorama da teoria dos princípios de Alexy, dentro do qual será analisada a natureza dos princípios, as leis da ponderação, o teste da proporcionalidade e o sistema de otimizações e restrições a direitos fundamentais. Será abordado também o tratamento da proporcionalidade no Brasil. Quanto à metodologia, trata-se de análise conceitual e de crítica teórica, pois a discussão é uma crítica, mas orientada pela teoria dos princípios de Robert Alexy. A conclusão é que não só o direito constitucional enquanto tal, mas também a doutrina e a jurisprudência brasileiras aceitam situações constitucionais de intervenção absoluta, ou seja, de violações a direitos fundamentais e que essa realidade deve ser explicada e incorporada pela teoria da ponderação.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Violações. Proporcionalidade.

* Pós-Doutor em Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor de Direito Constitucional, Faculdade de Direito - Universidade Positivo; Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Editor-Chefe da Revista EJJL - Unoesc; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; strapazzon.luiz.carlos@gmail.com

** Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil; Professora de Direito Constitucional na Faculdade de Direito - Universidade Positivo; adrianainomata@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

2.2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

A elaboração da teoria dos princípios de Robert Alexy situa-se no contexto da teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 2013), a qual visa demonstrar a possibilidade e a validade de uma fundamentação racional do discurso jurídico. Tendo em vista que as disposições de direitos fundamentais têm duplo caráter, de regras e de princípios (ALEXY, 2008, p. 141; ALEXY, 2011, p. 64-65), essa teoria é extremamente relevante para explicar a aplicação de tais direitos.

A teoria dos princípios foi elaborada no contexto de crítica às ideias metodológicas tradicionais do final do século XIX (POSCHER, 2011, p. 73). Os métodos tradicionais (do positivismo) de interpretação e de aplicação do direito tornaram-se insuficientes para a interpretação dos direitos fundamentais consagrados no âmbito das constituições (ALEXY, 2011, p. 56). A hermenêutica tradicional não favorecia a força vinculante dos princípios, como defende Dworkin (2011, p. 23-51), uma vez que colocavam os princípios em uma posição subsidiária com relação à aplicação das regras (DWORKIN, 2011, p. 36). O direito era visto como um sistema de regras (DWORKIN, 2011, p. 28).

No contexto do pós-positivismo é que efetivamente se desenvolveu a teoria dos princípios a partir dos estudos de Ronald Dworkin (com *The model of rules*, 1967 e *Taking rights seriously*, 1ª edição: 1977) e depois com Robert Alexy (com *Theorie der Grundrechte*, 1ª edição: 1986), numa perspectiva romano-germânica. Tais autores desenvolveram suas teses partindo de uma ideia básica: tanto as regras quanto os princípios são espécies de normas jurídicas. Este artigo ocupa-se da análise da teoria dos princípios proposta por Robert Alexy.

Segundo Alexy (2008, p. 85),¹ a distinção entre regras e princípios “[...] é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.” Uma teoria adequada e satisfatória das restrições a direitos fundamentais deve partir dessa distinção.

Diferentemente dos critérios tradicionais de distinção entre regras e princípios (grau de generalidade, grau de abstração, grau de determinabilidade, caráter axiológico, entre outros), Alexy (2008, p. 90) propõe que uma distinção entre essas duas espécies de normas é uma distinção de natureza qualitativa e não de grau. Nesse sentido, os princípios são caracterizados por serem mandamentos otimização, ou normas que devem otimizar-se (SIECKMANN, 2011, p. 29), enquanto as regras são mandamentos definitivos.

Como mandamentos definitivos, os princípios são espécies de normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso (ALEXY, 2008, p. 90; BOROWSKI, 2000, p. 35-36). Os princípios garantem direitos e impõem deveres de modo *prima facie*.

Assim, os princípios são compatíveis com vários graus de concretização, pois sua satisfação depende tanto das condições fáticas mas também das condições jurídicas do caso. “O âmbito das possibilidades jurídicas”, afirma Alexy (2008, p. 90), “[...] é determinado pelos princípios e regras colidentes.” A determinação do grau de concretização de um princípio, levando em consideração as exigências de outro (colidente), é feita por meio da ponderação. Nesse sentido, “[...] a ponderação é a forma específica de aplicação dos princípios.” (ALEXY, 2014, p. 5; JANSEN, 2011, p. 51).

¹ Nesse sentido também e Borowski (2000, p. 35).

Como mandamentos definitivos, as regras ou são satisfeitas ou são insatisfeitas. Essas normas garantem direitos ou impõem deveres de modo definitivo. Ou seja, se é válida e se estão presentes todas as condições para ser aplicada, a regra deve ser satisfeita integralmente, “[...] deve se fazer exatamente aquilo que ela exige.” (ALEXY, 2008, p. 91). Assim, a forma de aplicação da regra é a subsunção (ALEXY, 2014, p. 5; JANSEN, 2011, p. 51).

Essa distinção torna-se mais clara no caso de colisões entre princípios (POSCHER, 2011, p. 77) e conflitos entre regras.

Diante de um conflito entre regras, a solução se dá: incluindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito; se isso não for possível, declarando uma das regras como inválida. Neste caso, a solução é uma decisão sobre validade (ALEXY, 2008, p. 92-93).

A colisão entre princípios ocorre quando algo é proibido, em razão de um princípio, mas permitido em razão de outro. Isoladamente os princípios incidentes levam a resultados opostos. Neste caso, um deles deverá ceder. Isso não significa que o princípio cedente deverá ser declarado inválido ou que deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Isso implica afirmar que, nos casos concretos, os princípios assumem diferentes pesos e que prevalecerá aquele de maior peso. Há aí, portanto, uma relação de precedência condicionada/concreta, ou seja, sob determinadas condições um princípio, que tem mais peso, precede em face de outro. Assim, as colisões entre princípios ocorrem na dimensão de peso (ALEXY, 2008, p. 93-94). Peso no sentido de que, em um caso concreto, o princípio que tem um peso maior tem razões suficientes para prevalecer, sob as condições presentes no caso concreto (ALEXY, 2008, p. 97). Assim, o peso de um princípio refere-se às razões que fundamentam sua prevalência (ou não) sobre outro.

Todas as colisões entre princípios, e portanto entre direitos fundamentais, só podem ser solucionadas se restrições e sacrifícios

forem feitos. A questão essencial a saber é como essas restrições serão feitas de modo a impedir violações (ALEXY, 2011, p. 62).

Nesse sentido, essa relação de precedência condicionada indica, na verdade, as “*condições sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental*”. E, de acordo com Alexy (2008, p. 98), “[...] se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida.” Deste modo, Alexy é categórico ao afirmar que as violações a direitos fundamentais não são permitidas pela teoria dos princípios proposta.

A ponderação é então o método de resolução de colisões (ALEXY, 2011, p. 64), que, de acordo com a teoria dos princípios, responde a questão se uma intervenção a um direito fundamental é justificada ou se é uma violação (ALEXY, 2011, p. 67). Trata-se aqui de um sopesamento racionalmente fundamentado e não decisionista. Nesse sentido, Alexy (2008, p. 166-167) preocupa-se com o estabelecimento de razões que justifiquem a relação de preferência. Assim, levando em consideração o caráter *prima facie* dos princípios, ou seja, que são mandamentos de otimização que se realizam dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, Alexy (2008, p. 167) formula a seguinte lei do sopesamento: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” De acordo com essa regra, o peso do princípio é relativo, pois só é verificado em colisão com outro.

1.2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E O MÉTODO DA PROPORCIONALIDADE NA OBRA DE ROBERT ALEXY

Conforme discurremos anteriormente, os princípios têm natureza de mandamentos de otimização, o que significa que serão concretizados ao máximo dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso. Essa natureza conduz a uma relação necessária entre os prin-

cípios e o exame da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 116; ALEXY, 2014, p. 5-6; BOROWSKI, 2000, p. 36).

Vimos também que, diante de uma colisão entre princípios (e portanto entre direitos fundamentais), um deverá ceder diante de outro. Há o que Alexy denomina de relação de precedência condicionada ou concreta, em que o princípio que prevalece tem mais peso com relação ao outro colidente. A partir daí Alexy formula a “Lei de Colisão”. Essa relação de preferência não pode ser arbitrária. Por isso Alexy propõe o método da proporcionalidade para que uma intervenção/restrrição a um princípio seja defendida racionalmente.

A proporcionalidade, assim, constitui um verdadeiro método de resolução das colisões entre direitos fundamentais, especificamente, da legitimidade/constitucionalidade das intervenções (restrições) que um direito fundamental pode sofrer. A proporcionalidade é, assim, parâmetro para aferir a diferença entre uma restrição e uma violação (arbitrária) a um direito fundamental.

A proporcionalidade é constituída por três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. As três máximas parciais da proporcionalidade “[...] definem aquilo que deve ser compreendido por ‘otimização’ na teoria dos princípios.” (ALEXY, 2008, p. 588; ALEXY, 2014, p. 6; BOROWSKI, 2000, p. 37-38).

As parciais da adequação e da necessidade estabelecem uma análise das circunstâncias fáticas e dizem respeito a uma relação entre meio e fim. Nesse sentido, tais máximas “[...] expressam a exigência - contida na definição de princípio - de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas.” (ALEXY, 2008, p. 588). A máxima da adequação tem um caráter negativo, no sentido de que nessa etapa de análise, eliminam-se os meios não adequados. A máxima da necessidade exige que entre dois meios adequados para se atingir a um fim, deve-se escolher aquele que intervenha de modo menos intenso no direito. Não se trata de uma simples eliminação de meios,

mas sim uma “[...] vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.” (ALEXY, 2008, p. 591).

Na análise sobre determinada medida, as três submáximas não precisam ser necessariamente aplicadas de forma simultânea. Assim, haverá casos em que a medida é desproporcional pelo fato de não ser adequada e/ou necessária. Nestes casos, nem se passa para análise da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o sopesamento propriamente dito. Porém, em outros casos se faz necessário o uso da proporcionalidade em sentido estrito, quando a medida mostrou-se, na análise das questões fáticas, adequada e necessária. Trata-se, portanto, de uma situação que a adequação e a exigibilidade é incapaz de resolver a colisão: situação sopesamento.

Como mandamentos de otimização, os princípios serão concretizados dentro das possibilidades fáticas, mas também jurídicas. As possibilidades jurídicas são definidas pelos princípios colidentes. Ou seja, é na colisão e, por conseguinte, na ponderação que se verifica quais as intervenções de natureza jurídica incidem a um direito fundamental, de modo a restringi-lo. A lei sopesamento equivale à parcial da proporcionalidade em sentido estrito e se expressa, como já visto, da seguinte forma: quanto maior a intensidade da intervenção em um princípio, tanto maior terá que ser o grau de importância da satisfação do outro colidente (ALEXY, 2008, p. 593).

A lei do sopesamento, e a própria natureza dos princípios, sugere que, em eventual colisão entre essas espécies normativas, deverão ser atribuídos pesos ou grandezas diferentes, de modo que no caso concreto, em dadas condições, o de maior peso deverá preceder sobre o outro. Alexy (2008, p. 595) defende, assim, a possibilidade de se atribuir diferentes intensidades de intervenções em um princípio e graus de importância a outro. Alexy propõe uma classificação triádica. Há, assim os seguintes intensidades e graus de intervenção em um direito e de importância de outro: leve (reduzido, fraco), representado por *l*; moderado, representado por *m*; e sério (elevado,

forte), representado por *s*. Com base nesse modelo triádico, Alexy (2008, p. 609) propõe um modelo triádico duplo, com nove níveis: (1) *ll*, (2) *lm*, (3) *ls*, (4) *ml*, (5) *mm*, (6) *ms*, (7) *sl*, (8) *sm* e (9) *ss*. Essa classificação demonstra que não existem apenas intervenções leves, moderadas e sérias, mas também seríssimas.

2 A PROPORCIONALIDADE NO BRASIL

De fato, ocorre frequente alusão à proporcionalidade na busca de soluções de conflitos entre direitos e princípios fundamentais no Brasil, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. No entanto, há razoável consenso doutrinário de que a proporcionalidade não é aplicada, no Brasil, de modo uniforme e nem muito menos, de modo coerente com os pressupostos clássicos da doutrina europeia (finalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) (SARLET, 2012, p. 405; SILVA, 2011, p. 167-169).

Clássicos da doutrina constitucional brasileira, em fins do século XIX e início do século XX, como Fundação Casa de Rui Barbosa (1891, p. 45), ideólogo da Constituição de 1891, adotavam, explicitamente o argumento da proporcionalidade sempre que discutia a necessidade de assegurar *igualdade e razoabilidade* a uma decisão, seja no âmbito econômico,² seja no político.³ Era a influência da jurisprudência constitucional dos EEUU.

O *Leading Cases* histórico do Supremo Tribunal Federal é o Habeas Corpus (HC) n. 45.232/GB, 21.06.1968, relatado pelo Ministro

² “Desigualdade não pode haver onde há proporcionalidade.” (FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA, 1891, p. 45).

³ “À terceira condição de reforma está na abolição do voto cumulativo, cujas provas, entre nós, são miserandas, estabelecendo-se a representação proporcional mediante aquele, dentre os vários sistemas conhecidos, que mais racional e praticamente efetue [...] Baste firmar aqui o princípio da proporcionalidade, garantia necessária do direito das minorias [...]” (FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA, 1910, p. 59).

Themístocles Cavalcanti. Esse HC é talvez um dos primeiros casos em que o Supremo Tribunal Federal aplicou a proporcionalidade reconhecendo-a não mais apenas como uma exigência de *equidade*, mas propriamente como *princípio constitucional*. Isso indica que em meados do século XX, em pleno contexto autoritário, a jurisprudência brasileira continuava sensível ao tema das conexões entre direito e proporcionalidade, bem como à orientação teórica desenvolvida nos EEUU.

Não obstante, há considerável divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à existência de um direito a decisões proporcionais, bem como a um dever legislativo, jurisdicional administrativo ou contratual correspondente. Na análise das razões mais frequentemente utilizadas pela doutrina para se invocar a proporcionalidade numa decisão, especialmente de natureza judicial, pode-se encontrar explicações de que o fundamento do dever de garantir uma decisão proporcional seja o *Rule of Law* e o *Due Process of Law* (STUMM, 1995, p. 159-170; FERREIRA FILHO, 1995, p. 111-112; BONAVIDES, 1993, p. 352-355); outros entendem, na linha de Alexy, que é a natureza dos direitos fundamentais que a exigem (SILVA, 2010); para outros é a unidade sistêmica da Constituição;⁴ para outros, até, é a conjugação de todos esses fundamentos. De um modo geral, o debate doutrinário no Brasil tem preferido se concentrar na resolução de um metaproblema conceitual: saber o que é, afinal, a natureza normativa da proporcionalidade. Se regra (SILVA, 2010, p. 169), princípio (SARLET, 2012, p. 404-405), postulado aplicativo (ÁVILA, 2009) ou condição de possibilidade (NEVES, 2013, p. 109-110).

Em muitos de seus julgamentos o Supremo Tribunal Federal faz referência à proporcionalidade como um mero pressuposto, noutras fundamenta-o no ideal de *due process of law*, previsto no Art. 5º LIV da CRFB (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens

⁴ Essa é a visão dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

sem o devido processo legal). Todavia, pode-se encontrar decisões que se referem a outros fundamentos constitucionais, tais como: art 5º II, legalidade, 5º XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional), 1º *caput* (princípio republicano), 1º II (cidadania), 1º III (dignidade), além dos institutos do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e o direito de petição. Não se pode deixar de mencionar, por fim, a tese que a proporcionalidade decorre do § 2º do artigo 5º, do regime e dos princípios adotados pela Constituição brasileira.

A exigência de proporcionalidade vem sendo aceita como um dever jurídico-positivo, o que, por si só, revela a importância de sua explicação e descrição. Mas apesar da fervilhante produção doutrinária e da menção na jurisprudência dos vários tribunais estaduais, da obrigatoriedade da aplicação da proporcionalidade, além da referência da mesma nas decisões do Supremo Tribunal Federal, tem-se questionado se a Constituição Brasileira de fato consagra a proporcionalidade. Todavia, essa é uma dúvida que, se ainda existe, deveria ser superada, pois o texto constitucional consagra explicitamente, e em muitos campos temáticos diferentes, a proporcionalidade como um dever jurídico associado à concretização de direitos constitucionais individuais, coletivos, civis, políticos, administrativos e sociais. A seguir, destacamos uma relação não exaustiva, isto é, apenas alguns dos dispositivos constitucionais que exigem a aplicação de soluções proporcionais com a finalidade de esclarecer a existência objetiva desse mandamento no texto constitucional: i) (*DIREITOS CIVIS*) Art. 5º. V;⁵ (*DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO*) Art. 7º, V⁶, XXI;⁷(*DIREITOS*

⁵ “[...] é assegurado o direito de resposta, *proporcional* ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

⁶ “[...] piso salarial *proporcional* à extensão e à complexidade do trabalho.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

⁷ “[...] aviso prévio *proporcional* ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

SOCIAIS PREVIDENCIÁRIOS) Art. 39, § 1º, I;⁸ (*CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, incorporada ao sistema jurídico brasileiro com status de Emenda à Constituição*) Art. 2º;⁹ (*DIREITOS POLÍTICOS*) Art. 58. § 1º¹⁰; (*DIREITO ADMINISTRATIVO*) Art. 70. VIII;¹¹ (*ADCT*) Art. 60, III, a.¹²

Agora, para finalizar, destacamos duas decisões recentes do STF que aplicaram a proporcionalidade para resolver casos concretos. Pode-se ver, por aí, que persiste a divergência clássica na Jurisprudência da mais alta Corte do Brasil. Por um lado, há uma corrente jurisprudencial que se filia ao modelo americano de “*balancing*” e

⁸ “Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: I - por invalidez permanente, sendo os proventos *proporcionais* ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

⁹ “‘Adaptação razoável’ significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas [...]” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

¹⁰ “Na constituição das Mesas e de cada comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. § 4o. Durante o recesso, haverá uma comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

¹¹ “[...] aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

¹² “[...] observadas as garantias estabelecidas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 208 da Constituição Federal e as metas de universalização da educação básica estabelecidas no Plano Nacional de Educação, a lei disporá sobre: a) a organização dos Fundos, a distribuição proporcional de seus recursos, as diferenças e as ponderações quanto ao valor anual por aluno entre etapas e modalidades da educação básica e tipos de estabelecimento de ensino.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

“*reasonable*”; por outro, há ministros que a aplicam com apoio teórico no modelo alemão de controle da *finalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de *razoabilidade* traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. *O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade*, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira *imoderada*, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade. Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da *proporcionalidade*, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da *proporcionalidade*, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível

à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraíndo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do “due process of law” (RAQUEL DENIZE STUMM, “Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro”, p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Direitos Humanos Fundamentais”, p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, “Curso de Direito Constitucional”, p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros).

Como precedentemente enfatizado, o princípio da *proporcionalidade* visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 176/578-579, Rel.

Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Daí a advertência de que a interdição legal “in abstracto”, vedatória da concessão de liberdade provisória, como na hipótese prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento, considerados os múltiplos postulados constitucionais violados por semelhante regra legal, eis que o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal. Igual objeção pode ser oposta ao E. Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento, fundado em juízo meramente conjectural (sem qualquer referência a situações concretas) - no sentido de que “[...] a vedação imposta pelo art. 2º, II, da Lei 8.072/90 é [...] fundamento idôneo para a não concessão da liberdade provisória nos casos de crimes hediondos ou a ele equiparados, dispensando, dessa forma, o exame dos pressupostos de que trata o art. 312 do CPP (fls. 257 - grifei) -, constitui, por ser destituído de base empírica, presunção arbitrária que não pode legitimar a privação cautelar da liberdade individual.” (STF. Habeas Corpus 96.715-SP. Rel. Celso de Mello. 03.02.2009, Informativo 533).

[A] doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, *em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.*

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes)*, *pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas*

também a *adequação desses meios* para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade de sua utilização* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*). O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O *subprincípio da necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, *o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa*. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). (Voto vista do Min. Gilmar Ferreira Mendes proferido no Recurso Extraordinário (RE) 466.343-SP, julgado em 13.12.2008, pelo Tribunal Pleno do STF, por unanimidade, com a relatoria do Min. Cezar Peluso. Discussão sobre Prisão Civil por dívida de depositário infiel em contrato de alienação fiduciária em garantia, p. 1.168).

3 SOBRE RESTRIÇÕES E VIOLAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vimos nos capítulos anteriores que, segundo Robert Alexy, os princípios, e portanto os direitos fundamentais com essa estrutura, são mandamentos de otimização, o que significa afirmar que se realizam em diferentes graus de concretização, a depender das condições fáticas e jurídicas do caso. Disso resulta o caráter *prima facie* dessas normas. Assim, diferentemente das regras, eles não contêm um caráter definitivo. Os princípios não têm uma determinação de extensão de seu conteúdo. Isso é definido a partir da colisão com outros princípios e das possibilidades fáticas.

Coerente com esta visão Alexy (2008, p. 277) propõe que, abstratamente visualizado, o princípio seja visto apenas de modo *prima facie*. Nesse sentido, é possível distinguir o direito em si, *prima facie*, não restringido, e o direito com suas restrições (a partir da colisão e do sopesamento), *direito definitivo* (BOROWSKI, 2000, p. 31). Essa é a chamada teoria externa das restrições a direitos fundamentais.¹³ É chamada de teoria externa porque constata que o direito é restringido por fatores externos a ele (SILVA, 2011, p. 140). É, como afirma Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 138), a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento e à regra da proporcionalidade.

As restrições a direitos fundamentais são normas (BOROWSKI, 2000, p. 31; ALEXY, 2008, p. 281), as quais devem ser necessariamente compatíveis com a Constituição (BOROWSKI, 2000, p. 47). Caso contrário, até podem ter natureza de uma intervenção, mas não serão uma restrição.

Nesse sentido, segundo a proposta classificatória de Alexy (2008, p. 285-295), as restrições podem ser diretamente e indiretamente constitucionais.

As restrições de hierarquia constitucional dizem respeito aquelas estabelecidas diretamente pela própria Constituição, expressas ou implícitas. As restrições expressas são aquelas escritas de forma expressa no Texto constitucional. A exemplo, no Brasil, temos as condições restritivas para o exercício do direito de reunião, expressas no art. 5º, XVI, da CRFB. As restrições implícitas decorrem de uma colisão entre direitos fundamentais e outros valores de hierarquia constitucional, em relações individualizadas. Portanto, tais restrições

¹³ Diferentemente da teoria externa, a teoria interna propõe que só os direitos fundamentais seriam “não limitáveis (BOROWSKI, 2000, p. 32). “O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite.” (ALEXY, 2008, p. 277). Segundo essa teoria, ao definir um direito, estamos identificando seus limites, o que significa afirmar que a definição da extensão do direito não depende de fatores externos a ele (SILVA, 2011, p. 128).

tem caráter de princípios. Ainda com relação a restrições baseadas em princípios, deve-se ressaltar, segundo Alexy (2008, p. 290-291), que os princípios constitucionais não autorizam que todos e qualquer órgão estatal estabeleçam restrições a direitos fundamentais sem autorização legal. Devem ser respeitadas as condições formais de atuação dos três Poderes no âmbito dos direitos fundamentais, dentre essas, por exemplo a distribuição de competências.¹⁴

As restrições indiretamente constitucionais, por sua vez, são estabelecidas quando a Constituição autoriza alguém a regulá-las. Trata-se, este caso, das chamadas reservas legais (simples e qualificadas), ou seja, das situações em que a própria Constituição estabelece que determinada norma será restringida pelo legislador infraconstitucional. Estamos diante de uma reserva legal simples quando a competência para estabelecer restrições é garantia sem que o constituinte estabeleça pressupostos para que o legislador a exerça, havendo uma maior discricionariedade do legislador, portanto. Como exemplo, podemos citar o art. 5º, XIII, da CRFB, que estabelece que “[...] é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*” (BRASIL, 1988, grifo nosso). Uma reserva legal qualificada estabelece ao legislador infraconstitucional pressupostos ou objetivos específicos a serem observados, limitando a discricionariedade no estabelecimento dessas restrições. A exemplo, temos na CRFB o art. 5º, XII, segundo o qual

[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial,

¹⁴ Conforme esclarece Alexy (2008, p. 291): “As posições constitucionais formais, que têm importância sobretudo em conexão com as reservas legais no âmbito dos direitos fundamentais, significam que um peso preponderante de princípios colidentes não confere a eles, por si só, o status de autorizações suficientes para a intervenção.”

nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.
(BRASIL, 1988, grifo nosso).

É possível concluir, conforme entendimento de Alexy, que, no caso das reservas legais qualificadas, há uma limitação prévia ao conteúdo da restrição, e, assim, a discricionariedade do legislador é menor.

Importante frisar que, tanto no caso da reserva legal simples como da reserva legal qualificada, o exercício dessa competência (restrição de um direito fundamental) é limitado tanto por questões formais (competência, procedimento, forma), tanto por questões materiais, ou seja, pelo conteúdo essencial do direito (se se parte de uma garantia absoluta) e pela máxima da proporcionalidade e, com isso pelo dever de sopesamento. Logo, ao estabelecer a restrição em abstrato, o legislador fará um sopesamento e, portanto, deverá observar o método da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 292).

Em qualquer caso, as restrições a direitos fundamentais só são válidas, ou seja, só são constitucionalmente fundamentadas, se atenderem aos imperativos da proporcionalidade e o respeito ao núcleo essencial (PEREIRA, 2006, p. 198), caso contrário tornam-se verdadeiras violações (SILVA, 2011, p. 181).

Como salienta Sarlet (2012, p. 404), “[...] eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade material e formal com a Constituição.”

Partindo dessa ideia, podemos constatar que da natureza principiológica dos direitos fundamentais surge a possibilidade de restrições mas também a existência de restrições a restrições. A atividade de conformação dos direitos fundamentais pelo julgador e pelo legislador também está sujeita a limitações, o que, de forma mais coerente com a teoria dos princípios, denomina-se de restrições das restrições (ALEXY, 2008, p. 295). Ou seja, os direitos fundamentais

são restringíveis e constituem limites à atividade estatal (PEREIRA, 2006, p. 297).

Neste ponto, importante informar que a Constituição alemã traz de forma expressa a previsão de uma restrição à restrição ao estabelecer, no art. 19, que “(2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.” O conteúdo essencial constitui uma restrição à restrição e restringibilidade dos direitos fundamentais.

No Brasil, não há uma previsão constitucional expressa a respeito das restrições das restrições, como há na Alemanha, em Portugal e na Espanha. Porém, como identifica Sarlet (2012, p. 404), a doutrina recepcionou o entendimento de que as restrições das restrições são: a proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Por outro lado, como observa Sarlet, a despeito de relevantes trabalhos sobre o tema (SILVA, 2011), não existem trabalhos mais extensos sobre relativo ao tema “conteúdo essencial”.

Para Sarlet (2012, p. 411), a proteção do núcleo essencial de um direito fundamental diz respeito àquela “[...] parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.” Ou seja, o conteúdo essencial pode definir a fronteira entre uma restrição e uma violação a um direito fundamental. A questão mais problemática com relação ao tema diz respeito à identificação desse mínimo.

Na tentativa de se conceituar o conteúdo essencial e, portanto, estabelecer uma forma de identificá-los, surgem várias teorias, que Alexy (2008, p. 296) sistematiza em dois pares: o núcleo essencial pode ser subjetivo ou objetivo e absoluto ou relativo.

De acordo com a teoria subjetiva, o conteúdo essencial a ser preservado está relacionado a posições individuais (ALEXY, 2008, p. 297). Nesse sentido, a dimensão subjetiva do conteúdo essencial diz respeito a proteção do mínimo desse direito com relação a posi-

ções individuais, ou seja, no caso concreto individual (SILVA, 2011, p. 186). Uma interpretação objetiva do conteúdo essencial nos diz que o conteúdo essencial de um direito fundamental representa o mínimo a ser garantido daquele direito para todos os indivíduos, ou seja, essa interpretação proíbe que o direito fundamental seja restringido de tal modo que se torne insignificante para todos os indivíduos ou maior parte deles (ALEXY, 2008, p. 297). Para Alexy (2008, p. 297), “[...] a natureza dos direitos fundamentais como direitos dos indivíduos milita, no mínimo, a favor de uma coexistência de uma teoria subjetiva e de uma teoria objetiva.”

As teorias subjetivas acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais podem ser ainda absolutas e relativas. A teoria absoluta não admite a existência de razões que justifiquem intervenções no núcleo essencial. Assim, as teorias que defendem um núcleo essencial absoluto afirmam existir um mínimo do direito a ser garantido, intransponível por qualquer intervenção, independente da situação ou dos interesses que possam haver na restrição (SILVA, 2011, p. 187). Para as teorias relativas, o núcleo essencial deverá ser averiguado no caso concreto, levando em consideração as restrições incidentes. Essas teorias rejeitam a possibilidade de se definir *a priori* o conteúdo essencial de um direito fundamental (SILVA, 2011, p. 196). Assim, “[...] o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento.” (ALEXY, 2008, p. 297-298). As restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não violam a garantia do núcleo essencial, “[...] nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental.” O núcleo essencial é sinônimo da máxima da proporcionalidade, no entendimento de Alexy (2008, p. 298).

Com relação a este ponto, podemos acrescentar o entendimento, no Brasil, de Virgílio Afonso da Silva, segundo o qual “[...] a definição do conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição; ou seja, uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por ser uma restrição intensa.” (SILVA, 2011, p.

197). Assim, por consequência, uma intervenção em um direito fundamental, mesmo que levíssima pode ser uma violação do conteúdo essencial, caso não seja fundamentada e, por outro lado, uma intervenção seríssima, que se justifica proporcionalmente na importância do outro princípio colidente, pode ser considerada constitucional, e, portanto, não violadora do conteúdo essencial, pois passa pelo teste da proporcionalidade (SILVA, 2011, p. 197-198).

Silva (2011, p. 206-207) também defende que é possível que após a aplicação da proporcionalidade nada reste de determinado direito. E afirma que quem tem receio de que com isso haja um esvaziamento do direito é porque se apega a exigência de uma dupla garantia “proporcionalidade e conteúdo essencial”. Porém o autor conclui que as “restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atinge o conteúdo essencial”, a partir das seguintes premissas: “restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais, “restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são inconstitucionais”. Deste modo, *“o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial”*. Porém a questão que surge é: é possível uma intervenção que passe pelo teste da proporcionalidade, mas que seja tão forte (mais que gravíssima) que nada sobre do direito?

Como será demonstrado a seguir, ao que parece, Alexy (2008, p. 298, grifo nosso) nos aponta uma resposta, pois para ele *“a garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”*, portanto, se a intervenção é proporcional, é válida.

4 SOBRE A POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÕES LEGÍTIMAS E JUSTIFICADAS COM BASE NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Vimos que, para Alexy, e para a doutrina da proporcionalidade de modo geral, as restrições a direitos fundamentais para serem legítimas devem ser constitucionalmente fundamentadas e devem

passar pelo teste da proporcionalidade. Porém, algumas situações não são enfrentadas a fundo. Por exemplo o caso de intervenções mais graves do que as consideradas seríssimas. Ou seja, as que afetam o denominado núcleo essencial do direito; as situações em que não há otimização, porque nada sobra de um direito colidente: as situações de violações a direitos fundamentais. No Brasil, e em outros ordenamentos, há bons exemplos dessa situação. A nosso ver, a existência de violações constitucionais a direitos fundamentais pode ser explicada pela teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, tal qual proposta por Robert Alexy.

Para tanto, apontamos três exemplos de intervenções absolutas contra direitos fundamentais, classificáveis, a nosso ver, como situações de violações constitucionais a direitos fundamentais: expropriação de bens; pena de morte; e aborto.

A expropriação é uma situação de intervenção absoluta no direito de propriedade privada (art. 5º, XXII) e está regulada pelo art. 243, *caput*, segundo o qual:

As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (BRASIL, 1988).

A pena de morte é uma intervenção absoluta no direito à vida. Está prevista no art. 5º, XLVII, da CRFB: “XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.” (BRASIL, 1988).

O aborto legal também é um exemplo de intervenção absoluta no direito à vida. Está regulado no âmbito da legislação infracons-

titucional, especificamente, pelo Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940) nos seguintes dispositivos:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
(Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Esses exemplos são suficientes para demonstrar que todos têm em comum a circunstância de que se tratam de situações jurídicas de intervenções tão fortes (para além do grau gravíssimo) que, na realidade, nada resta do direito para o titular que está sendo afetado. São, por isso, hipóteses de intervenção absoluta. E dentro da lógica das restrições a direitos fundamentais, tratam-se, portanto, de verdadeiras violações amparadas pelo direito constitucional.

No caso da expropriação, o Poder Público compulsoriamente, inclusive sem indenização, expropria bem de um indivíduo. Neste caso, não há nem o mínimo do direito à propriedade que sobra para o titular. O caso da pena de morte, também não se trata de um grau de restrição ao direito à vida, uma vez que nada sobra para o titular do direito à vida. E, com relação à exclusão da punibilidade do aborto necessário ou do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, é permitida a extinção da vida do nascituro. Não há que se falar aqui, assim como nos outros exemplos, em conteúdo essencial.

Um problema teórico relevante é como explicar, de um ponto de vista da teoria dos princípios, tais situações. A única justificativa plausível para tais escolhas é admitir que o constituinte e o legislador tinham razões fortes o suficiente para violar os direitos atingidos. Sim, pois só se as razões são fortes o suficiente para justificar inter-

venção além do grau gravíssimo a decisão respeita a primeira lei da colisão, segundo a qual: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.” (ALEXY, 2008, p. 167)

Em algumas passagens Alexy (2008, p. 299) chega a admitir a ocorrência desse fenômeno, mesmo que de forma muito rápida. Para ele, conforme analisado no item anterior, a garantia do conteúdo essencial equivale à máxima da proporcionalidade. Assim, se a restrição respeita a proporcionalidade, ela é válida. Alexy (2008, p. 297) chega a afirmar que “[...] restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental.” Deixa sugerido, então, que falar em conteúdo essencial só tem sentido num processo de ponderação.

No Brasil, Silva (2011, p. 199) também admite a possibilidade de restrições que passem pelo teste da proporcionalidade e nada reste de um direito fundamental. Porém, continua a afirmar que restrições são proporcionais se respeitam o conteúdo essencial (SILVA, 2011, p. 206). Assim, também não enfrenta o problema das violações legítimas e fundamentadas.

A teoria dos princípios precisa reconhecer que intervenções absolutas existem do direito constitucional, quando são moral e juridicamente justificáveis. Mais ainda, que hipóteses de intervenções absolutas não se confundem com as hipóteses de restrições, uma vez que nem o núcleo essencial é garantido, visto que nada resta do direito afetado.

Afirmar isso não é abrir a oportunidade para se admitir toda e qualquer violação a direito fundamental. Pelo contrário, é reforçar o que da teoria dos princípios oferece de mais importante para a defesa dos direitos fundamentais: que qualquer intervenção a direito fundamental deve ser justificada, que quanto maior a intervenção em direito fundamental mais fortes devem ser as razões que a justifique.

Admitir isso não é admitir um esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais, mas sim reconhecer que o ordenamento constitucional e legal admitem, sim, situações de intervenções absolutas.

Os exemplos aqui trazidos dizem respeito a intervenções realizadas pelo próprio constituinte ou pelo legislador, como resultado de ponderações legislativas. Nada impede, porém, que uma intervenção absoluta seja o resultado de uma ponderação judicial, num caso concreto. Novamente, isso não significa abrir as portas para toda e qualquer violação, mas sim para aquelas proporcionais, fortemente justificadas.

5 CONCLUSÃO

Esta crítica teórica não afeta a tese de que as intervenções em direitos fundamentais admitidas no ordenamento jurídico podem ser fundamentadas constitucionalmente, e que devem passar pelo teste da proporcionalidade.

Reconhecemos que a afirmação da existência de intervenções absolutas pode parecer estranha, à primeira vista, uma vez que Alexy não chega a afirmar isso expressamente em suas obras. Os comentaristas brasileiros também não enfrentam o problema teórico da existência de intervenções absolutas. Predomina uma análise da sistemática das restrições e das restrições das restrições, com a teoria do núcleo essencial ainda muito em voga, não obstante a existência explícita de situações de intervenções absolutas positivadas e admitidas como moralmente aceitáveis. Contudo, é justamente na teoria da justificação racional baseada no teste da proporcionalidade que encontramos o fundamento para controlar a constitucionalidade dessas intervenções.

Como vimos, da natureza de mandamentos de otimização dos princípios decorre a possibilidade de restrições, ou seja, de in-

tervenções relativas aos mesmos. Partindo-se da ideia de que os princípios são mandamentos de otimização que se realizam em graus diferentes, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso, é necessário concluir que esse tipo de norma tem um caráter *prima facie* e que pode sofrer restrições em casos concretos, a depender das circunstâncias incidentes. Falar que os princípios podem sofrer restrições não é admitir intervenções arbitrárias aos mesmos. Por isso, Alexy sustenta que a ponderação deve ser racional, fundamentada. Para assegurar a racionalidade da decisão, Alexy defende o uso do método da proporcionalidade.

Ora, se existe a possibilidade de serem realizadas restrições a direitos fundamentais e se essas restrições não podem se configurar em intervenções absolutas, então deve haver uma restrição da restrição que impeça o ato arbitrário. Para Alexy, a restrição da restrição é o teste da proporcionalidade. É também o parâmetro para verificar se estamos, ou não, diante de um ato arbitrário. Alexy também explica que é possível usar o teste da proporcionalidade e verificar se uma intervenção a um direito fundamental é legítima, mesmo não sobrando nada do direito afetado.

Neste ponto, a teoria dos direitos fundamentais identifica, mesmo que timidamente, a possibilidade de que um direito fundamental possa ser afetado de modo tão grave (intervenção mais que seriamente séria, na linguagem da escala duplo-triádica) que nada reste desse direito e mesmo assim a intervenção poderia ser legítima. Para que isso possa ocorrer, vital é que as razões contrapostas, ou seja, o grau de importância dos princípios contrapostos, seja tal que justifique racionalmente a intervenção, que nesse caso extremo, é absoluta.

As conclusões mais relevantes deste artigo são, portanto, duas: a primeira é de ordem prática. Direitos fundamentais não são apenas direitos suscetíveis a limitações e a restrições relativas, isto é, direitos que podem ser otimizados. Direitos fundamentais admi-

tem também situações de intervenções absolutas. O estudo dos casos de expropriação, pena de morte e aborto sustentam essa primeira conclusão.

A segunda conclusão é de natureza teórica. A análise da teoria dos princípios proposta por Robert Alexy não é refutada por esta crítica. Todavia, fragiliza-se a interpretação de que a teoria dos princípios seja apenas uma teoria dos direitos fundamentais como direitos restringíveis. Mas fortalece-se o aspecto da teoria dos princípios como teoria da argumentação, ou da justificação racional das intervenções a direitos fundamentais, sejam intervenções relativas - conducentes a situações de otimização; sejam intervenções absolutas - conducentes a situações de privação de direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, Robert. *Princípios Formais: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derecho constitucional*, ano 20, n. 59, mayo/agosto 2000.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. *Faculty Scholarship Series*. Paper 3609. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609/>. Acesso em: 20 set. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. Excursão eleitoral aos Estados da Bahia e Minas Gerais. Manifestos à nação. Obras completas de Rui Barbosa, 1910. Disponível: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. Relatório do Ministério da Fazenda. Reconstituição Tributária. 2ª parte. Obras Completas de Rui Barbosa, 1891. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/rbonline/obrasCompletas.htm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

JANSEN, Maarten. Los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho. In: SIECKMANN, Jan (Ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

POSCHER, R. Aciertos, Errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios. In: SIECKMANN, Jan (ed). *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988. *Cadernos da Escola de Direito e Relações internacionais da UniBrasil*, Curitiba, v. 1, n. 7, p. 63-73, 2007. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/716/672>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SIECKMANN, Jan. Los derechos fundamentales como principios. SIECKMANN, Jan (Ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TÊMIS NO DIVÃ: FATORES IRRACIONAIS NA PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL?

Paulo Mario Canabarro Trois Neto*

RESUMO

Neste trabalho, após apresentar os riscos de ilusões cognitivas provocadas ou facilitadas pelos fenômenos do esgotamento do ego, do viés de confirmação e da substituição heurística, procede-se à reformulação e ao enfrentamento de objeções contra a ponderação constitucional. Conhecer as descobertas da Psicologia Cognitiva acerca processo mental de tomada de decisões deve contribuir significativamente para a adoção de atitudes e rotinas de trabalho que possam remover, tanto quanto possível, de fatores irracionais da aplicação da Constituição. A neurociência, contudo, não modifica o critério de aceitabilidade das valorações dos órgãos encarregados da jurisdição constitucional, que reside na capacidade justificatória das razões resultantes das regras de das formas de argumento do discurso jurídico racional.

Palavras-chave: Ponderação. Jurisdição constitucional. Argumentação jurídica. Psicologia cognitiva.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa, em uma abordagem interdisciplinar, a problemática relativa à influência de fatores irracionais na ponderação de princípios constitucionais. Embora objeções de índole política, normativa ou filosófica à utilização da ponderação como critério para a solução de colisões de direitos fundamentais sejam

* Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professor Assistente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná de Francisco Beltrão; canabarrotrois@yahoo.com

antigas e bem conhecidas¹, há ainda uma relativa lacuna teórica no tratamento da questão com foco nas limitações ou obstáculos cognitivos e decisórios decorrentes da complexidade, da imperfeição, da imprecisão, enfim, do caráter *humano e falível* do sujeito que pondera. O contributo que este ensaio pretende dar ao estudo da jurisdição constitucional consiste em aproximar o debate relativo à aplicação dos direitos fundamentais de importantes descobertas das neurociências, especialmente no campo da psicologia cognitiva. Mediante apoio em estudos empíricos acerca do processo mental que leva as pessoas a compreender e decidir, propõe-se examinar se, e em que medida, contingências psicológicas do intérprete-aplicador deveriam ser consideradas no exame da justificação teórica e/ou o modo de aplicação do critério da ponderação.

Para lograr êxito na empreitada ora assumida, este trabalho vai dividido em três partes. São objeto do Capítulo 1 o conceito de ponderação e as principais objeções, sob o aspecto da subjetividade do intérprete-aplicador, que ela pode suscitar. No capítulo 2, com auxílio didático de estudos e experimentos relativos aos fenômenos do esgotamento mental, dos vieses cognitivos e das substituições heurísticas, são apresentados conceitos e descobertas de interesse para o tema da ponderação constitucional. Por fim, no Capítulo 3, submete-se a ponderação a testes de falsificação mediante abordagem interdisciplinar das objeções cogitáveis contra seu uso no exercício da jurisdição constitucional, demarcando-se o espaço de aplicação das descobertas da psicologia cognitiva no contexto da jurisdição constitucional.

¹ As principais objeções à ponderação apontam para a sua deficiência conceitual, a falta de um apoio especificamente jurídico para a decisão, o comprometimento da coerência do ordenamento jurídico e a incomensurabilidade das questões examinadas nos passos da proporcionalidade. Um panorama do estado atual da discussão pode ser encontrado em: Pavlakos et al. (2007), Zucca (2011), Clérico, Sieckmann e Oliver-Lalana (2011), Sieckmann, et al. (2011), Gavião Filho (2011) e Bustamante (2008).

2 DUAS REVIGORADAS OBJEÇÕES CONTRA A PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL

No constitucionalismo do segundo pós-guerra, há uma inegável tendência à ampliação do espaço ocupado pelas normas constitucionais, que se revela sobretudo no reconhecimento de numerosos novos direitos, na adoção de uma linguagem normativa dotada de um maior grau de indeterminação e na positivação de fins ou objetivos a alcançar. A institucionalização histórica desse arranjo jurídico-constitucional em um contexto social caracterizado pela desconfiança diante de saberes absolutos, por reclamos de viabilização prática do acesso à justiça e pela ideia de jurisdição constitucional como representação argumentativa², levou à necessidade de uma revisão metodológica que pudesse dar conta do desafio de possibilitar a efetividade ótima dos direitos fundamentais da contemporaneidade.

Muitos direitos fundamentais são normas ideais, que pedem *prima facie* mais do que é possível realmente. Essas normas são classificadas como princípios, não exatamente por serem mandamentos “principais”, mas por serem mandamentos “iniciais” - no sentido de não-definitivos - cuja aplicação deve ser tão ótima quanto permitirem as condições fáticas e jurídicas concretas. A convivência com outros direitos fundamentais ou bens coletivos constitucionalmente dotados da mesma estrutura normativa, cujos respectivos conteúdos também devem ser realizados, põe de manifesto o problema das colisões,³ exigindo que a prevalência episódica de um princípio em face de ou-

² Neste estudo, adota-se a proposta metodológica de Robert Alexy, dado o grau de elaboração e solidez teórica com que formulada e apresentada, bem como os conceitos que são próprios da sua teoria dos direitos fundamentais.

³ Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito ocorrem quando o exercício ou a realização do direito fundamental de alguém tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares, quer se trate de direitos fundamentais idênticos ou distintos. Colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, por sua vez, são aquelas que ocorrem entre

tro seja justificável por meio de um procedimento que, tanto quanto possível, assegure racionalidade e controlabilidade.

A ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito, é esse procedimento destinado a avaliar e comparar razões para uma correta solução de colisões de direitos fundamentais. Sua utilização é reivindicada para preencher o vazio metodológico deixado pelo reconhecimento da insuficiência da mera subsunção e dos critérios clássicos de superação de antinomias para a realização adequada da Constituição. O conjunto de regras por meio das quais se deve promover a justificação do juízo de precedência de um ou outro princípio em situações concretas orienta-se pela chamada *lei da ponderação*, pela qual “[...] quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior há de ser a importância da satisfação do outro princípio” (ALEXY, 2002, p. 161), ou, em outra formulação, “[...] quanto mais intensiva for uma intervenção em um direito fundamental, tantos mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam.” (ALEXY, 2007, p. 67-68).

Os passos que o aplicador do direito deve observar na tarefa ponderativa podem ser apresentados sob a forma de uma equação que Robert Alexy denomina de *fórmula peso*, no qual o tratamento da questão constitucional há de ocorrer por meio de argumentos apoiados em três pares de fatores. As razões em favor da intervenção levam em conta o peso abstrato do princípio cuja realização a medida cogitada fomentaria, a intensidade do prejuízo a tal princípio, caso a medida não seja adotada, e o grau de probabilidade com que a medida contribuiria para realizar ou para evitar não-realização do princípio. As razões em favor da não-intervenção levam em conta o peso abstrato do princípio a ser prejudicado pela adoção da medida, a intensidade desse prejuízo e o grau de suposição empírica com que

direitos fundamentais e bens coletivos (ALEXY, 2007, p. 37). Neste estudo a utilização dos vocábulos “colisão” e “colisões” abrange ambos os sentidos.

se espera que ele ocorra (ALEXY, 2007, p. 131-153). Em linguagem simbólica:

$$G_{i,j} = l_i.G_i.S_i / l_j.G_j.S_j$$

Nessa fórmula, “ $G_{i,j}$ ” é o peso concreto relativo, ou direito definitivo, que se apura da colisão entre o princípio “ i ” e o princípio “ j ”; “ G ” é o peso abstrato de um princípio; “ l ” é o grau da intervenção da medida em ou o grau de prejuízo da não-adoção da medida em um ou outro princípio; “ S ” é o grau de suposição empírica da intervenção, em caso de adoção da medida, ou do prejuízo, em caso de não-adoção da medida. Os fatores “ G ”, “ l ” e “ S ” podem ser dimensionados em um modelo triádico de graduação, que utilizaria as escalas leve, média e severa (às quais se atribuiriam, respectivamente, os valores 1, 2 e 4), ou triádico duplo, por exemplo, se para a ponderação for necessário um escalonamento mais fino ou preciso, levando à utilização de nove graus (aos quais se atribuiriam os valores 1, 2, 4, 8, 16, 32, 64, 128 e 256) (ALEXY, 2007, p. 147-51).

Mediante uma abordagem psicológica das decisões judiciais, à ponderação podem ser levantados questionamentos que, apesar da base comum, abordam o tema por lados contrários: (1) Não seria muito otimismo crer que pessoas feitas de carne, osso e uma intrincada teia de sentimentos, impulsos e fraquezas sejam aptas a fazer valorações tão precisas a ponto de serem traduzidas em escalas quantitativas? (2) Com a fórmula peso a arbitrariedade da decisão não estaria apenas sendo dissimulada, mediante o simples deslocamento da escolha de um princípio ou outro pela quantificação, não menos subjetiva e arbitrária, dos valores de cada fator?

A primeira indagação sugere que a ponderação “pede muito”: exigiria do intérprete-aplicador um esforço de imunização de sentimentos, instintos e vontade, alcançável talvez na imaginação, pelos robôs inteligentes de Asimov ou pelo Juiz Hércules de Dworkin,

mas não no mundo real dos julgadores humanos. A essa objeção darei a nome de *argumento da idealidade*. A segunda pergunta, de outra ponta, sugere que a ponderação “pode pouco”: a mera racionalização *ex post* do resultado alcançado, sob as vestes de uma fundamentação aparentemente objetiva, não obstará a contaminação da solução por elementos irracionais, nem refletirá o real caminho percorrido para a obtenção da decisão. Chamarei essa objeção de *argumento da superfluidade*.

Os argumentos da idealidade e da superfluidade poderiam ser opostos a decisões judiciais e interpretações doutrinárias *tout court*. Neste trabalho, contudo, serão examinados apenas com foco na ponderação de princípios operada pelos órgãos judiciais encarregados da jurisdição constitucional⁴, seja pela relevância social de tais decisões, seja pela imagem paradigmática de “casos difíceis” que elas representam. A análise de tais objeções, sob a abordagem interdisciplinar ora proposta, exigirá a apresentação de conceitos e descobertas no campo da Psicologia Cognitiva. As ferramentas conceituais e as pesquisas empíricas tratadas no capítulo seguinte são úteis para o exame do modo como a mente humana opera, ou tende a operar, no processo de tomada de decisões, bem como se fatores de irracionalidade presentes nesse processo podem ser controlados e minimizados no exercício da tarefa ponderativa.

3 VASTAS EMOÇÕES E PENSAMENTOS IMPERFEITOS: ALGUNS ESTUDOS PSICOLÓGICOS QUE TODO JUIZ DEVERIA CONHECER

3.1 CANSADOS, FAMINTOS E... CONSERVADORES? O PROBLEMA DO ESGOTAMENTO DO EGO

Para enfrentar a questão relativa ao possível peso de fatores extrajurídicos na aplicação cotidiana do direito, convém, inicialmente

⁴ O presente estudo analisa o processo psicológico das decisões relativas a colisões de princípios constitucionais tanto em controle principal, abstrato e concentrado como em controle incidental, concreto e difuso de constitucionalidade.

te, apresentar o estudo, levado a cabo por Shay Danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Pesso (2011a, p. 6889-6892), das Universidades de Ben Gurion e Princeton, sobre mais de mil julgamentos orais de pedidos de liberdade condicional realizados por oito experientes magistrados israelenses. A iniciativa acadêmica tinha por objetivo verificar se havia alguma correlação entre o conteúdo dos julgados e o momento, anterior ou posterior às refeições, em que eles eram proferidos. Isso significava tomar algo muito próximo da conhecida alegoria de Jerome Frank - “O que o juiz comeu no café da manhã tem mais influência na decisão judicial que toda a dogmática jurídica”⁵ - como uma hipótese científica plausível e testável pelo método empírico.

Embora a pesquisa não pudesse nem tencionasse questionar a correção jurídica de cada decisão, os dados colhidos parecem indicar a interferência de elementos externos ao direito e ao processo nos julgamentos. Logo no início do expediente matutino, os juízes tomavam decisões favoráveis aos condenados em 65% dos casos. A “probabilidade” de o preso ganhar a liberdade reduzia-se à medida que se aproximava do horário de almoço, até chegar praticamente a zero nas últimas deliberações da manhã. Depois da pausa para refeição, o índice de decisões favoráveis aos condenados partia novamente da proporção aproximada de 65%, mas voltava a cair gradualmente na sequência dos julgamentos da tarde, chegando ao seu índice mais baixo nas decisões proferidas no fim da sessão. Constatou-se, ainda, que as decisões desfavoráveis aos prisioneiros eram mais rápidas e mais curtas que as favoráveis: em média, os indeferimentos eram alcançados em 5,2 minutos, e sua exposição contava com 47 pala-

⁵ Essa conhecida frase de Jerome Frank geralmente é compreendida como um recurso de retórica destinado a chamar atenção, por meio do exagero, para as críticas do realismo jurídico norte-americano ao normativismo e ao idealismo de concepções teóricas rivais. Um panorama geral sobre as posições dessa escola de pensamento pode ser conferida em Ridall (2008, p. 215-229).

vras; os deferimentos duravam 7,4 minutos e eram expostos em 90 palavras.⁶

Supor que a fome ou o cansaço deixam os juízes mais “intolerantes” com os condenados significaria render-se à alternativa mais caricata. Parece implausível que o declínio do bem-estar físico ou psicológico de alguém promova alterações temporárias nos seus valores ou na sua visão de mundo. A explicação, então, poderia estar relacionada ao grau de esforço demandado para formular ou apresentar uma decisão conforme o conteúdo da providência nela adotada - a ausência de alimentação por algumas horas ou o desgaste provocado por sucessivas deliberações poderiam reduzir a disposição ou aptidão dos juízes para executar tarefas mentais fatigantes. Em favor dessa cogitação, milita a constatação de que, no sistema de execução penal de Israel, por lei ou por tradição, uma ordem judicial para manter um estado de coisas parece exigir uma fundamentação menos extensa ou menos complexa que uma outra dirigida a modificá-lo; além disso, a concessão da liberdade condicional pode carecer do estabelecimento mais ou menos pormenorizado das condições que os beneficiados deverão cumprir quando deixarem o cárcere. Com efeito, as duas hipóteses explicativas aventadas pelos pesquisadores para a correlação entre o momento ou as circunstâncias das decisões com as variações do seu conteúdo remontam à mesma ideia de oscilação das condições subjetivas dos julgadores para refletir e buscar a melhor solução para os casos ou para justificar a respectiva escolha.

O estado neuropsicológico sob o qual alguém fica menos capaz ou menos disposto a exercer um esforço de autocontrole necessário para exercer atividades mentais mais desgastantes recebe

⁶ Os resultados dessa pesquisa foram objeto de contestação por Weinshall-Margel e Shapard (2011) e réplica por parte dos autores Danziger, Lenav e Avnaim-Penso (2011b). Tais estudos e complementos posteriores não parecem afetar substancialmente os dados ou as conclusões do primeiro estudo, de modo que não serão tratados neste espaço.

o nome de *esgotamento do ego* (KAHNEMAN, 2012, p. 64). Para analisar o modo como esse fenômeno poderia influenciar decisões judiciais, convém previamente apresentar alguns conceitos da ciência da heurística relativos aos dois modos básicos de realizar julgamentos e escolhas, os quais se convencionou chamar de *sistemas*: o Sistema 1, adequado para as decisões rotineiras, opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e sem percepção de controle voluntário; o Sistema 2, por sua vez, aloca atenção às atividades laboriosas, que exigem particular empenho mental, tais como as de corrigir intuições, impressões e vieses continuamente gerados pelo Sistema 1 (KAHNEMAN, 2012, p. 64).

Os pesquisadores cogitaram, inicialmente, que os *níveis glicêmicos* seriam variáveis cruciais na realização dos julgamentos. É sabido que a mobilização do Sistema 2, por requerer esforços cognitivos mais acentuados, demanda também, *ceteris paribus*, maior consumo de energia. Como a taxa de glicose das pessoas tende a diminuir gradativamente após as refeições, os juízes teriam menos energia para executar tarefas mentalmente cansativas nos horários próximos do fim das sessões de julgamento, ou estariam imperceptivelmente menos dispostos a despende uma energia escassa ou declinante nesses momentos. Disso resultaria que, nos pedidos apreciados em horário distante da última refeição dos juízes, haveria uma propensão dos julgadores a optar por decisões de manutenção do *status quo*, cuja fundamentação poderia ser mais enxuta e, conseqüentemente, menos desgastante. A influência da variação dos índices glicêmicos explicaria, então, a proporção menor de deferimentos dos pedidos de liberdade nos casos julgados antes da pausa para almoço e do encerramento definitivo, em comparação com a proporção observada nos casos apreciados em momentos mais próximos do início e do reinício das sessões.

A segunda hipótese levantada aponta no sentido de que a *atividade decisória contínua*, por si só, provocaria significativa fa-

digas mentais, de modo que os julgadores, ao final de cada turno de trabalho, acabavam optando pelas soluções mais fáceis, assim consideradas, mais uma vez, as que negavam a pretensão do encarcerado de abrandamento de seu regime prisional. Dada a ausência de informação precisa sobre a qualidade e a quantidade do que os juízes ingeriam nos intervalos, ou mesmo sobre se de fato sempre se alimentavam nessas ocasiões, não se poderia descartar que a simples interrupção das sessões já possa ter produzido um efeito restaurador nos juízes, independentemente de alteração dos respectivos níveis glicêmicos. Após momentaneamente deslocarem seus pensamentos para coisas diversas e/ou mais simples, por força da pausa do fim da manhã, os julgadores reiniciariam o trabalho mentalmente revigorados: com o Sistema 2 novamente capacitado ou disposto a entrar em ação caso necessário, a proporção de deferimentos voltava a ser semelhante à constatada no início do dia. Mas tal proporção caía novamente no decorrer do turno vespertino, quando uma outra série de julgamentos sucessivos tornaria a minar a disposição mental dos magistrados para fundamentações mais exigentes, inclinando-os, tal como antes, a decisões de manutenção do *status quo*.

Embora as decisões judiciais examinadas no estudo não exigissem ponderações constitucionais, no sentido restrito adotado neste trabalho, seus resultados podem ser *a fortiori* aproveitados para esclarecer aspectos heurísticos da solução de colisões de direitos fundamentais. Ponderações não são, ou ao menos não deveriam ser, um trabalho trivial; exigem um árduo empenho analítico que o Sistema 2, mais lento e oneroso, está mais apto a promover. Como adverte Kahnemann, embora as operações automáticas do Sistema 1 possam gerar padrões de ideias surpreendentemente complexos, “[...] apenas o Sistema 2 pode construir pensamentos em séries ordenadas de passos” (2012, p. 29), tal como exigido na fórmula peso. Deve ser considerada, portanto, a possibilidade de que jornadas de trabalho longas, e/ou sem interrupções para descanso ou alimentação, levem

o sujeito que pondera a negligenciar etapas ponderativas, ou a percorrê-las de modo excessivamente simplificado.

3.2 TEIMOSIAS IMUNES A ARGUMENTOS: O PROBLEMA DO VIÉS DE CONFIRMAÇÃO

A segunda contribuição da ciência psicológica a ser analisada no presente trabalho não é recente, nem foi obtida a partir da observação da atividade exercida por juízes, mas merece ser destacada por sua direta conexão com o tema da ponderação racional. Em um experimento levado a cabo por Charles G. Lord, Lee Ross e Mark Lepper (apud MLODIC, 2009, p. 202) em 1979, universitários contrários e favoráveis à pena de morte foram instados a ler um conjunto de estudos acadêmicos sobre a eficácia dessa espécie de sanção. Metade do material trazia dados que levavam à ideia de que a pena capital tinha um efeito dissuasório; a outra metade apresentava informações que sustentavam a inexistência de relação entre a aplicação da medida e a diminuição dos crimes punidos com a morte. Foi pedido aos estudantes que avaliassem, de acordo com certos parâmetros metodológicos dados pelos próprios pesquisadores, a qualidade de cada um dos trabalhos que formavam o material apresentado. Reunidos os dados, verificou-se que os participantes deram notas mais altas aos estudos que confirmavam seu ponto de vista inicial, mesmo quando os estudos rivais haviam sido feitos com a mesma metodologia. Apesar de todos terem lido os mesmos textos, tanto os defensores como os detratores da pena de morte afirmaram que tal leitura reforçara suas crenças prévias. Ou seja, o acesso aos dados, em vez de tender à produção de um consenso, apenas polarizou os grupos, que ficaram ainda mais confiantes na superioridade das suas respectivas posições.

A compreensão de uma afirmação começa sempre com uma tentativa de acreditar nela. O sujeito cognoscente primeiro imagina o que algo significaria, se fosse verdadeiro, para somente depois ve-

rificar se a informação deve ser rejeitada (KAHNEMAN, 2012, p. 105). Ainda que a disposição para duvidar e buscar provas seja um encargo do Sistema 2, o teste de racionalidade que empreendemos quando queremos fazer um juízo abalizado de algo não ocorre em “campo neutro”, e sim à base das expectativas sugeridas pelo Sistema 1. Contrariamente ao teste de falsificação defendido pela epistemologia científica, as pessoas priorizam a busca por elementos de confirmação, ou seja, em vez de tentarem provar que a ideia inicial está errada, elas geralmente tentam provar que ela está correta (MLODIC, 2009, p. 201). Isso significa que nossas ideias prévias, ainda quando surgidas da mera exposição, repetição ou outro modo de geração de crenças irracionais, já determinam o “método” utilizado para acessar o conhecimento, levando a que mesmo a busca sincera por juízos corretos esteja sujeita a um viés geral de confirmação (KAHNEMAN, 2012, p. 106).

Um dos principais perigos que o viés de confirmação pode ensejar à racionalidade decisória consiste na formação de juízos de avaliação em casos de ausência ou deficiência de informações. No processo judicial, a busca por elementos de refutação deve ser tão prestigiada quanto à dos elementos de confirmação; ademais, a falta ou insuficiência de elementos de convencimento são reguladas por critérios jurídicos que impõem ao juiz o dever de julgar em desfavor da parte onerada com o encargo probatório. Mas a mente humana nem sempre está disposta a prosseguir na procura por mais e melhores provas, ou a seguir regras “imparciais” de solução em caso de informação escassa. Nossa avidez intuitiva por padrões, causalidades, regularidades e simetrias leva-nos a suprimir dúvidas e ambiguidades em favor da solução que, pela força da crença inicial ou pelo apoio em poucos indícios já conhecidos, se apresenta como a mais promissora. Essa tendência de dar por suficientes as informações disponíveis, apelidada por Kahneman (2012, p. 111-112) de *WYSIATI* (sigla

da expressão *o que você vê é tudo que há*,⁷ em inglês), faz com que o confiante Sistema 1 trabalhe como uma “[...] máquina de tirar conclusões precipitadas.”

A resistência em tratar de modo imparcial e aberto elementos de apoio ou refutação a uma crença prévia é uma postura que está relacionada com o que os psicólogos chamam de afeto consistente, ou *efeito halo*: a inclinação em gostar ou desgostar, aprovar ou reprovar, aceitar ou rechaçar tudo que se refira a algo ou alguém, incluindo aspectos que não foram observados (KAHNEMAN, 2012, p. 60). Quando as pessoas acreditam que algo é verdadeiro, bom ou correto, ficam propensas a aderir facilmente a argumentos de reforço que lhes sejam apresentados, mesmo que eles não sejam muito fortes (KAHNEMAN, 2012, p. 108). Esse procedimento cognitivo contaminado por uma coerência emocional exagerada - *heurística* do afeto - faz aumentar o peso das primeiras impressões, às vezes ao ponto de recusar ou desperdiçar informações adicionais.⁸ A autocrítica é uma função do Sistema 2, mas por vezes, no contexto das atitudes, ele pode obliterar seu papel controlador e agir como um defensor das emoções do Sistema 1 (KAHNEMAN, 2012, p. 134). O resultado disso é uma postura dogmática, que pode dar azo à instrumentalização de uma racionalidade irreflexiva para o alcance de fins irracionais.⁹

⁷ No original: *what you see is all there is* (KAHNEMAN, 2012, p. 111).

⁸ Esse fenômeno do comportamento humano foi observado, já em 1620, pelo filósofo Francis Bacon, apud Mlodic (2009, p. 201): “[A] compreensão humana, após ter adotado uma opinião, coleciona quaisquer instâncias que a confirmem, e ainda que as instâncias contrárias sejam muito mais numerosas e influentes, ela não as percebe, ou então as rejeita, de modo que sua opinião permaneça abalada.”

⁹ Fanatismos ideológicos e religiosos, em cuja conta estão todos os brutais massacres coletivos engenhosamente planejados e executados ao longo da História, são a manifestação desse fenômeno em níveis extremos. Em graus variados de intensidade e efeitos, no entanto, a colonização do Sistema 2 por crenças resistentes também está presente no cotidiano das pessoas.

Em relação à prática judiciária, essa inclinação psicológica e a preocupante ameaça à racionalidade decisória dela resultante já haviam sido observadas por Altavilla (1981, p. 510-511), que alertava sobre a possibilidade de “[...] uma enganadora impressão de simpatia ou de antipatia” vir a ser decisiva para “[...] um apressado juízo de inocência ou de culpabilidade.” Embora previsível, a conclusão é perturbadora: “Às vezes este juízo antecipado cristaliza-se tão potentemente na consciência do juiz, que não só as conclusões processuais não conseguirão modificá-lo, mas até ele, inconscientemente, se esforçará por adaptar esses resultados à sua convicção.” E não somente no exame probatório das questões fáticas a coerência emocional exagerada pode distorcer o juízo do intérprete. Também a análise de questões propriamente jurídicas não raro sofrem enviesamento afetivo, como pode ser facilmente detectável no debate de importantes temas atuais, notadamente os de extração constitucional, como os relativas ao uso de células-tronco embrionárias, demarcação de terras indígenas, casamento gay, aborto de fetos anencefálicos etc. Em tais discussões, simpatias e antipatias prévias manifestam-se já na escolha das palavras, conforme a carga positiva ou negativa de afetividade que estas transmitem; e se enraízam com tal profundidade na mente dos debatedores que podem alcançar imunidade perante qualquer argumentação racional em sentido contrário. Quando isso acontece, o jurista perde o fio da normatividade e se transforma em *militante de verdades parciais*.¹⁰

Essas descobertas reforçam as advertências da filosofia hermenêutica contra a “[...] arbitrariedade das intuições repentinas” e a “[...] estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis” (GADAMER, 2004, p. 355-358), exigindo do intérprete uma postura receptiva à alteridade que lhe permita não se entregar de antemão ao arbítrio

¹⁰ Expressão utilizada em outro contexto por Lorenzetti (2009, p. 56 e 184).

de suas próprias opiniões prévias. Suspender a validade dos próprios pré-juízos e pré-conceitos, submetendo-os a testes de racionalidade, exige um grau considerável de autoconhecimento e disposição para reflexão. Embora a vivência profissional do juiz o ensine a resolver casos mais fáceis ou simples mediante intuições treinadas,¹¹ procedimentos abreviados de decisão não devem ter lugar no tratamento de colisões constitucionais. A sempre latente possibilidade de intromissão de paixões políticas e ideológicas nos debates de questões relativas à aplicação da Constituição torna imperioso que o julgador, em tais casos, seja especialmente cuidadoso e vigilante em relação aos próprios vieses.

3.3 EFEITO “SUPERCOMBO” DOS ARGUMENTOS: O PROBLEMA SUBSTITUIÇÃO HEURÍSTICA

Outra pesquisa, cujos resultados foram publicados em 2002 pela equipe comandada pelo psicólogo Slovic (apud KAHNEMAN, 2012, p. 178), chama a atenção para outros aspectos da heurística do afeto. Foram coligidas opiniões de um conjunto heterogêneo de pessoas sobre diversas tecnologias relativas à indústria química, alimentícia e automobilística, cada qual com seus riscos e benefícios. Tabulados os dados que registravam a valoração das vantagens e desvantagens de cada iniciativa cogitada, foi constatada uma correlação negativa implausivelmente elevada entre as avaliações de benefícios e riscos feitas pelas pessoas. Quando as pessoas eram favoravelmente inclinadas em relação a uma dada tecnologia, esta era classificada como altamente vantajosa e suficientemente segura; quando não gostavam dela, poucos benefícios e muitos riscos eram cumulativamente alegados em se desfavor. O alinhamento inverso entre as estimativas de riscos e as expectativas de benefícios ficava ainda maior quando as pessoas faziam suas avaliações sob a pressão do tempo. E isso não foi

¹¹ Sobre o tema, conferir a obra de Richards (2012).

observado apenas entre leigos. Os pesquisados que eram membros da *British Toxicology Society*, não obstante possuísem conhecimento especializado prévio, também viam poucos benefícios em substâncias ou tecnologias que achavam arriscadas, e muito nas que reputavam seguras (KAHNEMAN, 2012, p. 178-179).

De acordo com o exposto no capítulo anterior sobre o afeto consistente ou efeito halo, esses resultados não seriam surpreendentes. Mas o prosseguimento dos testes propiciaria conclusões merecedoras de especial consideração no tema da racionalidade ponderativa. Após o levantamento preliminar, os entrevistados foram instados a ler breves textos a favor de uma determinada tecnologia: alguns eram expostos a argumentos relativos a seus grandes e variados benefícios; outros, a argumentos dando conta de seus baixos riscos. Apurou-se que as mensagens tiveram alto grau de eficácia em mudar o apelo emocional das tecnologias - muitos participantes da pesquisa passaram a apoiar tecnologias diversas das inicialmente preferidas. Embora isso mostre que o viés de confirmação não tenha impedido que a concepção prévia fosse modificada diante de um argumento novo, o experimento mostrou que nem sempre essa abertura a informações adicionais tende a ocorrer de modo racional. Os resultados indicaram que, em geral, as pessoas expostas a uma mensagem exaltando os *benefícios* de uma tecnologia também mudavam suas crenças em relação aos *riscos*. Eis o “efeito supercombo” destacado no título deste item: o argumento favorável, relativo a um determinado aspecto da questão, tinha eficácia persuasiva irracionalmente estendida para aspectos em relação aos quais ele não deveria fazer nenhuma diferença.

No ponderar racional, o peso definitivo da argumentação somente pode ser dado após a consideração dos pesos relativos dos fatores a serem considerados. A introdução de razões relacionadas aos benefícios acrescenta um maior peso ao prato da balança relativo às vantagens da tecnologia cogitada, mas não deveria simulta-

neamente deixar *mais leve* o prato da balança relativo aos riscos de sua adoção. Exemplificando: um conjunto de argumentos a favor da alta produtividade ou do baixo custo econômico da energia nuclear nada diz sobre o perigo de desastres ecológicos ou o prejuízo à saúde dos trabalhadores das usinas, assim como argumentos relativos aos riscos laborais e ambientais que podem ser opostos ao uso da energia nuclear também não devem contar para a avaliação específica da produtividade ou do custo econômico da exploração dessa fonte energética. Apenas depois de o peso desses novos argumentos ser adicionado peso dos demais argumentos que militam no mesmo sentido poderia ser dito se, e em que medida, o prato da balança das razões favoráveis pendeu mais fundo que o das razões contrárias. No estudo de Slodíc, os participantes parecem ter tentado encontrar um atalho cognitivo, e o resultado disso foi a substituição da trabalhosa contraposição de razões e contrarrazões pela confortável adesão a uma espécie de axioma que pudesse simplificar a escolha.

A explicação para que se extraíam conclusões exageradas, deslocadas e por vezes até contrárias às que racionalmente ensejariam está na inclinação, também originada da heurística do afeto, à adoção de percursos decisórios fáceis e ao otimismo quanto à suficiência de razões para decisão (KAHNEMAN, 2012, p. 133). Questões difíceis devem ser enfrentadas mediante um raciocínio empenhado e analítico, mas não poucas vezes as pessoas substituem a busca da resposta à pergunta-alvo por alternativas heurísticas cuja utilização, embora exija menor esforço cognitivo, tende a propiciar soluções diversas (KAHNEMAN, 2012, p. 127 e 177). No tema da ponderação, há substituição heurística, por exemplo, se, em vez de tentar responder criteriosamente, mediante dimensionamento de razões, à pergunta sobre a “[...] existência de justificação, considerados os prós e contras”, para uso de determinada tecnologia, o sujeito opta por responder à pergunta, muito mais fácil, sobre “qual é o seu sentimento ou impressão” relativo ao uso da tecnologia. O que ocorre, então, é uma

falsa contraposição de custos e benefícios, realizada sem maior dispêndio de energia mental e à margem de qualquer tensão cognitiva.

Com a heurística do afeto criamos um mundo imaginário, muito mais simples e ordenado que a realidade (KAHNEMAN, 2012, p. 178-179), em que tudo conspira para levar a soluções perfeitas, e otimizações-pareto parecem mais frequentes do que de fato poderiam sê-lo. A ideia de que questões difíceis podem ser solucionadas com respostas fáceis está muito mais próxima de um *wishfull thinking* que de uma postura metodológica consequente. Uma atitude confiante e esperançosa no modo de levar a vida traz muitos benefícios pessoais e sociais, mas também pode levar a erros sistemáticos, caso transposta para atividades que exijam uma incessante antecipação, identificação e correção das próprias falhas. Sob o aspecto da subjetividade do intérprete, ponderações corretas obtêm-se mediante o compromisso de autocritica permanente e, até mesmo, com uma certa desconfiança em face das próprias habilidades de cognição e julgamento.

4 MAIS RAZÃO E MENOS SENSIBILIDADE: UMA DEFESA DA RACIONALIDADE PONDERATIVA

4.1 NEM MACACOS PELADOS, NEM SUPER-HOMENS: CONTRA A OBJEÇÃO DA IDEALIDADE

Após a exposição dos casos tratados no capítulo 2, é possível retomar as duas objeções contra a ponderação constitucional cogitadas no final do capítulo 1.

O argumento da idealidade centra-se na impossibilidade de o juiz proceder a valorações tão exatas como as demandadas pela ponderação. As regras prescritas para dimensionamento das razões favoráveis e contrárias a uma solução constitucional não passariam de bem-intencionadas promessas de racionalidade, objetividade e imparcialidade que juízes de verdade não estariam aptos a cumprir. Se a influência do desgaste mental, das emoções e das crenças prévias do

jugador não pode estar “representada” na fórmula peso, a distância entre o que a ponderação persegue e o que ela efetivamente alcança revelaria uma insinceridade institucional capaz de açambarcar sua legitimidade.

Objetar-se à utilização da ponderação como critério de solução de colisões constitucionais, sob o argumento da idealidade, poderia levar a duas diferentes posturas. A primeira seria resignar-se de que não haveria soluções corretas ou incorretas para colisões de princípios, por não existirem, notadamente em casos “difíceis”, “trágicos” ou “dilemas”, critérios objetivos que sirvam de parâmetro confiável. Como não seria possível deixar de decidir, então restaria apenas determinar quem tem o *poder* de decidir, é dizer, qual subjetividade prevalecerá: a aceitabilidade das decisões relativas a questões constitucionais estaria confinada à observância das regras de competência (critério da “última palavra”). A segunda postura possível consistiria em pretender atrelar a correção das soluções constitucionais a atributos pessoais do intérprete-aplicador e a circunstâncias dos julgamentos: a aceitabilidade das decisões relativas a colisões de princípios seria, então, uma qualidade intrínseca da obra de pessoas mentalmente capacitadas a fazer boas escolhas, tanto por sua inteligência ou boa fama (critério da “virtude”) como pelo efetivo gozo de condições físicas e psicológica para a realização de esforços mentais a cada caso (critério da “aptidão”), independentemente do recurso a fórmulas ou regras.

Afasta-se o argumento da idealidade, inicialmente, rejeitando o ceticismo cognitivo que está à sua base. Se apenas juízos irracionais, subjetivos e parciais são possíveis, a função prescritiva do direito e a justificação do seu caráter coercitivo são postas em xeque.¹²

¹² Essa cogitação não está distante das ideias sustentadas por adeptos da chamada teoria crítica do direito, como se observa deste trecho da autoria de Coelho (2011, p. 72): “A racionalidade do direito é um dos mitos mais

Como na imagem proposta por Struchiner (2011, p. 130), com esteio em Herbert Hart, se o árbitro de uma partida de futebol tiver liberdade absoluta para interpretar e aplicar as regras do esporte, o jogo estará descaracterizado como “futebol” e passará a ser nada mais que o “jogo das escolhas do árbitro”. Admitir que intuições, sentimentos e vieses são absolutamente incontroláveis implicaria render-se à forma mais paralisante de determinismo e admitir que nada além de contingências aleatórias, escolhas inconsequentes ou manipulações exitosas possa ter lugar na canalização institucional dos litígios. Nem as descobertas heurísticas tratadas no capítulo anterior,¹³ nem qualquer outro estudo empírico seria capaz de refutar a possibilidade do agir racional, sob pena de descaracterização dos atributos de inteligência, moralidade e autonomia distintivos do gênero humano. Que a humanidade tenha criado instituições, descoberto galáxias e inventado vacinas constituem bons indicativos de que escolhas racionais são possíveis e que não somos apenas uma espécie menos peluda de macacos.¹⁴

Reduzir a aceitabilidade da solução de problemas da aplicação da Constituição a questões de competência decisória, virtude do

frágeis, pois nem o direito é racional e nem as decisões judiciais o são; a forma ou aparência de racionalidade é somente um meio de legitimar o direito e as decisões jurídicas. Por isso a teoria crítica opõe a mais esse mito o princípio da subjetividade ideológica do direito, enfatizando que ele não pode desligar-se de seus operadores, os quais lhe incutem elementos de irracionalidade, quando objetivam, através de regras e decisões jurídicas, suas crenças, emoções, valores e sentimentos de toda ordem.”

¹³ Em que pesem os fatores de irracionalidade, a capacidade humana de questionar percepções e falsos padrões e superar preconceitos é afirmada tanto por Mlodic (2009, p. 203), quanto por Kahneman (2012, p. 522).

¹⁴ Atente-se para a lição de Alexy (2007, p. 21-24): “Nós podemos tentar despedir as categorias da verdade, da correção e de objetividade. Se isso desse-nos bom resultado, nosso falar e nosso atuar, porém, seriam algo essencialmente diferente como é agora. O preço não seria só alto. Ele comportar-se-ia, em um certo sentido, de nós mesmos.”

decisor e condições de decisão significaria abandonar a própria ideia de *supremacia constitucional*. A pretensão de correção do direito e de sua aplicação¹⁵ é mais exigente que a mera vinculação a aspectos formais ou subjetivos, pois está estreitamente relacionada ao papel de legitimação institucional exercida pela racionalidade argumentativa. A ideia de jurisdição como *saber-poder* (FERRAJOLI, 2002, p. 30-34) implica o reconhecimento de que os aspectos referentes à subjetividade da autoridade encarregada de resolver a colisão constitucional são insuficientes para poder considerar suas soluções conformes ao ordenamento jurídico. Se o Estado de Direito atual é o “Estado que se justifica”, então critérios objetivos de correção jurídica não podem ser dispensados. A impossibilidade de alcançar uma objetividade plena, que pudesse propiciar sempre uma única resposta certa,¹⁶ não autoriza renunciar à objetividade *possível* de ser conseguida. O que cumpre, portanto, é estabelecer procedimentos capazes de atrelar a aceitabilidade das soluções constitucionais a parâmetros de racionalidade discursiva capazes de permitir, ao menos, a controlabilidade *intersubjetiva* da correção jurídica.¹⁷

¹⁵ Que a decisão judicial promova uma pretensão de correção significa, primeiro, que a ela se une uma afirmação implícita de sua correção quanto ao conteúdo e ao procedimento; segundo, que ela abarca uma garantia de fundamentabilidade por meio da qual essa correção pode ser controlada; terceiro, que ela se faz acompanhar da esperança do reconhecimento de sua correção sob o ponto de vista do sistema jurídico respectivo (ALEXY, 2007).

¹⁶ A ideia da única decisão correta pode, contudo, exercer uma importante função regulativa na atuação discursiva das partes e do juiz: “*La única respuesta correcta tiene más bien el carácter de un fin al que hay que aspirar. Los participantes en un discurso práctico, con independencia de si existe una única respuesta correcta, deben plantear la pretensión de que su respuesta es la única correcta. En otro caso, carecería de sentido sus afirmaciones y fundamentaciones.*” (ALEXY, 1997, p. 302)

¹⁷ Para Alexy (1997, p. 201), o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, complementado e limitado por exigências institucionais, tais como a sujeição à lei, à dogmática e aos precedentes. Registre-se, aqui, a importância do desenvolvimento doutrinário de padrões argumen-

A fórmula peso deve ser compreendida como a representação de um esquema de estruturação de argumentos mediante o qual as valorações substanciais realizadas na ponderação podem ser apresentadas, pesadas e comparadas. Quem se propõe a seguir tal modelo aceita o compromisso de buscar respostas para as perguntas parciais sobre cada fator da fórmula e, conseqüentemente, de renunciar à tentação de responder “holisticamente” à pergunta-alvo principal. Vale aqui a advertência de Martin Heidegger, enfatizada por Winfried Hassemer (2008, p. 96-97), de que o intérprete, em vez de negar o círculo do conhecimento, deve “entrar nele corretamente”, diligenciando para manter-se aberto à constante revisão de suas expectativas de sentido. Nessa linha, o juiz que faz uso dos passos e escalas estabelecidos na fórmula peso fortalece sua capacidade de autocontrole em face de ilusões cognitivas e substituições heurísticas, por reduzir o risco de que o diálogo entre a parte e o todo seja imperceptivelmente abreviado.

A expressão das regras da ponderação por meio de uma equação não pretende transformar juízes em autômatos calculadores, nem exigir deles valorações exatas como as conclusões próprias das ciências formais; serve apenas para representar simbolicamente um escalonamento que serve de parâmetro para graduar e comparar a importância dos princípios em colisão, o peso dos prejuízos e benefícios da medida cogitada e a probabilidade de ocorrer tais afetações. Que os critérios para determinação das escalas também possam

tativos, tais como a clarificação prática da exigência de Lorenzetti (2009, p. 160-163) de o juiz, na resolução de casos, *olhar para trás*, mediante consideração dos precedentes (elemento de consistência), *olhar para frente*, mediante estimação das conseqüências jurídicas e econômico sociais da decisão (elemento consequencialista) e *olhar para cima*, mediante a busca de harmonização sistemática da solução cogitada em face do ordenamento jurídico (elemento de coerência). Sobre critérios de coerência, conferir, por todos, Peczenik (2009, p. 131-72).

ser objeto de revisão e aperfeiçoamento não pode levar *ipso facto* ao simples abandono da fórmula. Escalonamentos, quaisquer que sejam, já conferem um padrão mínimo de objetividade, e quem os contesta assume o ônus de sugerir substitutos ou alternativas melhores.

No que se refere às valorações exigidas para a ponderação, há de ser enfatizado o indispensável enfeixamento das regras ponderativas ao dever de *saturação argumentativa*,¹⁸ que se estende a cada atribuição de valor aos fatores a serem considerados. Pela força das razões obtidas sob garantias mínimas de abertura, clareza e universalizabilidade mede-se a correção jurídica das valorações parciais e totais realizadas no tratamento das colisões. Apenas argumentos resistentes ao influxo de sentimentos, vontades arbitrárias e conveniências políticas miúdas têm aptidão para alicerçar, com longo alcance e no longo prazo, a representação argumentativa do povo. Embora esses fatores irracionais nem sempre possam ser facilmente identificados a cada caso, ao menos a deficiência de justificação que sói acompanhar valorações realizadas sob tal interferência pode ser sindicada e objurgada por meio dos parâmetros fornecidos pela teoria da argumentação jurídica. No constitucionalismo discursivo, o *critério* de aceitabilidade das valorações dos órgãos encarregados da jurisdição constitucional não pode estar fundado na ingênua esperança de um ascetismo judicial totalmente livre de inclinações e pré-juízos, nem na pretensa inspiração monológica de semi-deuses solipsistas, mas, isto sim, na capacidade justificatória das razões resultantes do diálogo desenvolvido de acordo com as regras e formas do discurso jurídico racional.

¹⁸ A exigência de saturação consiste na necessidade de adução de premissas empíricas ou normativas que apoiam, embasam ou complementam o argumento, a fim de impedir alegações vazias. Atende-se ao requisito da saturação quando o argumento contém todas as premissas pertencentes à sua respectiva forma (ALEXY, 1997, p. 236).

4.2 NÃO IMPORTA SE “FREUD EXPLICA”: CONTRA O ARGUMENTO DA SUPERFLUIDADE

O argumento da superfluidade, de seu ângulo, sustenta a irrelevância ou a impotência das regras da ponderação para obstar a entrada clandestina de elementos de irracionalidade na solução das colisões constitucionais, pois nada garantiria que os argumentos exteriorizados em prol da decisão efetivamente hajam sido efetivamente determinantes para o julgamento. A disparidade e a extravagância de soluções constitucionais apresentadas diuturnamente sob o rótulo da “proporcionalidade” estariam a indicar, na trilha dessa objeção, que a ponderação é nada mais que o produto de um imprevisível amálgama das subjetividades do julgador.

Boa parte do que foi dito contra o argumento da idealidade também vale para o argumento da superfluidade. Que a ponderação seja isoladamente incapaz de eliminar fatores irracionais possivelmente presentes no processo de escolhas não a torna inútil. Seu grande mérito é estabelecer etapas e padrões de dimensionamento cuja observância constringe o intérprete-aplicador a levar em conta, de forma transparente e racional, todos os elementos relevantes para o exame do caso, além de vincular a solução encontrada a um critério pelo qual ela pode ser racionalmente avaliada. Se o juiz atribui valores arbitrários aos fatores componentes da fórmula peso, é claro que a solução decorrente dessa “pesagem” não será mais racional que outras soluções proferidas mediante fundamentações holísticas. Inescapável, porém, que se os passos da justificação interna da tarefa ponderativa estiverem de algum modo expostos, o arbítrio de uma decisão não fundamentada ficará escancarado. Não por acaso, quem não tem boas razões geralmente disfarça a falta de argumentos mediante tergiversações retóricas facilitadas pela dispensa de parâmetros metodológicos. A ponderação, em suma, uma vez concebida em conexão estrutural com a teoria do discurso racional, não dissimula

arbitrariedades; antes as revela ou mesmo as previne, ao dificultar que a fundamentação da decisão passe ao largo da análise de fatores importantes.

A falta de correspondência necessária entre razões expostas e móveis subjetivos não deve ser sobrevalorizada. Embora também os atos judiciais possam estar viciados por desvio de finalidade, na atuação estatal avulta a exigência de justificação,¹⁹ e não de explicação ou demonstração, no sentido das ciências naturais. Os avanços da neurociência em relação ao processo mental de escolhas são muito úteis para o aperfeiçoamento de rotinas e práticas jurisdicionais, mas não possuem o condão de alterar o conceito de legitimação da jurisdição constitucional. Para qualquer interferência estatal no interesse das pessoas são necessárias razões, não meras boas intenções. Ainda que existisse tecnologia capaz de penetrar na mente dos juízes e mapear com precisão os verdadeiros móveis de suas escolhas, a aceitabilidade intersubjetiva da correção das soluções constitucionais continuaria sendo realizada e medida pelo diálogo jurídico racional, independentemente do que indicassem os sensores de um tal “grande irmão”. É o dever de justificação, e não as limitações do atual estado do conhecimento neurocientífico, que impõe o padrão justificatório da supremacia do melhor argumento.

Com isso não se defende, entretanto, que exista um intransponível abismo entre decisão e justificação. O controle do discurso judicial não é apenas de procedência externa; ele incide também sobre o juiz (IBAÑEZ, 2006, p. 107), possibilitando que razões projetadas para a justificação retroajam ao contexto do descobrimento²⁰ e contribuam para a própria obtenção da decisão. Se não é possível

¹⁹ Sobre o dever de justificação, conferir Trois Neto (2012).

²⁰ Na teoria processual, é possível falar em contexto do descobrimento quando nos perguntamos *como se chega* a uma afirmação; e em contexto da justificação, quando nos perguntamos *quais são as razões* que justificam uma afirmação. Conferir em Trois Neto (2011, p. 146).

negar que intuições, emoções e impulsos possam levar a vieses, a consciência do dever de apresentar boas razões há de levar o julgador, na expectativa de uma aceitação intersubjetiva de sua atividade, a afastar alternativas decisórias reprovadas em testes prévios de racionalidade.²¹ Com a utilização da fórmula peso, o juiz fica compelido a submeter valorações possivelmente sugeridas pelo Sistema 1 à estimação de suas razões justificatórias, à antecipação de juízos externos acerca de seus pontos fortes e fracos e à busca, sempre que for necessário, por opções melhores. O cumprimento dessa exigência de reflexão crítica, factível apenas mediante raciocínio analítico, favorece a que decisões passíveis de justificação racional sejam de fato proferidas, e decisões injustificáveis, descartadas.

Por fim, não poderia ser aduzida, em desfavor da ponderação, uma lista de más soluções constitucionais apresentadas sob o rótulo da “proporcionalidade”. O uso meramente retórico ou vazio de uma expressão linguística não depõe contra o conceito a que ela se refere (BUSTAMANTE, 2008, p. 85). Não pondera quem apenas diz ponderar, sem comparar razões e contrarrazões; pondera quem segue um procedimento metódico estrito por meio do qual os argumen-

²¹ Assim leciona Marina Gascón-Abellán (204, p. 202): “[E]l descubrimiento de una hipótesis no tiene por qué ser el campo de la pura emotividad o de la inventiva; en el descubrimiento de una hipótesis pueden aparecer sin duda elementos de irracionalidad o de emotividad, pero están (o pueden estar) también presentes elementos de aceptación o validación de la misma, pues no parece lógico pensar que, si puede justificarse una decisión, se haya adoptado ésta prescindiendo por completo de las razones que constituyen esa justificación. Por eso, no resulta descabellado pensar que la exigencia de motivar ‘retroactue’ sobre el próprio iter de adopción de la decisión, reforzando su racionalidad; es decir, provocando la expulsión de los elementos de convicción no susceptibles de justificación; propiciando, en fin, que la adopción de la decisión se efectúe conforme a criterios aptos para ser comunicados, en detrimento de la ‘corazonada’ que resultará más difícil de justificar.” No mesmo sentido a doutrina de Alexy (1997, p. 221).

tos são apresentados e pesados.²² Em outras palavras: a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito não é “argumento”, e sim um conjunto de formas de argumento (BUSTAMANTE, 2008, p. 100) cuja aplicação exorta o juiz a identificar, dimensionar e comparar, de modo transparente e fundamentado, todos os elementos contrários e favoráveis à solução adotada. Nada mais distante dessa postura que o vexo, infelizmente bastante disseminado, de invocar a proporcionalidade como se ela fosse uma deidade capaz de operar o milagre de tornar prescindível a argumentação racional.

5 CONCLUSÃO

Não se pode negar que decisões relativas a colisões de direitos fundamentais possam ser, na realidade cotidiana dos foros, afetadas por impulsos, emoções e intuições das pessoas a quem se acometeu a função de zelar pela supremacia da Constituição. Mas isso não leva ao acolhimento de objeções tendentes à deslegitimação da ponderação. A confluência dos saberes jurídico e psicológico parece respaldar o reconhecimento de que trilhar o caminho argumentativo ilustrado na fórmula peso ainda é a ferramenta jurídico-metodológica mais adequada para expulsar contingências subjetivas da resolução de questões constitucionais.

A ponderação é um modelo de fundamentação que fornece uma moldura para a exposição e contraposição de argumentos. Apesar de não garantir correção, ela ao menos vincula o intérprete à consideração de etapas e escalas que favorecem a realização de uma justificação dotada de máxima qualidade, inteireza e completude.

²² Embora o autor não adote integralmente os conceitos aqui empregados, vale citar o alerta de Sundfeld (2011, p. 295) contra o *uso preguiçoso* da teoria dos princípios: “Para que, no debate jurídico, os princípios não sirvam como armas de espertos e preguiçosos, é preciso impor, a quem os emprega, os ônus que lhes são inerentes.”

No constitucionalismo discursivo, essa busca por razões adequadas nunca pode ser deixada de lado, já que a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional não tem outra fonte senão a força justificatória das razões que embasam as soluções que apresenta.

Em que pese a higidez teórica do critério da ponderação, sua adequada operacionalização prática depende da presença de condições pessoais e institucionais para as quais a doutrina constitucional, os operadores jurídicos e os gestores judiciais têm dado pouca atenção. Essa omissão pode ser sanada se o mundo jurídico, tradicionalmente avesso à abertura interdisciplinar, se permitir aceitar o aporte científico que a análise psicológica das decisões judiciais pode oferecer para o aprimoramento do exercício da jurisdição constitucional.

Ponderações constitucionais não são algo que possa ser banalizado, trivializado ou improvisado. Nelas as questões em jogo dizem respeito à própria realização do Estado de Direito, e seu enfrentamento adequado exige articulação de passos de desenvolvimento que não devem ser arbitrariamente suprimidos ou encurtados. Como a mera adesão emocional tende a ser mais atraente e cômoda que o convencimento racional, o juiz deve cultivar hábitos e procedimentos capazes de lhe enviar alertas cognitivos ou mantê-lo, ao menos em certas questões, a salvo de armadilhas heurísticas. Nesse sentido, observar estritamente a fórmula peso e promover diligentemente a saturação dos argumentos referentes às valorações utilizadas podem servir de freio a *corazonadas*, pois quem assim procede impõe a si próprio um roteiro e um padrão argumentativo que o impelem a não desconsiderar aspectos importantes para a ponderação.

Conhecimentos oriundos das neurociências podem, portanto, supeditar a adoção ou a modificação de atitudes com vista à obtenção da máxima libertação da atividade judicial em face de fatores irracionais. Mas somente pode se aperfeiçoar quem, antes, souber se conhecer; e somente saberá se conhecer aquele que, primeiro, *qui-*

ser se conhecer. Como os psicólogos sempre souberam, o obstáculo inicial - e principal - parece ser o velho e inconfessado medo do divã.

REFERÊNCIAS

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

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Direito e Decisão Racional - Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R.; OLIVER-LALANA, Daniel (Coord.). *Derechos Fundamentales, Principios y Argumentación: Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Editorial Comares, 2011.

COELHO, Luiz Fernando. *Fumaça do bom direito: ensaios de filosofia e teoria do direito*. Curitiba: Bonijuris, 2011.

DANZIGER, Shai; LENA, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *Proc Natl Acad Sci.*, v. 108, p. 6889-6892, 2011a. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/early/2011/03/29/1018033108.full.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2013.

DANZIGER, Shai; LENA, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Reply to Weinshall-Margel and Shappard: Extraneous factors in judicial decisions persist. *Proc Natl Acad Sci.*, v. 108, 2011b. Disponível em: <www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1112190108>. Acesso em: 30 set. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão - Teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método I - Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos em el derecho - Bases argumentales de la prueba*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 4. ed. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial - Fundamentos de Direito*. Tradução Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MLODIC, Leonard. *O andar do bêbado*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

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

PECZENIK, Alexander. *On Law and Reason*. Breinigsville: Springer, 2009.

RICHARDS, Diana, Judicial Hunch as Short-Circuited Decision. *UCL Jurisprudence Review*, Mar. 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2000849>. Acesso em: 29 set. 2015.

RIDALL, J. G. *Teoría del Derecho*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2008.

SIECKMANN, Jan-R (Ed.). *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales - Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina H. C. (Org.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 363-380.

STRUCHINER, Noel. “Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir”, In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina H. C. (Org.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Princípio é preguiça?” In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina H. C. (Org.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. Motivação judicial sob perspectiva ética. In: COLECCIÓN COMISIÓN IBEROAMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL. Principios de la Ética Judicial Iberoamericana: Motivación Judicial. 4., 2012, México. *Anais...* Méxco: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012. (Série Monografías Premiadas).

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WEINSHALL-MARGEL, K. SHAPARD, J. Overlooked factors in the analysis of parole decisions. *Proc Natl Acad Sci.*, v. 108. 2011. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/108/42/E833.full>>. E réplica por parte dos autores <www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1112190108>. Acesso em: 30 set. 2013.

ZUCCA, Lorenzo et al. *Dilemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E PONDERAÇÃO

Alex Copetti*
Rogério Gesta Leal**

RESUMO

A questão da efetividade dos direitos diz com as repercussões fáticas das relações jurídicas, a efetividade é dinâmica na medida em que o alcance da norma no mundo da vida depende da atuação de diferentes atores e de circunstâncias fáticas concretizantes. No caso dos direitos fundamentais sociais, como as circunstâncias fáticas de concretização não são suficientes para alcançar todos os iguais legitimados ativos, escolhas trágicas devem ser feitas pelo Estado. O ponto central do artigo está no argumento de que pode ser estabelecida uma relação entre a efetividade dos direitos fundamentais sociais e o teste da proporcionalidade, na perspectiva da teoria de Robert Alexy. Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Efetividade. Ponderação.

1 INTRODUÇÃO

A questão da efetividade dos direitos diz com as repercussões fáticas das relações jurídicas, a efetividade é dinâmica na me-

* Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Mater Dei; Professor titular do Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó; Avenida Atílio Fontana, 591 - E, Efapi, 89809-000, Chapecó, Santa Catarina; alexcopetti@hotmail.com

** Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina; gestaleal@gmail.com

dida em que o seu alcance no mundo da vida depende da atuação de diferentes atores e de circunstâncias fáticas concretizantes.¹

No caso da efetivação dos direitos fundamentais sociais, é notório que a atuação dos diferentes atores e as circunstâncias fáticas de concretização não têm sido suficientes para a realização integral e universal desses direitos, o que leva a necessidade de se fazerem escolhas trágicas pelo Estado na elaboração das leis, na execução de políticas públicas e na resolução de demandas judiciais.

A presente pesquisa tem a finalidade de contribuir para a realização dessas escolhas trágicas, utilizando-se do teste da proporcionalidade, na perspectiva da teoria de Robert Alexy. O método utilizado é o dedutivo e a pesquisa foi realizada através de consulta bibliográfica e documental.

2 A QUESTÃO DA EFETIVIDADE

Com o advento do Estado Social iniciou-se o processo de elaboração de constituições que previam um rol de direitos fundamentais prestacionais e que exigiam a atuação proativa do Estado nas questões sociais. As Constituições a partir de então passaram a exigir que os Poderes Públicos efetivassem os novos direitos e garantias (constituições dirigentes) (LEAL, 2009, p. 72-73).

Nesse contexto, surge a questão da efetividade desses novos direitos. Leal (2009, p. 93) adverte que existem várias posições doutrinárias e jurisprudenciais divergindo e concordando entre si e, na dimensão dos direitos sociais, econômicos e culturais há o problema da dependência de recursos econômicos, ou seja, a elevação dos seus

¹ Ao contrário do que ocorre com a questão da eficácia que se refere aos aspectos intrínsecos das relações jurídicas, ou seja, trata da titularidade ativa (legitimidade), da titularidade passiva, de quais direitos e quais deveres (objeto do direito) advém dessa relação e, uma vez identificados tais elementos, ela permanece estática.

níveis de efetividade depende do volume de recursos para atendê-los, sendo verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.²

Leal (2009, p. 70-79) chama a atenção para o fato de que as novas demandas surgidas, relacionadas aos direitos fundamentais sociais, não podem ser resolvidas pela lógica do tudo ou nada, pois envolvem um universo de variáveis múltiplas e complexas, a saber: disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, políticas públicas integradas em plano plurianuais e em diretrizes orçamentárias, medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, etc. Todos estes condicionantes, por sua vez, encontram-se dispersos em diferentes atores institucionais, com consequências e autonomias reguladas também pela Constituição.

Essas dificuldades de ordem financeira para a efetividade dos direitos fundamentais sociais parecem ser maiores no Brasil, em face das profundas desigualdades e da existência de uma grande massa social fragilizada, conforme se extrai do relatório de desenvolvimento humano global de 2014, onde o Brasil ocupa a 79ª posição entre os 187 países avaliados no ranking do Índice de Desenvolvimento Humano [IDH] de 2013, publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) (RELATÓRIO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO, 2014). A redução dessa desigualdade certamente exigirá o investimento de grandes montantes de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Nesse contexto, não há como deixar de lado o fato de que a efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais geram cus-

² Explica o autor que “[...] a variável econômica está umbilicalmente vinculada às condições e possibilidades demarcatórias dos direitos sociais e do próprio mínimo existencial em cada país e conjuntura nacional.” (LEAL, 2009, p. 97).

tos e dependem em grande medida dos recursos financeiros oriundos do orçamento público.

Em outras palavras, todos os direitos têm custos e alguém arca com esses custos, direta ou indiretamente, por intermédio, por exemplo, de políticas públicas governamentais e de serviços públicos (LEAL, 2009, p. 100).

Em virtude desses custos é que surgem posicionamentos doutrinários defensores de que a efetivação dos direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à disponibilidade dos recursos. Nesse contexto, para a tomada de qualquer decisão é imprescindível a obtenção de dados materiais que deem a real situação da realidade social e das possibilidades do ente demandado.

Percebe-se assim, que a efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais está relacionada com questões financeiras e de racionalidade das previsões orçamentárias e, até mesmo com questões como o desperdício de verbas públicas, de sonegação fiscal e de corrupção, afinal, a capacidade de se conseguir recursos para implementar esses direitos pode ser profundamente afetada por esses fatores (SARLET, 2015, p. 379).

Nessa linha de pensamento, convém trazer à discussão algumas informações sobre os gastos com o direito fundamental social à saúde no Brasil.

Apenas para se ter um exemplo, o montante previsto para ser gasto com saúde pela União no ano de 2015 é de R\$ 120.925.605.530 (cento e vinte bilhões, novecentos e vinte e cinco milhões, seiscentos e cinco mil, quinhentos e trinta reais),³³ dum total orçamentário de R\$ 2.860.323.199.799 (dois trilhões, oitocentos e sessenta bilhões, trezentos e vinte e três milhões, cento e noventa e nove mil, setecentos e noventa e nove reais) (BRASIL, 2015b), conforme previsto

³ Esses valores não incluem os gastos com saúde oriundos da esfera privada.

no Anexo II - Despesa dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, por Órgão Orçamentário, da Lei Orçamentária Anual (Lei 13.115/15).

Ainda com relação às despesas com saúde, convém destacar que na última Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 13.080/15), a Advocacia Geral da União inseriu na rubrica orçamentária referente a riscos de despesas em virtude de ações judiciais para fornecimento de medicamentos [em regra não listados pelo Sistema Único de Saúde] o impacto estimado, em caso de derrota nas respectivas demandas, de R\$ 2,08 bilhões (BRASIL, 2015a),⁴⁴ conforme se extrai do Anexo V [riscos fiscais], da atual lei de diretrizes orçamentárias.

Outro dado interessante diz respeito aos valores desviados dos cofres públicos em virtude da corrupção e da sonegação fiscal. A título de ilustração, um dado interessante pode ser obtido no site do Ministério Público Federal, que informa que na notória operação *lava jato* estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobrás gira em torno de R\$ 2,1 bilhões de reais (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015). Esse valor é superior ao impacto que seria causado pela derrota da União em todas as demandas pendentes que envolvem medicamentos no ano de 2015, conforme estimado pela Advocacia Geral da União.

Percebe-se, portanto, que quando se fala em efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais a questão dos custos deve ser levada a sério e, nessa análise é preciso também verificar a questão da gestão eficiente e responsável⁵⁵ dos recursos públicos para que se alcance o grau máximo possível de efetivação desses direitos.

Leal (2009, p. 93-98) explica que na Alemanha a real disponibilidade dos recursos localiza-se na esfera da discricionariedade das

⁴ Esse valor equivale a aproximadamente 2,3% do orçamento do ministério da saúde.

⁵ Nesse sentido, Leal (2009, p. 106) destaca que atribuir responsabilidades factuais aos agentes públicos e políticos que eventualmente atuem com desvio de finalidade pode ser uma medida contributiva na efetivação desses direitos.

decisões governamentais e parlamentares sobre o orçamento público, porém o autor chama a atenção para o fato de que no Brasil isso seria de difícil sustentação, pois não há uma cultura [política e jurídica] de visualizar o orçamento público como um instrumento normativo de efetivação dos direitos fundamentais sociais, afinal a sua elaboração é feita longe da participação social e, em muitos casos, há desvios de finalidade e corrupções.

Barcellos (2002) sugere que os direitos fundamentais [em especial os integrantes do mínimo existencial] sejam metas prioritárias do orçamento.⁶⁶

A orientação de Leal (2009, p. 96) é no sentido de que as ações estatais referentes ao orçamento são absolutamente vinculadas aos chamados indicadores parametrizantes previamente delimitados pela própria Constituição Federal.⁷

São similares as visões de Leal e Barcellos no sentido de que o orçamento público pode servir como um elemento de concretização dos direitos fundamentais sociais.

Levando em conta que o orçamento é um elemento concretizador, as previsões orçamentárias devem ser razoáveis, e na dicção do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, na ação de descumprimento de preceito fundamental n. 45/DF-MC

Não se mostrará lícito [...] ao Poder Público, [...] - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito

⁶ Leal (2009, p. 100) chama a atenção para o fato de que as previsões constitucionais em sede de direitos fundamentais, ainda que referentes ao mínimo existencial, são demasiadamente maiores que os recursos para atendê-las.

⁷ Esses indicadores, segundo o autor, são os objetivos fundamentais da República, do artigo 3º da Constituição, que vão sendo densificados ao longo do texto constitucional, consubstanciando-se em direitos fundamentais, e são públicos e vinculam a atuação dos poderes estatais de da própria sociedade.

de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Outra questão complexa diz respeito aos limites da competência entre os entes federativos, pois o argumento dos direitos fundamentais sociais não pode ser utilizado para distorcer o desenho funcional do Estado estabelecido pela Constituição, sob pena de desestabilizar a própria democracia (LEAL, 2009, p. 99).

Nesse contexto, surgem novos desafios relacionados à efetivação desses direitos, como a necessidade de se estabelecerem parcerias entre os Poderes Públicos, sem contar a dificuldade de envolver a sociedade civil à corresponsabilidade na efetivação desses direitos⁸ (LEAL, 2009, p. 73-80).

A partir dessa base, Leal (2009) acredita que já é tempo de se descobrir os contornos da reciprocidade concreta no caso dos direitos sociais, deve-se perquirir sobre a quota parte de cada um neste mister, sob pena de se atribuir toda a responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais sociais à procedimentos hermenêuticos de interpretação.

Nesse contexto, na esfera judicial, mesmo as situações que demandam a efetivação somente do mínimo precisam sempre estar justificadas mediante regras de interlocução e decisão controláveis (LEAL, 2009, p. 100).

Um problema específico da esfera judicial diz com a perspectiva do mínimo existencial que chega ao Poder Judiciário, pois em regra ela está centrada num olhar individual, não considerando as dimensões macroeconômicas e os impactos sociais da medida. Leal

⁸ Nesse cenário surge o chamado “paradoxo democrático”, pois por um lado as constituições dão relevância à vontade das maiorias, que pode divergir e restringir a vontade de minorias, e por outro lado essas mesmas constituições protegem vários direitos fundamentais individuais e sociais, os quais podem frustrar as expectativas das maiorias (LEAL, 2009, p. 76).

(2009, p. 92) destaca que em regra na esfera judicial “[...] cada qual quer o SEU direito à saúde, não importando se, para atendê-lo, ter-se-á que sacrificar o direito à saúde de muitos.”⁹

Em outras palavras, não se pode esperar que a interpretação judicial sozinha, apesar da sua grande importância, consiga resolver todos os problemas de efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais, “[...] não é tão simples sustentar a tese da força cogente e autoaplicável dos direitos fundamentais sociais como se isso não dependesse de questões fáticas/outras.” (LEAL, 2009, p. 85).

Na tentativa de compatibilizar esse universo de variáveis, Sarlet (2013, p. 28-30) defende que na efetivação dos direitos fundamentais sociais devem ser analisados três critérios: a disponibilidade fática, a disponibilidade jurídica e a proporcionalidade da medida, analisados a seguir.

3 EFETIVIDADE, DISPONIBILIDADE FÁTICA, DISPONIBILIDADE JURÍDICA E PROPORCIONALIDADE

Esses três aspectos [disponibilidade fática, disponibilidade jurídica e proporcionalidade] estão relacionados entre si e com outros princípios constitucionais, por isso, é necessário que se realize um *equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado*, para que se garanta a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais. Na verdade, esses três aspectos devem ser vistos como

⁹ Segundo o autor, “[...] atender ao mínimo existencial de alguns sem levar em consideração o impacto que isto, potencial ou efetivamente, pode causar a outros, significa tratar desta questão a partir de uma lógica de matiz Kantianamente individual, [...] Entretanto, ao invés deste primado liberal (radical) da autonomia da vontade privada e dos direitos individuais, a reflexão que proponho opera como primado da autonomia pública, ou da soberania popular, no sentido de que legítimas são aquelas leis, decisões e atos que nós mesmos, enquanto membros orgânicos de uma comunidade de cidadãos damos a nós mesmos.” (LEAL, 2009, p. 103).

um ferramental para a garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais (SARLET, 2015, p. 304-305).

A disponibilidade fática condiciona a realização das prestações impostas pelos direitos sociais às possibilidades materiais do Estado, em outras palavras, deve-se analisar a disponibilidade de recursos financeiros e humanos para o atendimento da demanda.

Nesse sentido, deve-se questionar se o Estado possui condições de atender à demanda almejada considerando-se a disponibilidade financeira para todos que potencialmente estejam na mesma situação. Nesse ponto, a questão financeira ganha força tendo em vista que os recursos públicos são finitos e variam de acordo com os fatores econômicos que servem como fonte de custeio do aparato Estatal e dos direitos sociais por ele garantidos.

Nesse sentido, pode-se destacar que a própria Constituição Federal de 1988 elenca em seus dispositivos os fatores econômicos que podem ser tributados pelo Estado para o fim de efetivação dos direitos fundamentais sociais, podem ser citados: as fontes previstas no artigo 195, no parágrafo 5º do artigo 212, no artigo 240, no artigo 239 da Constituição Federal e nas manifestações econômicas autorizadas a serem tributadas por meio de impostos (TRINDADE; LEAL, 2013, p. 34).

Convém destacar que a maioria dessas bases econômicas são variáveis, ou seja, dependem do desempenho econômico do país e estão submetidas a outros valores constitucionalmente protegidos, conforme se extrai dos dispositivos que regem a ordem econômica [art. 170, CF] (TRINDADE; LEAL, 2013, p. 34).

Nesse sentido, Leal e Trindade (2013, p. 34-35) alertam que a Constituição elencou outras finalidades além da realização dos direitos fundamentais sociais para as ações estatais, tanto é que não raro depara-se com medidas estatais de redução da arrecadação tributária, mesmo que afete tributos destinados a custear direitos sociais, para estimular setores da economia com o fim de manter os

empregos desse setor [busca do pleno emprego], ou com o fim de facilitar o acesso de indivíduos de menor poder aquisitivo a condições melhores de vida [erradicação da pobreza].

Percebe-se assim, que existem fatores fáticos extrajurídicos [“escolhas trágicas”] que condicionam a obtenção dos recursos financeiros [constitucionalmente previstos] para a efetivação dos direitos fundamentais sociais e que devem ser levados em consideração pelo intérprete e pelo aplicador da norma. Em outras palavras, a realização dos direitos fundamentais sociais deve levar em conta o fato de que os recursos arrecadados pelo Estado são limitados [limitações fáticas - de ordem econômica], são finitos e devem observar outros valores constitucionais.

Por isso, a realização dessas escolhas trágicas e a fiscalização da aplicação dos recursos públicos devem ser compartilhadas por toda a sociedade, ou seja, deve-se democratizar o processo de escolha do conjunto de gastos do Estado, aqui incluídas as escolhas das políticas públicas que serão adotadas no âmbito do orçamento público, que serão utilizadas para atender aos objetivos constitucionais (TRINDADE; LEAL, 2013, p. 35-36).

Essa ideia de pluralizar o debate acerca das escolhas encontra respaldo na doutrina de Alexy (2011, p. 450) que defende que as decisões sobre as prestações a serem implementadas pelo Estado não podem ser deixadas para a “maioria parlamentar simples”.

Nesse sentido, o orçamento deve ser visto como uma forma de aprovação popular sobre quais gastos ou sobre a ordem de precedência que a sociedade deseja realizar diante do que pode ser feito, considerando os recursos existentes (TRINDADE; LEAL, 2013, p. 36).

Leal (2009, p. 93-98) explica que deveria haver no Brasil, assim como ocorre na Alemanha, uma cultura [política e jurídica] de visualizar o orçamento público como um instrumento normativo de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Conforme apontam Leal e Trindade (2013, p. 37) “[...] quanto mais escassa a disponibilidade de recursos, mais se necessita de um debate responsável acerca de sua destinação”, por isso devem ser otimizados os instrumentos de gestão e fiscalização democrática do orçamento público.

Por sua vez, a disponibilidade jurídica está relacionada com a não violação da lei ou com o atendimento da lei na realização desses direitos, ou seja, deve existir autorização orçamentária para cobrir as despesas exigidas do Estado e, além disso, devem ser respeitadas as normas que determinam a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, as quais deverão ser equacionadas com o sistema federativo brasileiro.

Nesse sentido, Leal e Trindade (2013, p. 36) lecionam que a Constituição Federal estipula regras para a elaboração e execução do orçamento público nos seus artigos 165 a 169. Extraí-se desses dispositivos que os gastos públicos devem ser antecipadamente estimados [princípio da legalidade da despesa] e destinados conforme as receitas públicas disponíveis, em outras palavras, teoricamente o orçamento poderia ser visto como uma espécie de manifestação do desejo popular acerca dos gastos a serem realizados e da ordem de precedência desses gastos considerando os recursos existentes.

Além disso, a obtenção dos recursos necessários à efetivação dos direitos sociais é constitucionalmente balizada seja em virtude da existência de limitações ao poder de tributar seja em virtude da existência de limitações no que tange à escolha das bases econômicas a serem tributadas. A lei estabelece uma série de requisitos que devem ser atendidos na arrecadação da receita e na efetivação dos gastos públicos, ou seja, existem prazos peremptórios para arrecadar ou cobrar os tributos, é preciso que exista lei formal para a instituição ou majoração de tributos, é preciso que se respeitem as regras de competência tributária, é preciso que se atenda ao princípio da legalidade da despesa, a lei de responsabilidade fiscal, os gastos mí-

nimos legalmente estabelecidos, dentre outras medidas (TRINDADE; LEAL, 2013, p. 34).

Ainda, no que se refere às competências legislativas e administrativas, a Constituição Federal de 1988 estabelece uma complexa rede de normas que deve ser verificada quando se fala em possibilidade jurídica de efetivação dos direitos sociais prestacionais. A Constituição adotou como norte para a repartição de competências na federação brasileira o princípio da predominância do interesse¹⁰ e, desse ponto de partida utilizou mais de um critério para realizar a divisão de competências entre os entes federativos ao criar, por exemplo, campos específicos de competência legislativa e administrativa [ex.: art. 21, art. 22, art. 25, p. 1º, 2º e 3º e art. 30], competências administrativas comuns¹¹, a possibilidade de delegação de competência entre os entes federativos em alguns casos¹² e criou competências legislativas concorrentes¹³ [elencadas de forma sistematizada no art. 24¹⁴].

Para ilustrar a complexidade do assunto pode ser citado o exemplo do direito à saúde: o artigo 30 trata da competência legislativa e administrativa do município e estabelece que compete aos municípios prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; o artigo 23 fixa áreas comuns de atuação administrativa entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e estabelece que compete

¹⁰ Assuntos de interesse predominantemente geral: competência da União; assuntos de interesse predominantemente local: competência dos Municípios; outros interesses: competência dos estados membros.

¹¹ As competências comuns estão espalhadas por toda a Constituição (ex.: artigos 179, 180, 215, 225), mas no artigo 23 essas competências estão elencadas de forma sistematizada.

¹² Trata-se de técnica utilizada pela Constituição consistente em atribuir um extenso rol de competências para determinado ente federativo e permitir que esse ente delegue parte dessas competências para outro(s) ente(s).

¹³ As competências concorrentes podem ser cumulativas ou não cumulativas.

¹⁴ Regra geral entes que detém competência legislativa sobre uma matéria possuem também competência administrativa sobre ela, e vice-versa.

a todos zelar pela Constituição e cuidar da saúde; o artigo 24 trata da competência legislativa concorrente e estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção e defesa da saúde, além do município também poder legislar supletivamente à legislação federal e estadual sobre saúde no que tange à prestação desse serviço no âmbito local.

Por fim, no que se refere ao aspecto da proporcionalidade deve ser analisado se a pretensão demandada em face do Poder Público é legítima diante das outras prestações que o Estado tem de atender.

O princípio da proporcionalidade é importante instrumento balizador das atividades dos poderes da república ao impor que haja equilíbrio na sua atuação (TRINDADE; LEAL, 2013, p. 38).

O princípio da proporcionalidade, que constitui uma das vigas mestras do Estado democrático brasileiro, se apresenta como instrumento “metódico de controle de atos - tanto omissivos quanto comissivos - dos poderes públicos”. Esse princípio possui uma dupla função: proíbe o excesso e proíbe a proteção insuficiente. A proibição de excesso diz respeito à atuação do Estado quando da concretização dos seus deveres de proteção, e isto ocorre à medida em que o Estado, por meio da intervenção dos seus órgãos, acomete de modo desproporcional outros direitos fundamentais ou viola direitos fundamentais de terceiros. A proibição de proteção insuficiente se apresenta quando o Estado atua de modo insuficiente, ficando abaixo dos níveis mínimos constitucionalmente exigidos na efetivação/proteção de direitos (SARLET, 2012, p. 404-406).

Num primeiro momento, esse princípio deve balizar a atuação do Poder Legislativo [na elaboração das normas implementadoras/efetivadoras dos direitos fundamentais sociais previstos na constituição - ex.: normas orçamentárias, normas promovedoras de políticas públicas], do Poder Executivo [na execução e no cumprimento das respectivas leis ao administrar a coisa pública - ex.: na implementação de medidas administrativas voltadas à realização dos direitos

fundamentais sociais nos termos definidos nas leis e na Constituição] e da própria sociedade [nos espaços de participação democrática que possibilitam escolher quais direitos fundamentais sociais devem ser priorizados e de que forma isso ocorrerá - ex.: orçamento participativo; audiências públicas; projeto de lei de iniciativa popular; criação de ONG's, etc.].

Já, num segundo momento, o princípio da proporcionalidade baliza a atuação do Poder Judiciário quando deparado com demandas [individuais ou coletivas] que envolvam a efetivação de direitos fundamentais sociais. É especialmente nesse segundo momento [esfera judicial] que o teste da proporcionalidade alemão, na perspectiva da teoria de Robert Alexy, pode ser utilizado para solucionar questões envolvendo a efetividade dos direitos fundamentais sociais,¹⁵ conforme se verá a seguir.

4 EFETIVIDADE E PONDERAÇÃO

Alexy (2011, p. 116-117) explica que o teste da proporcionalidade alemão deve observar as três máximas parciais da proporcionalidade: adequação [controle dos meios], necessidade [mandamento do meio menos gravoso] e proporcionalidade em sentido estrito [mandamento da ponderação propriamente dita].

O autor alemão esclarece que o princípio ou máxima da proporcionalidade não é aplicado pela lógica dos princípios, pois o que se indaga é se as máximas parciais desse princípio foram satisfeitas ou não, e a consequência da sua não satisfação é uma ilegalidade, ou seja, o resultado da ponderação pode ser uma violação ao princípio da proporcionalidade e ao próprio direito fundamental (ALEXY, 2011, p. 117).

¹⁵ Segundo Alexy (2011, p. 121), as normas de direitos fundamentais têm sido vistas como princípios pelo tribunal constitucional alemão.

Pela máxima parcial da adequação ou do controle dos meios, na solução de casos envolvendo direitos fundamentais se deve buscar os meios adequados para atender os fins desejados pelo ordenamento.¹⁶ Deve ser verificado se os meios adotados [para a solução do caso] são compatíveis/adequados para a realização dos direitos fundamentais envolvidos [na sua máxima efetividade].

Já, por intermédio da máxima parcial da necessidade, na solução de casos envolvendo direitos fundamentais se deve adotar, dentre os meios adequados, a medida menos restritiva possível. Para tanto, é preciso realizar o controle do resultado da medida, ou seja, é preciso que se realize uma gradação [nos limites do sistema jurídico] da restrição ao direito operada pela medida e se adote a menos grave possível, esses graus dão racionalidade à discussão sobre direitos fundamentais.

Nessa linha de pensamento, Leal (2009, p. 111) explica que a busca pela solução menos restritiva deve ser feita com base no caso concreto, por isso, a jurisdição deve avaliar o grau de importância dos interesses estatais e sociais em jogo e verificar se há alguma medida alternativa para alcançar tais interesses que seja menos lesiva aos direitos fundamentais que provocaram o controle.

E, por intermédio da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, na solução de casos entre direitos fundamentais se deve aferir as razões e contrarrazões das ações e reações, em outras palavras, deve-se aferir a justeza da medida. É nesse contexto que tem início o jogo das razões e contrarrazões do sopesamento/ponderação.¹⁷

¹⁶ Nesse ponto, pressupõe-se a realização do controle de finalidade.

¹⁷ Nesse caso, uma restrição a direito fundamental somente será constitucional quando realizar os fins constitucionais pelos meios adequados e não exceder e nem for insuficiente, ou seja, deve haver equilíbrio entre a restrição e o peso das razões contrapostas para proteger o direito.

Existe uma necessária relação entre os direitos fundamentais sociais e o balanceamento ou ponderação, ou seja, com a análise da proporcionalidade. Para que haja uma decisão razoável é preciso que se compatibilize um universo de variáveis. Para tanto, será necessária a realização de juízo de ponderação dos valores em jogo no caso concreto.

Tal princípio se dirige à justiça no caso concreto ou particular e é um eficaz arrimo às decisões judiciais quando estas se propõem a averiguar se na relação entre os meios [normas e procedimentos] e os fins [execução] não houve excesso ou deficiências (TRINDADE; LEAL, 2013, p. 38).

Nesse sentido, Alexy (2011, p. 512) sugere que a questão de se saber quais direitos fundamentais sociais o indivíduo faz jus [direito subjetivo] é uma questão de ponderação de princípios, ponderação¹⁸ que demanda a existência de casos concretos.¹⁹

Na mesma linha de pensamento, Leal (2009) destaca que os problemas que envolvem a concretização dos direitos fundamentais sociais não serão resolvidos apenas no campo teórico.

Com base nesse juízo de ponderação [feito da perspectiva de um caso concreto] poderá ser respondida a seguinte questão: “o que deve prevalecer?”. A título de exemplo, Leal e Trindade (2013, p. 38) questionam: “Deve prevalecer o direito de uma pessoa fazer um tratamento caríssimo não custeado pelos cofres públicos [para dessa

¹⁸ Ponderar é avaliar, é um método pelo qual se avalia a importância de coisas.

¹⁹ Leal (2009, p. 107-108) chama a atenção para o fato de que autores como Habermas, Müller e Hesse são contrários à posição de Robert Alexy. O primeiro por entender que os direitos fundamentais são absolutos, pois não ostentariam a flexibilidade que é inerente aos valores, o segundo por sustentar que do conteúdo dos direitos fundamentais resultam delimitações que devem ser descobertas dogmaticamente sendo desnecessária a ponderação para resolver conflitos entre direitos e, o último ao afirmar que a concretização dos direitos fundamentais não pode ocorrer por intermédio da ponderação sob pena de violação ao princípio da unidade da constituição.

forma preservar o seu direito à vida] ou o direito da coletividade de ter uma rede mínima de assistência à saúde que abranja o maior número possível de pessoas?”

Alexy (2011, p. 163-165) esclarece que contra a ideia da ponderação muitas vezes é levantada a objeção de que a ponderação não seria um procedimento racional e ficaria sujeita ao arbítrio daquele que pondera, permitindo-se o subjetivismo e o decisionismo, entretanto, o autor explica que essas objeções não são procedentes, pois os enunciados de preferência elaborados e seguidos no jogo das razões e contrarrazões da ponderação estão condicionados à sua fundamentação.²⁰

No jogo das razões e contrarrazões da ponderação, a restrição a um direito fundamental deve ser pesada numa escala triádica [de graus leve, moderado ou grave] ou numa escala duplo triádica [de graus levíssimo, leve, moderado, sério e seríssimo]. Nesse jogo de razões e contrarrazões deve-se verificar se existem razões suficientes para se restringir o direito fundamental de forma levíssima, leve, moderada, séria ou seríssima, sendo que, caso inexistam razões suficientes poder-se-á falar em violação ao direito fundamental.

²⁰ Segundo o autor, a um modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo fundamentado. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. Com isso, o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes (ALEXY, 2011, p. 164-165).

Na mesma linha de pensamento, Leal (2009, p. 101-111) explica que nesse jogo de razões e contrarrazões deve se buscar o maior número de variáveis que influam no tratamento da matéria judicializada, aferindo os fundamentos de justificação do caso concreto, assim como a questão da corresponsabilidade na efetivação dos direitos fundamentais sociais [eis que possuem natureza comunitária e não meramente individual], o princípio da proporcionalidade na sua dimensão da vedação do excesso [“a concretização dos direitos sociais não pode implicar a exposição violadora de outros direitos com estes conexos”], os critérios de macro justiça, o mínimo existencial como um parâmetro de dosimetria e densificação da dignidade da pessoa humana, a percepção de que a concretização dos direitos fundamentais sociais deve buscar o máximo existencial, o critério da emergência da demanda como um requisito [de peso] de avaliação no jogo das razões e contrarrazões [“a identificação da natureza e intensidade da periclitación do direito postulado em termos de mínimo existencial, no sentido de delimitar quais os níveis de intensidade da potencial ou real violação enfrentada no caso concreto, identificação dos interesses jurídicos envolvidos e de que forma ameaçam a existência humana no caso”] e as perspectivas pessoais, materiais, temporais e espaciais em jogo.

Na ponderação, os direitos fundamentais seriam super-resistentes a restrições e, além disso, alguns direitos fundamentais seriam mais resistentes do que outros. Essa ordem de resistência ou de proeminência de valor seria a seguinte: dignidade da pessoa humana, vida, liberdade, igualdade e interesse coletivo (ALEXY, 2011, p. 162-163).

Alexy (2009) explica que no jogo das razões e contrarrazões são aplicadas as leis da ponderação.

A primeira lei da ponderação estabelece que “[...] quanto maior for o grau de não satisfação [grau de restrição] de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação [proteção] do outro.” (ALEXY, 2011, p. 593).

Essa lei é necessária para realizar a composição dos bens jurídicos em jogo. São necessárias razões sérias para uma restrição séria a um direito fundamental. Quanto maior for uma restrição tanto maior deve ser a importância da razão ou do bem jurídico protegido do lado oposto.

Nesse contexto, o que faz um direito importante são as suas razões, um direito se faz importante pelas razões, pelos fundamentos que são apresentados. Para tanto, é necessário se identificar todos os detalhes das circunstâncias fáticas e das circunstâncias jurídicas que envolvem o caso concreto.

O autor explica que, na argumentação constitucional para fundamentar enunciados de preferências condicionados podem ser utilizados todos os argumentos possíveis, tais como argumentos práticos, argumentos empíricos, argumentos jurídicos, pode-se recorrer também à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas. O autor faz também um alerta ao afirmar que “[...] diante da variedade de possíveis argumentos a favor de enunciados de preferência, é possível afirmar que a frequente recomendação para que se levem em consideração apenas as consequências constitui uma redução injustificável.” (ALEXY, 2009, p. 165-166).

Nesse contexto, Alexy alerta que no jogo das razões e contrarrazões com frequência têm sido utilizadas razões prognósticas como motivos para restringir direitos.

A partir dessa constatação, Alexy (2011, p. 617) pontua que para que seja assegurada a devida proteção do direito fundamental é preciso que se observe a segunda lei da ponderação, que estabelece que

[...] quanto mais pesada for a interferência em um direito fundamental tanto maior terá de ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”, em outras palavras “quanto mais intensa for a restrição de um

princípio, tanto maior deve ser a segurança dos prognósticos que fundamentam essa restrição.

Nesse contexto, o argumento prognóstico deve estar baseado em fundamentos sólidos, ou seja, deve existir *segurança epistêmica* ao se utilizar argumentos prognósticos para restringir direitos fundamentais.

Os argumentos prognósticos muitas vezes são utilizados para justificar omissões do Poder Público no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, como é o caso do direito à saúde.

Evidentemente que eventuais omissões do Poder Público podem ser justificáveis, mas para isso é necessário que existam razões proporcionais e confiáveis justificadoras do não fazer.

Nesse contexto, o teste da proporcionalidade pode ser utilizado como método de proteção dos direitos fundamentais sociais contra omissões/restrições arbitrárias. Para tanto, o Judiciário precisa forçar o Estado a demonstrar a proporcionalidade da restrição que está sendo feita, promovendo verdadeiro diálogo institucional-constitucional com os demais poderes.

A importância desse diálogo institucional é destacada por Leal (2009, p. 105), quando explica que o problema da concretização dos direitos fundamentais sociais não será resolvido por um só ator, o descrédito atualmente existente com relação aos Poderes Legislativo e Executivo não pode autorizar uma supressão de competências e funções institucionais.

Em outras palavras, a democracia representativa não trabalha com a lógica da autonomia das suas instituições, mas sim com a lógica da convergência, da colaboração das suas instituições. Nesse sentido, a simples passagem do dirigismo Estatal centrado no Poder Executivo para um focado no Poder Judiciário não resolverá o problema, pois continuará a manter a Sociedade como mera assistente do fenômeno político da organização da sua própria vida (LEAL, 2009, p. 90).

Para tanto, poder-se-ia pensar em ações pedagógicas do Judiciário no âmbito da efetivação dos direitos sociais, utilizando-se de processos individuais ou coletivos para, numa espécie de diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações com os poderes políticos sempre que necessário for (LEAL, 2009, p. 105). Nesse sentido, o Judiciário ao invés de simplesmente aceitar razões prognósticas, deve exigir que o Estado apresente explicações objetivas, transparentes e suficientes para demonstrar que a restrição é proporcional ou que a omissão é justificável, inclusive com a inversão do ônus da prova.

5 CONCLUSÃO

Como visto, é aceitável defender que uma forma de “resolver” o problema da [in]efetividade dos direitos fundamentais sociais ou de otimizar essa efetividade é com a utilização do teste da proporcionalidade na perspectiva da teoria de Robert Alexy [ponderação], pois esta parece reunir boas condições para tanto ao defender que o que faz de um direito importante são as suas razões, ou seja, um direito se faz importante pelas razões, pelos fundamentos que são apresentados.

É aceitável defender que o teste, na perspectiva apresentada, parece ser um instrumento que reúne boas condições para identificar todas as circunstâncias, detalhes e complexidades que envolvem os direitos fundamentais sociais e para resolver questões difíceis de efetivação desses direitos.

Conclui-se, portanto, que a aplicação da técnica da ponderação no teste da proporcionalidade pode ser considerada como um eficaz e racional mecanismo para legitimar as escolhas feitas no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Lei n. 13.080, de 02 de janeiro de 2015. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2015 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 02 jan. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/Anexo/LEI13080-15ANEXO%201.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.115, de 20 de abril de 2015. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 abr. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/Anexo/LEI13115-15-Anexos.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2015.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos políticos e culturais constitutivos dos direitos fundamentais e sociais. SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 2., 2012, Joaçaba. *Anais...* Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simp-siointernacionaldedireito/article/view/1611>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais como elementos operativos e constitutivos do Estado Democrático de Direito no Brasil*. 2000. 317 p. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000a.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000b.

LEAL, Rogério Gesta; RIBEIRO, Daniela Menengoti. Aspectos políticos e culturais constitutivos dos direitos fundamentais e sociais do Brasil. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA, Mercè Barcelò i (Org.). *Direitos Fundamentais em Estados Compostos*. Chapecó: Ed. Unoesc, 2013.

LEAL, Rogério Gesta; TRINDADE, Antonio Cesar. As dimensões da reserva do possível e suas implicações na efetivação dos direitos fundamentais sociais. In: DE MARCO, Cristhian Magnus; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson Antônio (Org.). *Teoria Geral e Mecanismos de Efetividade no Brasil e na Espanha*: tomo I. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013. (Série Direitos Fundamentais Sociais).

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Lava Jato*: em um ano, foram propostas 20 ações criminais contra 103 pessoas na primeira instância. 17 mar. 2015. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/banners-rotativos/docs/lava-jato-em-um-ano-foram-propostas-20-acoes-criminais-contra-103-pessoas-na-primeira-instancia>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

RELATÓRIO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO. *Sustentar o Progresso Humano*: Reduzir as Vulnerabilidades e Reforçar a Resiliência. PNUD, 2014. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2014_pt_web.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Dimensões da dignidade*: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

Alex Copetti, Rogério Gesta Leal

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO UMA CONSTRUÇÃO NÃO POSITIVISTA: QUESTÕES TEÓRICAS SOBRE O PENSAMENTO CONSTITUCIONALISTA DE ROBERT ALEXY

Lucas Augusto da Silva Zolet*
Janaína Hennig Bridi**
Fausto Santos de Morais***

RESUMO

Esta revisão bibliográfica, produzida mediante o método fenomenológico-hermenêutico, investiga os pressupostos teóricos acerca do conceito de Direito da perspectiva de Robert Alexy, sobretudo transitando nos elementos da Teoria dos Direitos Fundamentais. Este trabalho versa sobre o problema da definição e fundamentação das normas de direitos fundamentais a partir de uma hipótese não positivista de Direito. A estrutura do trabalho foi organizada em três partes. Na primeira são desenvolvidas as premissas do conceito de Direito, na segunda e terceira são identificados, respectivamente, os pressupostos teóricos acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais, bem como da noção de Constituição trazida por Alexy. Essas três etapas da pesquisa procuram esclarecer os pressupostos de relevância que sustentam as concepções desenvolvidas pelo autor alemão na formação de uma nova Teoria do Direito, sobretudo, acerca do compromisso de cons-

* Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Damásio; Mestrando em Direito pelo Instituto Metodista de Educação; Advogado; lucas.zolet@bol.com.br

** Graduanda em Direito pela Faculdade Metodista de Educação; janabridi@hotmail.com

*** Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Especialista em Direito Tributário pela Universidade de Passo Fundo; Professor da Escola de Direito e do Programa de Pós-graduação na Faculdade Metodista de Educação; Advogado; Rua do Sacramento, 230, Rudge Ramos, 09640-000, São Bernardo do Campo, São Paulo, Brasil; faustosmorais@gmail.com

trução e justificação racional dos direitos fundamentais por parte da jurisdição constitucional. Defende-se que esse é um ponto decisivo do pensamento constitucionalista de Alexy, porque ao reconhecer o papel da jurisdição constitucional na aplicação dos direitos, torna-se necessário um debate acerca do problema dos limites da fundamentação nas decisões judiciais, bem como dos limites na construção dogmática dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Constituição. Conceito de Direito. Justificação Racional. Teoria do Direito.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo geral do presente trabalho, orientado por meio da pesquisa bibliográfica, é investigar os pressupostos teóricos acerca do conceito de Direito da perspectiva de Robert Alexy, sobretudo transitando nos elementos da Teoria dos Direitos Fundamentais e no conceito de Constituição empregado pelo autor. Este trabalho versa sobre o problema da definição das normas de direitos fundamentais a partir de uma hipótese não positivista de Direito, ou seja, da possibilidade da conexão entre Direito e moral.

Mediante um esforço de revisão bibliográfica, produzido por meio do método fenomenológico-hermenêutico, afirma-se que o objeto do presente estudo está inserido no âmbito das discussões teóricas acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais, sobretudo porque nesta dimensão do conhecimento se encontram os pressupostos de substância para o enfrentamento prático das interferências da moral no discurso jurídico de construção constitucional de direitos.

A escolha do método de pesquisa, alicerçado na perspectiva da fenomenologia-hermenêutica, deve-se em razão da procura pelos significados menos aparentes dos temas pesquisados. O método utilizado permite o reconhecimento da problematização das relações contemporâneas entre o conceito de Direito, especialmente,

por meio do paradigma do Estado no âmbito do constitucionalismo discursivo.

O estudo das dimensões do conceito de Direito, relacionadas com a Teoria dos Direitos Fundamentais no âmbito do constitucionalismo, forma um tema pertinente de pesquisa. Quer dizer que a justificativa do trabalho está fundada na própria relevância do pensamento teórico de Alexy, sobretudo, para fins de novas compreensões acerca do Direito. Aliás, as mudanças trazidas pelo pensamento do referido autor significam a abertura de uma nova linha de pensamento doutrinário e exercem uma intensa influência no cenário jurídico brasileiro.

A estrutura do trabalho foi organizada em partes. Na primeira serão desenvolvidas as premissas teóricas do conceito de Direito na perspectiva alexyana, na segunda e terceira serão identificados, respectivamente, os pressupostos teóricos acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais, bem como da noção de Constituição trazida por Alexy para fins de contemplar a defesa de normas de direitos fundamentais.

Ainda na terceira parte, há uma discussão da metodologia do sopesamento em relação à problematização da abertura do sistema jurídico para interferências de discursos morais. Esse ponto está relacionado com a própria condição de um procedimento aberto na justificação dos direitos fundamentais no âmbito do constitucionalismo discursivo, ou seja, a argumentação jurídica de construção de direitos poderia ter como consequência uma dificuldade na definição ou fundamentação de normas fundamentais de direito.

O presente trabalho, desse modo, consubstancia-se em uma análise circunscrita das questões teóricas da doutrina alexyana, sobretudo acerca do conceito não positivista de Direito e, por conseguinte, da Teoria dos Direitos Fundamentais. Essa aproximação objetiva confirmar que as diferentes concepções trazidas por Alexy formam uma nova etapa da Teoria do Direito, sobretudo, de uma singular sustentação teórica acerca da construção e justificação constitucional dos direitos fundamentais.

2 O CONCEITO NÃO POSITIVISTA DE DIREITO DE ROBERT ALEXY

Nesta primeira parte da pesquisa importa esclarecer os motivos que permitem rotular a proposta teórica de Robert Alexy como uma teoria não positivista. Nessa condição, pode-se iniciar dizendo que o referido autor propõe uma espécie de superação do positivismo jurídico, sobretudo, relacionado ao conceito de Direito. Mas, o que exatamente ele propõe?

A superação do positivismo jurídico pela teoria de Alexy dá-se com a indicação de um conceito não positivista de Direito (*Non-Positivist*). Aliás, Streck (2012, p. 62) afirma que a postura neoconstitucionalista - que por vezes é atribuída à Alexy,¹ supera o chamado positivismo exegético, mas esbarra nas especificidades neokantianas em que se pretendia fundar um elemento transcendental do conhecimento, sobretudo, com base na ideia sintética de valores.

Nada obstante às observações críticas defendidas por Streck, a postulação de Alexy acerca da superação do positivismo seria o próprio reconhecimento do conceito de Direito não positivista, especialmente em relação aos elementos destes conceitos indicarem duas dimensões fundamentais, quais sejam, a factual ou real e a ideal ou crítica.

Para Alexy (2012, p. 3), a primeira dimensão, entendida como factual, seria aquela em que os componentes do Direito reclamariam o reconhecimento da produção formal do Direito pelo Estado, especialmente por meio de normas de competência tal como a exigência de eficácia social, inclusive, por uso da coerção. Por outro lado, a segunda dimensão marcaria a forma ideal do Direito, o que é correto ou válido como Direito. Esta dimensão estabeleceria uma condição crítica sobre o Direito e marcaria a sua qualificação moral.

¹ Conforme observa Pozzolo (2006, p. 78), a teoria de Alexy sustentaria uma espécie de matriz metodológica neoconstitucionalista, sobretudo porque embasa uma nova compreensão do conceito do Direito.

Nota-se, que a problematização do tema está presente na figura da relação entre Direito e moral. Enquanto o pressuposto de segurança jurídica exige um compromisso que as decisões estabelecidas por uma autoridade sejam socialmente eficazes, por sua vez o princípio da justiça material exige uma decisão moralmente correta (ALEXY, 2014, p. 362).

Aliás, a qualificação moral da dimensão ideal do Direito faz parte do entendimento de Alexy (2012, p. 3), isto é, que a noção de justiça seria importante para aferir a validade de determinada ordem jurídica. Logo, o autor propõe uma verdadeira espécie de coexistência entre os pressupostos de justiça e direitos humanos.

Nessa linha de pensamento, a principal marca da teoria de Alexy para além do positivismo jurídico, seria o reconhecimento da existência do elemento de validade do Direito conjugado à moral. Esse elemento, conhecido como a pretensão de correção, seria a marca da conexão qualificadora ou necessária do Direito com a moral (ALEXY, 1997, p. 41).

Outro elemento que permite qualificar Alexy num modelo diferenciado em relação ao positivismo jurídico seria o reconhecimento da existência de normas substanciais na ordem jurídica, principalmente, a previsão de direitos fundamentais no texto constitucional. E mais, seria o dever do Estado dar o máximo de eficácia aos direitos fundamentais, condição esta que seria aferida pelo órgão da alta cúpula do Poder Judiciário. No caso a que se refere Alexy, o Tribunal Federal Constitucional alemão.

Desse modo, a própria condição moral do Direito - representado por sua pretensão de correção, permitiria que o Poder Judiciário atuasse protegendo os direitos fundamentais. Exerceria o judiciário a representatividade argumentativa do povo. Nessa condição, a legitimidade do Direito estaria na relação existente entre a decisão estatal e a sua fundamentação racional como escopo do âmbito argumentativo do Direito (ALEXY, 2007).

Portanto, esses fundamentos formariam o chamado constitucionalismo discursivo. Ou seja, o compromisso da jurisdição constitucional quanto à representação argumentativa dos interesses da sociedade, principalmente exigidos na compreensão de uma ordem jurídica (atos estatais) em conformidade com os direitos fundamentais (ALEXY, 2007). Logo, a jurisdição constitucional seria um espaço para institucionalização da razão² e correção da ordem jurídica.

Nesta primeira parte foram apresentados brevemente dois elementos que permitem considerar o marco teórico de Alexy como um pensamento constitucionalista. A partir desses pontos, entende-se necessário fazer uma (re)construção, mesmo que preliminar, do intento teórico do autor, sobretudo em relação a sua Teoria dos Direitos Fundamentais.

3 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Alexy publica em 1985 a obra *Teoria dos Direitos Fundamentais (Theorie der Grundrechte)* tornando-se um marco teórico para os estudos sobre a estrutura normativa dos direitos fundamentais na Constituição alemã. Uma das qualidades que pode ser ressaltada da referida obra é a sua contribuição à sistematização e consistência teórica sobre os direitos fundamentais, principalmente, exaltando a atuação do Tribunal Federal Constitucional alemão na concretização destes direitos.

Pode-se considerar, assim, Alexy como pioneiro na sustentação teórica da utilização do princípio da proporcionalidade,³ sobre-

² Segundo Klatt (2012, p. 7), a forma abrangente da ideia de institucionalização da razão compreenderia os diferentes discursos políticos fundados nos modelos de constitucionalismo discursivo.

³ O princípio da proporcionalidade, composto pelos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, poderia ser considerado um verdadeiro mandamento de ponderação, no qual o

tudo, na relação com elementos normativos imanente às normas de direitos fundamentais. Ressalta-se, que o estudo de Alexy implica na compreensão do princípio da proporcionalidade como exigência decorrente do reconhecimento da substancialidade dos direitos fundamentais e como objeto normativo do Tribunal Federal Constitucional alemão.

Ademais, já na introdução na referida obra, o autor indica a consequência de se ter os direitos fundamentais previstos na lei máxima de um Estado, visto que a sujeição dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a eles teria como garantia a possibilidade de atuação do Tribunal Constitucional. Nesse contexto, não se pode negar que a proposta teórica do autor está influenciada pelo reconhecimento do constitucionalismo contemporâneo como modelo jurídico idealizado.

Embora a positivação dos direitos fundamentais deva ser considerada como algo importante, principalmente nas culturas jurídicas notadamente originárias da *civil law*, que privilegiam o direito positivado em textos, coloca-se como centro da discussão o alcance dessas normas jurídicas, isto é, qual o limite interpretativo das normas de direitos fundamentais.

Alexy acaba reconhecendo a relevância dessa discussão. Vai dizer o autor alemão que existem inúmeros dispositivos da Constituição alemã que estabelecem uma regulamentação aberta (ALEXY, 2008, p. 26). Isto é, haveria dispositivos constitucionais que não permitiriam um consenso de baixa complexidade sobre o alcance do seu sentido. Esses dissensos, por sua vez, colocariam em evidência a disputa pela preponderância dos sentidos possíveis.

Por essa razão, deve-se reconhecer que, além do texto constitucional, as disputas pelo alcance do sentido normativo da Constituição envolvem outros elementos, quais sejam, as jurisprudências do

alcance real dos princípios dentro de determinado ordenamento jurídico é relativizado e orientado pelas possibilidades jurídicas e fáticas existentes e exclusivas de determinado ordenamento jurídico.

Tribunal Constitucional alemão. Observando isso, Alexy sustenta que o Tribunal Constitucional atuou criando normas sobre as possibilidades da Constituição o que, na opinião do autor, foi algo preponderante para o reconhecimento normativo dos direitos fundamentais, tanto que deveria a ciência do Direito assumir como seu objeto de investigação as decisões do Tribunal Constitucional alemão (ALEXY, 2008).

Mesmo o Tribunal agindo por meio da sua jurisprudência a fim de reduzir a abertura das disposições de direitos fundamentais, não seria humanamente possível prever todas as condições fáticas que reclamariam a proteção a estes direitos. Para tanto, Alexy (2008, p. 29) entende que juntamente com as decisões do tribunal constitucional, seria necessário conhecer quais as respostas poderiam ser consideradas racionalmente fundamentadas. É assim que o autor define o principal objetivo teórico da sua obra, qual seja: elaborar uma teoria jurídica que dê conta na fundamentação racional dos direitos fundamentais da Constituição alemã.

O que pretende o autor, portanto, é apresentar uma adequada dogmática dos direitos fundamentais, considerando a teoria dos princípios, como desafio para reabilitação da chamada teoria valorativa dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 29). Logo, em breve síntese, pode-se dizer que a obra de Alexy pretende teorizar sobre dois pontos: a forma como são decididas as questões relacionadas aos direitos fundamentais, pelo Tribunal Constitucional Alemão, bem como o necessário desenvolvimento dogmático sobre essas questões.

Nota-se, portanto, que de um lado a decisão jurídica, principalmente, aquela orientada aos direitos fundamentais, envolveria a discussão sobre ordem de valores. De outro, a dogmática deveria promover estudos e debates sobre as decisões, aferindo a sua legitimidade mediante a possibilidade de uma fundamentação racional. Não é demais dizer, a partir disso, que Alexy entende ser possível conciliar decisão (juízos de valor) e fundamentação racional - o que se daria mediante uma Teoria da Argumentação Jurídica.

É para comprovar essa tese que se pode observar o empenho de Alexy na fundamentação (justificação) racional das decisões judiciais, feito teórico apresentado em sua obra publicada em 1978 intitulada *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica (Theorie der juristischen Argumentation)*. Naquela oportunidade, a motivação de Alexy (2005, p. 5) foi a exigência do Tribunal Constitucional alemão ter resolvido, em um julgado de 14 de fevereiro de 1973, que as decisões dos juízes deveriam fundar-se em argumentos racionais (*BVerfGE* 34, 269).⁴

Assim, torna-se lógico reconhecer que a validade da decisão judicial guardaria íntima relação com a sua fundamentação racional. Ou melhor, a legitimidade das decisões judiciais estaria atrelada a sua possibilidade de fundamentação racional. Como qualquer pesquisador, Alexy (2005, p. 5) orientou-se para fins de estabelecer bases teóricas capazes de traduzir a possibilidade de se obter uma fundamentação racional e qual seria o seu alcance.

É possível afirmar, portanto, que à época do desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais, notadamente orientada pelo reconhecimento de valores ao texto constitucional alemão, as decisões do tribunal constitucional somente contariam com legitimidade - validade jurídica, se fundamentadas racionalmente.

Essa breve indicação serve para referir a função da Teoria dos Direitos Fundamentais para Alexy como produto da ciência do Direito (ou dogmática). Para ele, a dogmática serviria para indicar as três dimensões necessárias da ciência do Direito que procura de-

⁴ O caso *BVerfGE* 34, 269, trata-se de uma reclamação constitucional ajuizada pela editora Axel-Springer em face de decisões judiciais condenatórias. A questão principal envolvia uma revista do grupo editorial que publicou uma entrevista com a princesa iraniana chama Soraya, que não existiu. O Tribunal Alemão julgou o caso *BVerfGE* 34, 269, improcedente e negou a quebra do princípio do Estado de Direito, consubstanciado, nesse caso, no vínculo do juiz para com a lei e o Direito (SCHWABE, 2005, p. 866).

envolver racionalmente os problemas jurídicos. Essas dimensões seriam: analítica, empírica e normativa.

Cabe destacar, preliminarmente, que a relação entre as três dimensões seria multidimensional (ALEXY, 2008, p. 48). Isto é, a ciência do Direito teria como tarefa analítica a elucidação e discussão de conceitos elementares do Direito vigente, precisando conceitualmente, por exemplo, o papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica vigente, os efeitos produzidos por estes direitos no sistema jurídico, bem como a maneira que dever-se-iam fundamentar as decisões sobre direitos fundamentais. Logo, esta primeira faceta analítica se encontra com um elemento empírico, o direito vigente ou válido.

Assim, a análise dogmática fundar-se-ia tanto no texto constitucional bem como na jurisprudência do tribunal constitucional que indicam a vigência ou validade de disposições constitucionais e de direitos fundamentais como ponto de partida da análise dogmática.

Além disso, seria tarefa da ciência do Direito elucidar e criticar a prática judiciária, colocando em evidência a necessidade de discussão da tarefa prática do Direito - qual seja, determinar individualmente aquilo que deve-ser, fornecendo respostas às necessárias valorações adicionais exigidas pela ordem jurídica (ALEXY, 2008, p. 48). Ou seja, o conhecimento das decisões do tribunal sobre valorações não feitas previamente pela ordem jurídica positiva (empírica), seriam alvo do conhecimento dogmático que, mediante discussões e críticas, indicariam as condições para uma decisão como fundamentação racional.⁵

Sobre esses pressupostos, a Teoria dos Direitos Fundamentais faz parte da ciência do Direito com o ideal teórico de apresentar a ordenação clara de enunciados gerais, verdadeiros ou corretos sobre

⁵ Embora Alexy indique a importância da dimensão analítico-conceitual, entende ele que a ciência do Direito não poderia se reduzir a esta dimensão, sobretudo, porque parece que Alexy (2008, p. 49) reconhece a importância da dimensão empírica e normativa, mas ressalta que a ciência do Direito tem uma função primordial.

as três dimensões da dogmática jurídica dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 39). A partir de então, a Teoria dos Direitos Fundamentais deve servir de suporte teórico ao intérprete para decisões no âmbito dos direitos fundamentais.

Pode-se especular, a partir de então, que a Teoria dos Direitos Fundamentais conjuga-se à Teoria da Argumentação Jurídica, especialmente na tentativa de Alexy apresentar uma teoria geral dos direitos fundamentais que possa ir além do texto constitucional alemão, indicando teoricamente a existência de elementos verificáveis sobre o direito válido e vigente.

Da mesma forma, essa questão da conjugação das teorias serviria para explicar e criticar a fundamentação racional das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, sobretudo diante do reconhecimento da normatividade dos direitos fundamentais, sejam eles positivados ou não no texto constitucional.

Na busca da construção dogmática dos direitos fundamentais e a sua possibilidade de fundamentação racional, Alexy elege a distinção entre regras e princípios jurídicos como elemento estruturante para essa tarefa. Quer dizer, a partir da diferença entre regras e princípios como estruturas⁶ de uma teoria normativo-material sobre as questões correlatas aos direitos fundamentais - por exemplo o direito de liberdade, igualdade, proteção jurídica, organização e procedimento - poder-se-ia amparar um esquema de fundamentação racional sobre as possibilidades e limites no âmbito de aplicação dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 85).

Todavia, a Teoria dos Direitos Fundamentais pensada por Alexy para o texto constitucional alemão ganhou, no decorrer do tempo,

⁶ Especula-se, aqui, diante da inclinação do autor à fundamentação racional das normas jurídicas como elemento primordial da sua legitimidade/validade, que a diferença estrutural conduziria a diferentes encaminhamentos teóricos à argumentação jurídica necessária para justificar racionalmente a aplicação das respectivas espécies normativas regras/princípios.

espaço em diferentes campos teóricos da ciência do Direito. Isto é, de uma teoria geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã, passou a ser uma teoria geral dos direitos fundamentais, teoria geral das normas jurídicas e/ou teoria da metodologia jurídica.

Juntamente com a sua expansão nas diferentes disciplinas teóricas do Direito, a Teoria dos Direitos Fundamentais - aqui está inserida a possibilidade de fundamentação racional das decisões - ganhou um caminho globalizado. Nesse sentido, passou a servir de ponto teórico-comparativo para outras ordens jurídicas. A evidência disto é a tradução da obra para a língua inglesa, espanhola e portuguesa.⁷

A partir da facilidade promovida pela tradução em várias línguas, a proposta teórica de Alexy adquiriu papel de destaque nas ordens jurídicas ocidentais que reconhecem ao campo constitucional a sua fonte de validade, condicionando, por decorrência, a substancialização do Direito a partir da positivação e constante expansão das normas de direitos fundamentais.

Superados os apontamentos elementares acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais, na próxima etapa da presente pesquisa serão apresentados os pressupostos acerca do conceito de Constituição empregado por Alexy. Essa etapa da pesquisa procura identificar que o pensamento teórico do referido autor está inserido em uma perspectiva constitucionalista do Direito, principalmente, porque Alexy reconheceria a força das normas constitucionais que contemplam os direitos fundamentais.

⁷ No ano de 2008 a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy foi traduzida por Virgílio Afonso da Silva para o português, sendo publicada e ganhando circulação no Brasil. Vale referir, ainda, que a tradução de outros textos de Alexy já foram feitas no idioma português e circulam no Brasil, com os títulos: Teoria da Argumentação Jurídica; Constitucionalismo Discursivo; Direito, Razão e Discurso; e Direito Natural, Direito Positivo e Direito Discursivo.

4 DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO EMPREGADO POR ROBERT ALEXY

A noção de Constituição adotada por Alexy permite que o seu pensamento possa ser inserido no contexto dos juristas que reclamam o paradigma constitucionalista, principalmente, ao reconhecer o poder das constituições que contemplam normas de direitos fundamentais.

Nesse contexto, falar de Constituição é reconhecer a característica de um modelo *sui generis*, denominado pelo autor como ordem moldura e fundamento (ALEXY, 2008, p. 584). A caracterização poderia ser explicada como definidora de questões fundamentais na ordem jurídica, indicando o que seria proibido, necessário e facultado. Daí resultaria a ordem jurídica moldura, em que seria previsto um espaço estrutural deixado pelas normas de direitos fundamentais.

Por sua vez, o fundamento da ordem jurídica, empregado no sentido qualitativo, designa que as questões decididas por meio da Constituição seriam questões fundamentais à sociedade (ALEXY, 2008, p. 584).

Assim, quando uma Constituição incorpora os direitos fundamentais na sua disposição, acaba por colocá-los no centro de validade da ordem jurídica. Seguindo o argumento, afirma Alexy (2007, p. 105) que as constituições democráticas gozariam de dois tipos normativos: aqueles que constituem e organizam o Estado, nos seus três poderes, dotando-lhes de autorização; e normas que conduziriam e limitariam a atuação estatal - e particular.

Logo, os direitos fundamentais encontrariam guarida na segunda categoria e gozariam do poder de irradiar os seus efeitos sobre todos os ramos do Direito, tendo, como consequências: limitar os conteúdos do direito infraconstitucional, vinculando substancialmente o Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) como os particulares; e a substancialidade referida faria com que as disposições constitucionais se deparassem com o problema do seu alcance, decorrente de questões semânticas, estruturais (devido, proibido, permitido) e da

natureza principiológica das normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 543).

Nota-se, que essa segunda consequência versa sobre questões que prejudicariam a clareza absoluta sobre as condutas devidas por interpretação das normas de direitos fundamentais que, por sua vez, exigiria uma metodologia própria, qual seja, o sopesamento. Essa metodologia, na condição de um procedimento aberto, teria como consequência a abertura do sistema jurídico em virtude das normas de direitos fundamentais.

Em outras palavras, por incorporar normas de direitos fundamentais, abertas ao procedimento de sopesamento, a vigência dos direitos fundamentais indicaria que o sistema jurídico seria aberto em face de pressupostos da moral. Observa Alexy que “[...] os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo.” (ALEXY, 2008, p. 544).

A referida abertura moral, em que os conteúdos substanciais da Constituição fossem determinados pelo Tribunal Constitucional, traria à tona o problema sobre a extensão e limites do controle pelo Poder Judiciário - sendo pacífico para o autor o poder de jurisdição do tribunal.

Ainda, o reconhecimento dos efeitos dos direitos fundamentais sobre toda a ordem jurídica representaria a sua condição de fundamentalidade formal e substancial (ALEXY, 2008, p. 520). Pelo viés formal, as normas de Direitos fundamentais ao se posicionarem no ápice do sistema jurídico teriam como efeito a vinculação direta dos demais poderes (Executivo e Legislativo).

Além disso, a vinculação formal seria exercida de maneira procedimental e material, no seguinte sentido: a primeira vinculação estabeleceria normas de organização e procedimento enquanto a segunda importaria na existência de normas constitucionais que proporcionariam o conhecimento do conteúdo jurídico-constitucional (ALEXY, 2008, p. 521).

Também afirma Alexy (2008, p. 522) que o modelo seguido pela Constituição alemã envolveria a natureza mista, material procedimental, pela qual os direitos fundamentais juntamente com os dispositivos que estabeleceriam objetivos corresponderiam ao componente material da Constituição, ao passo que o seu exercício estaria disciplinado pelas normas procedimentais de atuação do Poder Legislativo.

A combinação entre as condições formais e materiais demarcariam âmbitos significativos do Direito, sobre aquilo que seria necessário, impossível ou possível. As normas de direitos fundamentais serviriam para estabelecer materialmente aquilo que é necessário e impossível, deixando ao legislador, por obediência ao procedimento, a regulamentação das matérias possíveis. Nessa questão, o legislador estaria dentro do interior de uma moldura determinada pelo obrigado e proibido, deixando-lhe a discricionariedade para definir aquilo que é facultado (ALEXY, 2008, p. 582).

A partir de então, não seria forçoso concluir que o legislador possuiria um poder discricionário, definido por Alexy como de natureza estrutural. Isto é, decorrente do espaço de faculdade existente na estrutura modal deontológica da Constituição entre aquilo definitivamente obrigatório e proibido (ALEXY, 2008, p. 583). Seria um espaço discricionário ínsito às normas de direitos fundamentais guiadas pela obrigatoriedade e proibição.

Por sua vez, haveria outro tipo de discricionariedade que não estaria ligado à faculdade do legislador na imposição normativa, mas, sob a perspectiva dos limites de alcance sobre o que seria proibido e ordenado, conhecido por elementos de cognição normativa e empírica. Alexy (2008, p. 583-584) qualifica a primeira discricionariedade como estrutural e a segunda como epistêmica. Todavia, observa-se que não é objeto da presente pesquisa aprofundar a noção de discricionariedade utilizada pelo autor.

O que se deve concluir, a partir do que foi visto nesta parte final da pesquisa, é que o conceito de Constituição de Alexy guarda intrínseca relação com um modelo de ordem jurídica que, além de prever regras de organização e competência, agrega questões substanciais como a exigência de proteção aos direitos fundamentais. Portanto, um dos grandes problemas que o pensamento constitucionalista de Alexy procura enfrentar é de como definir ou fundamentar - em virtude da abertura à moral do sistema jurídico - uma norma de direito fundamental.

5 CONCLUSÃO

A produção da presente pesquisa sobre o conceito de Direito, sobretudo tendo como escopo uma concepção não positivista e relacionada à dupla natureza do Direito, factual e ideal, permite concluir que na concepção teórica de Alexy há uma conexão ou coexistência entre discursos jurídicos e morais principalmente na construção das normas de direitos fundamentais.

Essa concepção de dupla natureza do Direito possibilita compreender as razões que fazem Alexy defender o chamado constitucionalismo discursivo, como próprio dever argumentativo da jurisdição constitucional de ser responsável pela defesa dos interesses fundamentais da sociedade. Isso se deve, especialmente porque um discurso moral pode ser aproximado ao discurso jurídico, na medida e em face da relação entre pretensão de correção e dimensão ideal do Direito.

Nessa linha de pensamento, notam-se insuficiências teóricas quanto ao conceito positivista de Direito, porque tão somente um conceito de Direito não positivista seria capaz de compreender uma representação argumentativa das dimensões ideal e factual pela jurisdição constitucional. Ou seja, essa representação da dupla natureza do Direito é um paradigma que consubstancia a construção e

promoção de direitos fundamentais no âmbito do constitucionalismo contemporâneo.

Nada obstante, orientado pela hipótese da conexão entre Direito e moral, nota-se que a pretensão de correção seria um elemento vinculado à condição de moralidade no Direito, evidenciando que uma atenção argumentativa de justeza material desempenha não só um papel de legalidade na aplicação jurídica, mas também faz parte da própria eficácia do Direito ao permitir que o Poder Judiciário atue protegendo os direitos fundamentais.

Além disso, as considerações acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais afirmam pela contribuição da teoria de Alexy à sistematização e consistência teórica sobre os direitos fundamentais. Se em um primeiro momento a referida teoria era direcionada ao contexto jurídico alemão, principalmente à atuação do Tribunal Constitucional, em um segundo momento, ao reconhecer a necessidade de uma teoria da dogmática dos direitos fundamentais, o pensamento de Alexy tomou dimensões maiores alcançando diferentes espaços jurídicos.

Dentre outras referências, destaca-se a preocupação do autor com a justificação normativa dos direitos fundamentais, assumindo por isso uma investigação da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Para Alexy esse é um ponto decisivo da Teoria dos Direitos Fundamentais, porque ao reconhecer um papel singular da jurisdição na aplicação das normas de direito fundamental, surge um novo problema de enfrentamento: a legitimidade das decisões judiciais quanto a fundamentação racional dos direitos.

Essa problemática se mostra ainda mais relevante diante da ideia de Constituição adotada por Alexy. Quer dizer que se o autor considera os direitos fundamentais como interesses primordiais da sociedade, então a Constituição não decorre simplesmente em um sistema normativo para fins de organização do Estado, mas um verdadeiro poder político-jurídico contemplativo às normas de direitos fundamentais. Logo, a teoria de Alexy se mostra protagonista quanto

à preocupação do constitucionalismo contemporâneo em justificar os limites do âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental.

Todos esses aspectos, por fim, mostram-se relevantes na medida da compreensão que a conexão entre os discursos jurídicos e morais trata da relação entre as dimensões do conceito de Direito e integra a razão institucionalizada do constitucionalismo no desafio da proteção judicial dos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar, nesse contexto, que as distintas concepções teóricas produzidas por Alexy permitiram um avanço significativo nas concepções da Teoria do Direito contemporânea, sobretudo, quanto ao tema da necessidade de sustentação teórica do conceito não positivista de Direito, bem como da construção e justificação racional dos direitos fundamentais por parte da jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. Law, morality, and the existence of human rights. *Ratio Juris*, v. 25, i. 1, p. 2-14, Mar. 2012. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9337.2011.00499.x/abstract>>. Acesso em: 30 set. 2015.

ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

KLATT, Matthias. Robert Alexy's Philosophy of Law as System. In: KLATT, Matthias (Ed.). *Institutionalized reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução Beatriz Henning e Leonardo Martins. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ALGUNAS OBJECIONES A LA PONDERACIÓN Y AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA TEORÍA DE ALEXY

Nuria Beloso Martín*

RESUMEN

La interpretación de los derechos fundamentales ofrece un rico debate en relación a cuáles pueden ser los mejores criterios para su interpretación. Se analizará la teoría de Alexy en relación a la ponderación. Se analizarán algunas de las críticas y objeciones que se han vertido con respecto a la ponderación y al principio de razonabilidad: si es un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas o un mero subterfugio retórico, útil para justificar determinadas decisiones judiciales. Ello lleva a otro problema cómo es el de cómo aplican los Tribunales Constitucionales los principios mediante la ponderación y si tienen legitimidad para ello. Diversos autores han sostenido que la ponderación no es nada más que un juicio arbitrario y salomónico y que, por consiguiente, ni los jueces ni el Tribunal Constitucional tienen la suficiente legitimidad constitucional para aplicar los principios mediante este procedimiento.

Palabras llave: Ponderación. Principios. Razonabilidad.

* Directora de Relaciones Internacionales y Cooperación del Núcleo de Pesquisa da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul; Investigadora del Núcleo de Estudos sobre Democracia, Cidadania e Direito (DECIDE) en el Centro do Estudos Sociológicos - CES - Laboratório Associado - Universidade de Coimbra (Portugal); Profesora Titular de Filosofía del Derecho (Catedrática Acreditada) en la Universidad de Burgos; nubello@ubu.es

1 A MODO DE INTRODUCCIÓN. LAS PECULIARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La naturaleza y funcionalidad de los derechos fundamentales ha sido objeto de diversas teorías. Nuestra posición se inscribe en la perspectiva de interpretación que avala el potencial emancipador en la medida en que en un Estado democrático de Derecho solo cabe interpretar los derechos fundamentales en clave garantista, resultado de reivindicaciones a lo largo de la historia. Responden pues a un potencial emancipador y no opresor. Ello no significa que sea una tarea agotada. Por el contrario, la defensa y garantía de los derechos fundamentales es una tarea *in fieri*, siempre en continuo proceso de consolidación.

La dignidad de la persona humana se configura como un principio fundamental general que ilustra la interpretación de los preceptos constitucionales y, más concretamente, de los derechos fundamentales.¹ Si estos diversos derechos fundamentales son, abstractamente, perfectamente compatibles, en el ámbito de lo fáctico pueden presentarse colisiones entre los mismos. Recurriendo a ese principio se privilegiaría, circunstancialmente, alguno de los derechos fundamentales en conflicto, pero sin que esto suponga perjudicar otros derechos fundamentales conflictantes en su contenido esencial. Es así que el principio de dignidad de la persona humana, ayudado del principio de proporcionalidad y de razonabilidad permite una interpretación adecuada a la configuración esencial que presenta

¹ Con respecto al principio de proporcionalidad, conviene hacer unas precisiones en cuanto a sus posibilidades de aplicación a los derechos fundamentales. Es sólo aplicable a las acciones de los poderes públicos, a diferencia de las acciones entre particulares. Asimismo, este principio es inaplicable cuando entra en escena la dignidad humana, de manera que si un derecho fundamental u otro bien constitucional entran en colisión con la dignidad humana, prevalecerá ésta. En los demás derechos fundamentales, una intromisión no significa todavía una lesión. En cambio, la dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. Es decir, tiene carácter de regla, de forma que toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión (ALEXY, 2001, p. 670-687).

nuestro texto constitucional: Estado social y democrático de derecho.²

La aplicación del juicio de proporcionalidad parte del supuesto de que los derechos deben ser realizados en la mayor medida posible, “[...] atendiendo a las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario.” (BERNAL PULIDO, 2005, p. 133). Esa verificación de las posibilidades jurídicas que jueguen en sentido contrario se traduce en establecer qué principio se limita con la realización de otro, con el fin de determinar en qué medida es limitado éste. La aplicación de este principio implica reconocer que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido prima facie y un contenido definitivo, a los que anteriormente ya hemos aludido. El contenido prima facie se compone de todas las facultades que pueden adscribirse a los derechos fundamentales cuando son interpretados ampliamente. Este contenido prima facie puede entrar en colisión, como en todo sistema de principios, con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales. El contenido definitivo de los derechos fundamentales viene dado por el resultado de la restricción que el legislador -dentro de los márgenes que el principio de proporcionalidad - establezca (HERNÁNDEZ DÍAZ; MAZABEL PINZÓN, 2010, p. 96).

2 TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN: LA PONDERACIÓN Y SUS SUBPRINCIPIOS

Para una adecuada comprensión de las técnicas de interpretación hay que tener presente las tres formas fundamentales de argumentación jurídica: la subsunción, la adecuación (argumentos medio-fin) y la ponderación. A su vez, “[...] cada una de las cuales supone el uso (como premisa) de un enunciado jurídico característico:

² El principio de dignidad de la persona humana funciona como orientador de los conflictos de los derechos fundamentales y esta circunstancia se pone de manifiesto, de forma clara, en los conflictos de bioética.

respectivamente, una regla de acción, una regla de fin y un principio (bien sea un principio en sentido estricto, o bien una directriz).” (ATIENZA, 2013, p. 13).

Entre las técnicas más utilizadas, principalmente por tribunales latinoamericanos, en Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales, están las derivadas de la teoría de Robert Alexy (2008) que, a su vez, podrían considerarse como una concreción racional del principio de proporcionalidad, características de los Tribunales Constitucionales europeos.

Para Alexy, una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto. Alexy considera los derechos constitucionales como principios, y los principios como mandatos de optimización, que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible (según las posibilidades fácticas y normativas). Cuando se producen conflictos entre derechos (o entre principios), esos conflictos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, es decir, aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, es una especie de meta-principio.

Alexy esgrime cuatro razones para justificar la necesidad de la ponderación: i) la vaguedad del lenguaje jurídico; ii) la posibilidad de conflictos de normas; iii) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y iv) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales (ALEXY, 1997, p. 23). Retomando la idea de principios de Dworkin³ elabora una teoría

³ Dworkin propone un modelo diferente de función judicial, en relación a los modelos históricos de interpretación judicial, silogístico, realista y discrecional. Es el modelo de la respuesta correcta al problema planteado, dado que sostiene que la verdadera función del juez es hallar la respuesta correcta al caso, hacer justicia. Partiendo de un concepto de interpretaci-

de los derechos fundamentales, con el objetivo de construir un esquema argumentativo basado en cuatro elementos fundamentales: la regla, el valor, el principio y la ponderación. Subraya la imposibilidad de dotar de un peso específico a cada derecho fundamental en abstracto, por lo que es necesario su peso concreto a través de la técnica de la ponderación.

La ponderación se encuentra dentro de la proporcionalidad. A su vez, este principio consta de tres sub-principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Así, en cada caso particular donde se aplique la ponderación hay que: “[...] acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto que la actuación afecte a un principio o derecho constitucional.” (ALEXY, 2008, p. 200).

El principio de proporcionalidad se utiliza para extraer el contenido esencial del derecho fundamental cuya fórmula aparece por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, en su artículo 19.2⁴ y, posteriormente, por la Constitución Española de 1978, en su artículo 53.1.⁵

ón distinto del positivista, subraya que el verdadero problema del Derecho radica en su interpretación y no tanto en su elaboración. Además, como las normas jurídicas tienen un contenido moral, enmarcado en la propia mentalidad social-colectiva de la comunidad, la interpretación se convierte en un acto jurídico que es inseparable de la moral y sus principios. Una alternativa más sencilla al juez Hercúles omnisciente de Dworkin puede ser la idea de una comunidad de intérpretes de la Constitución (H. Hesse, J. Habermas) de manera que se supera el problema de la dicotomía legitimidad y legalidad de la actuación del Tribunal Constitucional. (MARTÍN, 2007, p. 17-85).

⁴ Sobre la restricción de los derechos fundamentales: (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

⁵ Artículo 53.1. “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1,a).”

A su vez, la estructura de la ponderación, siguiendo a Alexy, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se formal así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso, que son las siguientes:

- a) el grado de afectación de los principios en el caso concreto;
- b) el peso abstracto de los principios relevantes;
- c) la seguridad de las apreciaciones empíricas.

Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, plausibles o no evidentemente falsas. En aquellos casos en que se produjera un empate (que el peso de los dos principios fuera idéntico), entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad a favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia hacia el legislador) (ATIENZA, 2010, p. 47).⁶

La ponderación, según Alexy, es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. A todas aquellas que puedan resolverse mediante alguno de los criterios tradicionales jerárquico, cronológico o de especialidad no se les aplicará la ponderación.⁷ Es evidente que los dos primeros criterios

⁶ También, vid. Marín (1999).

⁷ El sistema de normas que tenemos, a pesar de su jerarquía, no es perfecto. No resulta posible prever todas las posibles situaciones que puedan presentarse en las complejas relaciones sociales, y el legislador no puede prever esa complejidad de la vida social, por lo que aparecen entonces los

no son aplicables a los conflictos constitucionales, pues se producen en el seno de un mismo documento normativo. No es el caso del tercero: por ejemplo, en la sucesión a la Corona de España se preferirá “el varón a la mujer” (art. 57.1 CE) y ésta es una norma especial frente al mandato de igualdad ante la ley del artículo 14, que además prohíbe expresamente discriminación alguna por razón de sexo. Sin embargo, el criterio de especialidad resulta insuficiente para resolver las antinomias de principios. Moreso ha indicado que ello sucede cuando estamos en presencia de derechos (y deberes correlativos) incondicionales y derrotables, es decir, de deberes categóricos o cuya observancia no está sometida a ninguna condición, pero que son *prima facie* o pueden ser derrotados en algunos casos (MORESO, 2003).⁸

Es decir, hay supuestos que se caracterizan por la existencia de un conflicto constitucional que no es posible resolver mediante el criterio de la especialidad. Entre el artículo 9.2 y el 14 del texto constitucional español no hay una relación de jerarquía o cronológica ni tampoco de especialidad. Hay que hacer posible la igualdad de todos ante la ley, sin posibilidad de discriminación (art.14) junto con el deber de los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean efectiva así como de remover los obstáculos que puedan impedirlo (art.9.2). El juez, ante el caso concreto, puede encontrar razones de sentido contradictorio; y no puede resolver el conflicto declarando la invalidez de alguna de esas

conflictos de normas, conocidos como antinomias. Es el propio sistema el que procura dotarse de criterios para resolver estos conflictos. Para el caso de conflictos de reglas o de normas-disposición, esos criterios de resolución son el cronológico, prevaleciendo la norma posterior a la anterior; el de especialidad, que hace referencia a la especialización de una norma que trata de una determinada materia frente a otra norma de aplicación general, teniendo supremacía aquella sobre ésta; y el criterio de jerarquía, dando primacía a una norma de fuerza mayor en la pirámide jerárquica y suplantando a la norma inferior.

⁸ También, Comanducci (2002).

razones, que son razones constitucionales, ni tampoco afirmando que alguna de ellas ha de ceder siempre en presencia de su opuesta pues esto implicaría establecer una jerarquía que no está en la Constitución. Como ha sostenido el propio Tribunal Constitucional, “[...] no se trata de establecer jerarquías de derechos ni primacías a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca.” (STC 320/1994).

La ponderación entre principios es una “operación intelectual” que lleva a cabo el juez, y que presenta tres características. En primer lugar, una peculiar interpretación de los principios en juego: sólo cabe en los supuestos de inconsistencia parcial-parcial, según la clasificación de A. Ross, ya que si la antinomia fuese del tipo total-total sería irresoluble, y si fuera del tipo total-parcial bastaría con aplicar el criterio de especialidad; En segundo lugar, el establecimiento de una “jerarquía axiológica” entre los principios en contradicción, esto es, una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor; y, en tercer lugar, la evaluación del posible impacto del principio que quiere hacerse prevalecer, en su aplicación al caso concreto. En función de estas tres notas, parece que entre dos principios en conflicto se produce una relación jerárquica cambiante según las circunstancias: en un caso se atribuye mayor peso a un principio, y en otro caso distinto, mayor peso a otro principio. La ponderación es una operación que conlleva, por tanto, el establecimiento de una “jerarquía axiológica móvil” que depende, en última instancia y para cada supuesto en concreto, del juicio de valor del intérprete (GUASTINI, 1996a, 1996b, 1996c).

Por ello, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación, como subraya Prieto Sanchís, es que

[...] con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, sino que se logra una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso. (SANCHÍS, 2001, p. 201-228).⁹

Antes de ponderar es necesario de alguna forma subsumir, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna; sin embargo, después de ponderar entendemos que aparece de nuevo la exigencia de subsunción. La ponderación se dirige a formular una regla o una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se elimina o posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por consiguiente, como la premisa normativa de una subsunción. De ahí también que la ponderación sea una tarea esencialmente judicial.¹⁰

Progresivamente fueron emergiendo un conjunto de técnicas jurídicas que obligaban a una revisión de las técnicas más consolidadas. Los test de proporcionalidad (costo/beneficio) y de razonabilidad (medios/fines) hacen su entrada con el objetivo de superar el carácter meramente instrumental del silogismo jurídico de razonamiento, facilitando el camino a la “jurisprudencia de valores”.

Como hemos puesto de manifiesto, los principios se distinguen de las normas no solamente por el grado de generalidad y abstracción sino también por su alcance y por la función orientadora que desempeñan en el Ordenamiento Jurídico. En este contexto, los

⁹ También, Sanchís (2008, p. 85-124).

¹⁰ Sobre el papel de la ponderación en el neoconstitucionalismo, *vid.* Martín (2014, p. 145-178).

principios de razonabilidad y de proporcionalidad se revelan como verdaderos instrumentos para llevar a cabo la ponderación, para la realización de la justicia, abriendo espacio para cuestionarse los actos estatales, como forma de control más eficaz, de modo que se evite, al máximo, la intervención arbitraria del poder público en la esfera de los derechos individuales y colectivos.

2.1 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como subraya M. Carbonell,

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. (CARBONELL, 2008, p. 10).

La resolución de tales conflictos debe de estar sujeta al requisito de “proporcionalidad” (GUERRA FILHO, 1995)¹¹ que Alexy entiende de tres maneras distintas pero complementarias: como adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por tanto, el principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. El primer subprincipio, el de idoneidad o adecuación, implica que el medio debe ser apto para alcanzar el fin propuesto (fin constitucionalmente justificado), así

¹¹ También, Guerra Filho (2013). Cabe afirmar que los principios de proporcionalidad y de razonabilidad pueden encontrarse en la Constitución de Brasil de 1988, aunque sea de forma implícita. La razonabilidad se encuentra en el requisito del “debido proceso legal”, garantía contemplada en el artículo 5º, LVI, y la proporcionalidad deriva de la interpretación de los principios concretizadores del Estado de Democrático de Derecho, como elemento inspirador de la Carta Magna brasileña.

como que ese medio no impida ni dificulte la realización de otro fin que contemple un principio diferente. Es decir, se trata de dos exigencias, que sea idónea la medida y que sea constitucionalmente permitida. La medida que se adopte para la consecución de los fines propuestos debe ser apropiada y adecuada, para la consecución del interés público. Se trata de controlar la adecuación de la relación entre la medida y el fin. Este control viene siendo muy debatido por la doctrina y por la jurisprudencia en relación al poder discrecional de la Administración pública.

El segundo subprincipio, el de necesidad, implica considerar las alternativas menos invasivas de los derechos fundamentales, pues si existen otros medios que permitan lograr el mismo fin perseguido con una menor restricción o limitación del derecho fundamental, la medida debe ser declarada inconstitucional por ser innecesaria. Por necesidad cabe entender que el medio empleado no se puede considerar apto si existe otro medio alternativo igualmente idóneo para la consecución del fin, y menos gravoso para el fin exigido por otro principio. Intenta proteger el derecho a que el ciudadano tenga la menor desventaja posible. Esto requiere la prueba de que, para la obtención de determinados fines, resultaba imposible adoptar un medio menos oneroso para el ciudadano. La doctrina apunta cuatro elementos para facilitar la aplicación práctica del principio: la exigibilidad material, que impone la menor limitación de los derechos fundamentales; la exigibilidad espacial, que hace referencia a la limitación del ámbito de intervención; la exigibilidad temporal, que presupone una rigurosa delimitación del tiempo de la medida coactiva por parte del poder público, y, finalmente, la exigibilidad personal, que impone la limitación de la medida a las personas cuyos intereses deban ser sacrificados (SLAIB FILHO, 2013). El principio de necesidad conlleva comprobar si el legislador podría haber adoptado otro medio igualmente eficaz y más ventajoso para los ciudadanos. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, significa que en la

aplicación de un principio hay que tener en cuenta las exigencias de los principios contrapuestos en función de las circunstancias del caso (ALEXY, 2008, p. 100 y ss.).¹² Es decir, para que una medida restrictiva de derechos fundamentales sea legítima, el grado del objetivo de la intervención debe ser equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental.¹³

En Alemania y en Suiza prevalece la perspectiva doctrinal y jurisprudencial según la cual el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho Constitucional, junto al principio de Estado de Derecho. Los constitucionalistas afirman que el instituto es de la misma naturaleza que los derechos fundamentales (BONAVIDES, 1994, p. 401). Entretanto, parte de la doctrina más moderna ya afirmaba que se trataba de un principio general del Derecho. Alexy destaca el vínculo entre la proporcionalidad y la teoría de los principios, afirmando que el carácter de principio implica el de proporcionalidad y viceversa:

Que el carácter de principio implica el principio de proporcionalidad significa que el principio de proporcionalidad con sus tres principios parciales de pertinencia, necesidad o mandato de uso del medio más blando, y proporcionalidad en sentido estricto, además, mandamiento de ponderación o valoración, lógicamente resulta de la naturaleza de principio, a saber, se deduce de este.

La relevancia que adquiere el principio de proporcionalidad deriva no sólo porque permite dirimir conflictos que se presenten en una misma ley de carácter infraconstitucional, sino porque permite hacer la ponderación o sopesamiento de principios y derechos fundamentales, así como de los intereses y bienes jurídicos en que se

¹² Respecto a la jurisprudencia constitucional española, puede verse la STC 66/1995, entre otras.

¹³ Sobre la problemática de la discrecionalidad técnica, vid. Igartua (1998).

expresen, cuando se encuentren en una situación de contradicción, solucionándolo de forma que maximice el respeto a todos los que se encuentren implicados en el conflicto (CLÉRICO, 2009).

Por tanto, los jueces y magistrados deben preguntarse en primer lugar cuál es la importancia del fin perseguido con la medida y, si esa intervención está permitida por la Constitución. Seguidamente, deben entrar a verificar si no existe un medio más idóneo que permita lograr el mismo fin perseguido, con una menor restricción o limitación del derecho fundamental. Después, se preguntará cuál es la importancia del derecho fundamental que se limita mediante la ley. Finalmente, una vez comparados los dos derechos en conflicto y habiendo determinado que el que se limita se hace en la misma medida en que se realiza el otro, se debe comprobar que esa medida adoptada por el legislador se adapta a la Constitución.

Fernández Segado nos trae un interesante ejemplo que podría traerse a colación viene dado por la Sentencia 113/1989,¹⁴ por el que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo, respecto del Art. 22 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. La cuestión se planteaba porque la ejecución de una sentencia, en la que se había condenado al autor de un delito de lesiones graves a abonar una indemnización que se venía satisfaciendo a través de una retención mensual de parte del salario del condenado, se vio interrumpida desde que este

¹⁴ Esta Sentencia es citada por Fernández Segado, no para explicar el principio de proporcionalidad sino el tipo de sentencias manipulativas, a las que haremos referencia más adelante. “El Juez constitucional español ha dictado algunas decisiones reconducibles, a nuestro juicio, a la genérica categoría de las sentencias manipulativas, en las que esa «manipulación» se opera a través de la reducción del contenido dado por el legislador a una determinada disposición, que, sin ser anulada, ve reformulado en un sentido reductor su contenido.” (SEGADO, 2012, p. 183).

causó baja en el trabajo y pasó a percibir una prestación económica de la Seguridad Social, siendo, precisamente, la inembargabilidad de estas prestaciones, establecida en el Art. 22.1 de la mencionada Ley, lo que provocó la declaración de insolvencia del condenado y la consiguiente interrupción del abono de la indemnización. El Juez constitucional recuerda que entre las variadas razones que motivan las declaraciones legales de inembargabilidad destaca la social de impedir que la ejecución forzosa destruya por completo la vida económica del ejecutado y se ponga en peligro su subsistencia personal y la de su familia y, a tal fin, la ley establece normas de inembargabilidad de salarios y pensiones que son, en muchas ocasiones, la única fuente de ingresos de gran número de ciudadanos. Sin embargo, comprobada la justificación constitucional de la inembargabilidad de bienes y derechos como límite del derecho a ejecutar sentencias firmes, el Tribunal se centra en el examen de si la inembargabilidad establecida en la norma legal cuestionada cumple la regla de proporcionalidad de los sacrificios, de obligada observancia en toda limitación de un derecho fundamental.¹⁵

Entiende el Tribunal que

[...] para que dicha proporcionalidad se cumpla es preciso que la declaración legal de inembargabilidad se desenvuelva dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios y no los sobrepasen de manera tal que se extienda su inmunidad frente a la acción ejecutiva de los acreedores en cuantía que resulte excedente a ese mínimo vital, pues en este caso se estará sacrificando el derecho fundamental de los acreedores a hacer efectivo el crédito judicialmente reconocido más

¹⁵ STC 113/1989, de 22 de junio, fund. jur. 3.

allá de lo que exige la protección de los valores constitucionales que legitima la limitación de este derecho.

A partir de este razonamiento, el Tribunal declara inconstitucional el precepto impugnado “[...] en la medida en que, al no señalar límite cuantitativo, constituye (un) sacrificio desproporcionado del derecho a que las sentencias firmes se ejecuten, garantizado [...] por el Art. 24.1 de la Constitución.” En definitiva, el precepto cuestionado sería inconstitucional no por establecer la inembargabilidad de las prestaciones de la Seguridad Social, sino por hacerlo de manera incondicionada y al margen de su cuantía, pronunciamiento que aún no siendo en sentido estricto sustitutivo, sí viene a entrañar una cierta sustitución de la voluntad expresada por el legislador en cuanto que el Tribunal entiende que el Art. 22.1, disposición perteneciente a una ley preconstitucional, bien podría ser considerado derogado por otras normas, como el Art. 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que reduce la inembargabilidad de las pensiones a la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional, y así lo podría haber constatado el juez *a quo*. Ello, *de facto*, vendría a suponer la sustitución de una norma por otra, ambas, ciertamente, emanadas del propio legislador (SEGADO, 2012, p. 184).

2.2 EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Un criterio a tener en cuenta, junto a la proporcionalidad, es el de razonabilidad, cada vez con mayor presencia e importancia en la jurisprudencia, especialmente en la constitucional, y no sólo en la española.¹⁶ A pesar de que tal criterio puede llegar a ser confundido

¹⁶ El test de razonabilidad se ha convertido en un recurso interpretativo básico en materia de derechos fundamentales, tanto en la jurisprudencia

con el de proporcionalidad en sentido estricto, lo cierto es que puede dar lugar a un juego argumentativo mucho mayor que este último. El recurso a “lo razonable” permite al juez buscar el equilibrio entre principios o derechos desde parámetros próximos a la idea de consenso social. La razonabilidad no es un concepto claramente delimitado, sino una “noción de contenido variable” que abarca un campo de acción y aplicación muy amplio.

La razonabilidad como concepto procedimental puede delimitarse a partir de tres requisitos:

- a) sólo sería aceptable en situaciones que necesiten sobrepasar los mecanismos de la racionalidad formal;
- b) con ella se intenta lograr un equilibrio óptimo entre las diferentes exigencias en conflicto;
- c) debe obtenerse, a su vez, y a través de ella, el máximo de consenso social, esto es, debe ser aceptada por la comunidad.

Consiste en apelar a un “espíritu de adaptación” para resolver los conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado posible; por ello, debería ser más que un argumento subjetivo del jurista, un requisito objetivo del Derecho (ATIENZA, 1987, p. 189 y ss.).¹⁷

Pretender que las decisiones judiciales estén siempre “razonadas”, no oculta algunos de los problemas, límites e inconvenientes que tiene la propia noción de razonabilidad en su aplicación al Derecho.¹⁸ Resulta intrínseco a la misma su carácter vago, impreciso

norteamericana como en la europea. Al respecto, véase el estudio comparado de García (1984).

¹⁷ También, Atienza (1993, p. 175).

¹⁸ El propio Tribunal Constitucional español ha dicho que “[...] la razonabilidad no es un puro sinónimo de corrección hermenéutica, sino también, además de ello, exigencia de adecuación a los valores que la Constitución

y variable, aunque también cabría decir que este defecto congénito puede convertirse en una cierta ventaja, por su carácter de concepto jurídico indeterminado. Esto quiere decir que su alto nivel de indeterminación, tanto en sentido espacial como temporal, permitiría incluso afirmar que dos o más soluciones para un mismo caso, en principio diferentes, pueden ser al mismo tiempo razonables; por lo tanto, más bien se trata de justificar cuál de ellas es “más razonable” que la otra, aportando argumentos. Al menos, de esta forma se obliga al juez a justificar su decisión, lo cual ya es un logro.

El principio de razonabilidad tuvo inicialmente su aplicación en el Derecho Administrativo, aplacando la fuerza del Estado en relación a sus jurisdicionados. Posteriormente fue elevado a categoría de principio constitucional en diversos países y, finalmente, se fue extendiendo, con mayor o menor intensidad, a una buena parte de los países democráticos. La evolución del principio de razonabilidad se confunde con la propia evolución del “debido proceso legal”. El instituto, considerado como un desdoblamiento de la cláusula, sirve como parámetro para limitar el arbitrio del Estado en sus diversas relaciones con el individuo y con la sociedad, por medio de su utilización como criterio de interpretación de las leyes. Los jueces de la Suprema Corte norteamericana adoptaron la razonabilidad como criterio hermenéutico, para combatir las intervenciones del Estado en los derechos fundamentales, a partir de la teoría del *substantive due process of law*. Fue una reacción del Poder Judicial al paquete de medidas adoptadas por el Presidente Roosevelt, el New Deal, a partir de la década de los años treinta. A partir de ahí, la razonabilidad em-

incorpora.” (STC 261/1989, de 16 de octubre, f.j. 4°). Mediante la razonabilidad, a fin de cuentas, se trata de buscar un equilibrio entre valores y principios constitucionales y las razones alegadas en un conflicto. Sobre ello, y respecto a su aplicación concreta por el Tribunal Constitucional español a supuestos de objeción de conciencia u otros, véase De Lucas e Vidal (1989b, p. 15 y ss.), así como 1989a.

pezó a tener el carácter de postulado genérico de legalidad y a exigir que los actos del poder público fueran compatibles con la noción de un derecho justo (CASTRO, 1989).

La razonabilidad es adoptada en conjunto con otros principios constitucionales, como por ejemplo, el principio da isonomia (GUERRA FILHO, 1995), protegiendo al ciudadano contra todo acto del Poder Público que se revele arbitrario. En este campo de actuación, desempeña un papel semejante al desarrollado por la teoría francesa de desvío de poder. La finalidad no es la de demostrar que el legislador estableció diferencias entre los ciudadanos sino que lo hizo de forma irrazonable, atentando injustificadamente contra la garantía constitucional.

Según la doctrina y jurisprudencia norteamericana, una norma es irrazonable y, por tanto, está sometida al examen del Poder Judicial cuando adopta como criterio un hecho de la naturaleza independiente de la voluntad humana, como sexo, raza, nacionalidad y filiación, para diferenciar situaciones jurídicas, o cuando interfiere en los derechos fundamentales reconocidos, de modo implícito o explícito, por la Constitución. Tales normas tiene presunción relativa de inconstitucionalidad que puede ser contrarrestada mediante la demostración inequívoca de que la regla está en conformidad con el interés público, y es imposible atenderlo por otro medio. Para combatir el arbitrio del Estado con fundamento en la razonabilidad es necesario el examen de la compatibilidad entre el fin cuya consecución se pretende y el medio escogido para alcanzarlo. En este sentido, la razonabilidad de los norteamericanos se identifica con la proporcionalidad en sentido estricto del sistema alemán.¹⁹

En el contexto brasileño, algunos autores sitúan el principio da razonabilidad como sinónimo del principio de proporcionalidad,

¹⁹ Esto explica porqué algunos autores consideran ambos institutos como sinónimos.

además de que algunos otros autores los clasifican como criterios hermenéuticos. Barroso los sitúa entre los principios de interpretación específicamente constitucional:

A doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade. Salvo onde assinalado, um e outro serão aqui empregados indistintamente. (BARROSO, 2006, p. 215).²⁰

Asimismo, hay algunos autores que no comparten la fungibilidad entre los institutos, como Slaib Filho, que entiende que se trata, en realidad, de un subprincipio del instituto de proporcionalidad (SLAIBI FILHO, 2001). También, R. Aziz Cretton defiende la razonabilidad como separado de la proporcionalidad, teniendo el cuidado de delinear las características de cada instituto. Además, considera los institutos como de la misma naturaleza jurídica, es decir, como principio general del derecho, acompañando a la doctrina más moderna, tanto la norteamericana como la europea (AZIZ CRETTON, 2001, p. 75).

Por nuestra parte, también distinguimos entre el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad. La razonabilidad es más un principio de carácter negativo, capaz solamente de poner de manifiesto que, por ejemplo, un determinado acto administrativo, no cumple su finalidad, por absurdo o arbitrario. En cambio, el principio de proporcionalidad se vincula principalmente a la racionalidad

²⁰ Barroso defiende la aplicabilidad del instituto bajo dos aspectos: la razonabilidad interna, que hace referencia a la relación “racional y proporcional” entre motivos, medios y fines, refiriéndose a lo que denomina “razoabilidade técnica da medida” y, la “razoabilidade externa”, cuya verificación corresponde a la adecuación a los medios y fines admitidos y preconizados por el Texto Constitucional (2006, p. 217).

o racionalización de los actos más que a una simple razonabilidad. El principio de proporcionalidad funciona como un mandato de optimización de respeto máximo a todo derecho fundamental.²¹ El concepto de proporcionalidad se encuentra todavía en evolución, dada la naturaleza flexible del instituto. La lesión al principio se viene considerando grave, al menos en los países cuyo sistema hermenéutico se funda en la teoría material de la Constitución.

3 ALGUNAS OBJECIONES A LA PONDERACIÓN Y AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Siguiendo la teoría de Alexy, hay numerosos defensores de la ponderación y, concretamente, del principio de proporcionalidad. La vaguedad e indeterminación de las normas de derecho constitucional y su derrotabilidad en el plano de la jurisdicción constitucional en los casos difíciles, exige un ejercicio hermenéutico complejo de individualización a partir de las limitaciones externas a los principios que se encuentran en conflicto (SÁNCHEZ, 2011, p. 322). Sin embargo, también se han formulado objeciones. Como advierte Bernal Pulido, uno de los problemas más frecuentes es si la ponderación es un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas o un mero subterfugio retórico, útil para justificar determinadas decisiones judiciales. Este es un interrogante filosófico jurídico que, sin embargo, irradia sus efectos sobre un segundo problema, relevante desde el punto de vista del derecho constitucional. Ese segundo problema se refiere a la legitimidad del juez, y en especial del Tribunal Constitucional, para aplicar los principios mediante la ponderación. Diversos autores han sostenido que la ponderación no es nada más

²¹ En este mismo sentido se ha manifestado Guerra Filho (1999); también, del mismo autor, 2002.

que un juicio arbitrario y salomónico²² y que, por consiguiente, ni los jueces ni el Tribunal Constitucional tienen la suficiente legitimidad constitucional para aplicar los principios mediante este procedimiento. Si lo hacen, estarán restringiendo o, incluso usurpando funciones y competencias que no les corresponden, y que la Constitución las ha atribuido a otros poderes del Estado (PULIDO, 2008, p. 44).

Algunos autores sostienen que la técnica de la ponderación no puede considerarse como la interpretación más adecuada para un conflicto entre normas y/o reglas que afectan a derechos fundamentales. En este sentido, Guastini ha subrayado que, además de establecer una jerarquía axiológica movедiza, puesto que es variable en la solución de casos, el conflicto no queda resuelto de manera estable: la ponderación es un procedimiento de resultados imprevisibles, que fomenta la “jerarquía axiológica movедiza” y que no permite una solución “fija” del mismo conflicto.²³

García Amado duda de la racionalidad de la ponderación en cuanto tal, porque considera que la ponderación no es otra cosa que una valoración y se confiesa escéptico con respecto a la existencia de criterios objetivos de valoración. Es decir, considera que la ponderación cumple una función esencialmente ideológica:

²² Lo que busca la ponderación es la norma adecuada al caso, y no, como parece sugerir Habermas, la imposición más o menos arbitraria de un punto medio; no se trata de negociar entre valores de un modo particularista, sino de construir una regla susceptible de universalización para todos los casos que presenten análogas propiedades relevantes (HABERMAS, 1998, p. 327 s); también se muestra crítico Jiménez Campo, concretamente con relación a la inconveniencia de la ponderación en los procesos sobre la constitucionalidad de la ley. Jiménez Campo, que no tiene “ninguna duda sobre la pertinencia del control de proporcionalidad en la interpretación y aplicación judicial de los derechos fundamentales ”pero no así en cuanto a que por su alto grado de indeterminación, termina siendo el Tribunal Constitucional quien tiene la última palabra sobre todos los asuntos (CAMPO, 1999, p. 73).

²³ Citado en: Zorrilla (2007, p. 161).

Y por eso también [además de los neoconstitucionalistas] es esta de la ponderación la doctrina que con más entusiasmo acogen los propios tribunales Constitucionales, pues es la única que aún hoy puede dotar de apariencia de objetividad a sus decisiones y, de paso, justificar el creciente y universal activismo y casuismo de los tales Tribunales, siempre en detrimento del legislador. (GARCÍA AMADO apud ALEXY, 2007).²⁴

Si bien la ponderación, desde su estructuración por Alexy goza de numerosos defensores, también hay escépticos con respecto a lo que la ponderación pueda ofrecer de novedoso. Así, García Amado, sostiene que

[...] la ponderación (*Abwägung*), como método, no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengán al caso. Cuando los Tribunales Constitucionales dicen que ponderan siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo, pues dejan de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas. (GARCÍA AMADO, 2006).

Subraya García Amado que, si lo anterior es cierto, implica que no hay diferencias cualitativas y metodológicamente relevantes entre: a) Reglas y principios; b) Decisiones de casos constitucionales y casos de legislación ordinaria. Todo esto implica que todo caso, tanto de legalidad ordinaria como constitucional, puede ser presentado,

²⁴ Citamos por: García Amado e García Amado (2014)[□]. También, del mismo autor, 2014.

decidido y fundamentado como caso de conflicto entre principios (incluso constitucionales) o de subsunción bajo reglas.

Es decir, si la ponderación (balanceo entre principios) se aplica sin el debido rigor, podríamos evolucionar a (i) que todo caso de legalidad ordinaria puede ser transformado en caso de conflicto entre principios y (ii) que todo caso de los que deciden los Tribunales Constitucionales puede reconducirse a un problema de subsunción de hechos bajo (la referencia de) enunciados, con la necesaria mediación, por tanto, de la actividad interpretativa, es decir, de decisiones de atribución de significado (de entre los significados posibles).

García Amado, examina el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), con sus tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (*Geeignigkeit, Erforderlichkeit, Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), a partir de tres sentencias que cita como ejemplo el propio Alexy en su *Epílogo* (ALEXY, 2002). Con el análisis detallado del razonamiento contenido en esas sentencias trata de poner de relieve que:

[...] dichos tres principios carecen de autonomía operativa y son, al menos en cierto sentido, triviales o prescindibles, pues las magnitudes sobre las que se aplican (lo que se “pesa”) o el resultado de su aplicación (el “peso” resultante) está decisivamente condicionado por las interpretaciones previas que de las normas que vengan al caso haya hecho el Tribunal, y, con ello, por las contingentes valoraciones o preferencias del Tribunal. En otras palabras, un tanto simplificadoras: es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje o ponderación. (ALEXY, 2002).

Así, con respecto al subprincipio de idoneidad señala sólo opera, y opera bien, cuando se ha predecidido entre qué dos dere-

chos o principios tiene lugar el conflicto que en el caso se dirime. Y es tal predecisión la que predetermina el resultado final de la aplicación del principio de idoneidad. Pero esa predecisión es una opción valorativa que toma el intérprete, el Tribunal en este caso, no algo que se siga casi nunca con plena evidencia y de modo indiscutible. “En los casos de ponderación lo decisivo es la interpretación previa de las normas concurrentes y que la operación ponderativa es sólo el tramo final y más irrelevante.”

Moreso es también escéptico en cuanto a la racionalidad de la ponderación tal y como la entiende Alexy ya que considera que incurre en particularismo, es decir, no pasaría el test de la universalidad ni, en consecuencia, todos los demás criterios de la racionalidad práctica. En la concepción de Alexy, los principios ordenan maximizar, en el mayor grado posible, estados de cosas que juzgamos valiosos. A este respecto, Moreso apunta tres dudas: La primera duda es la siguiente: dado que los pesos abstractos de los principios son independientes de cualquier circunstancia concreta, deberíamos tener a nuestra disposición una asignación de peso abstracto para cada principio que establece un derecho constitucional, deberíamos tener una *escala de ordenación abstracta* de los derechos. No conozco ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente [...] La segunda duda guarda relación con la distinción de Alexy entre interferencias leves, moderadas y graves en los principios constitucionales. “Aquí estamos frente a una escala, pero ¿de qué depende la asignación de estos tres conceptos en un caso concreto? [...] La tercera y última duda está relacionada con la insistencia de Alexy en que la operación de ponderación se refiere siempre a un caso individual.” (MORESO, 2008, p. 73-76).

Como acertadamente subraya Prieto Sanchís, se ha criticado que:

[...] la máxima de la ponderación de Alexy es una fórmula hueca, que no añade nada al acto mismo de pesar o de comprobar el juego relativo de dos magnitudes escalares, mostrándose incapaz de explicar por qué efectivamente un principio pesa más que otro³⁵. Y, ciertamente, si lo que se espera de ella es que resuelva el conflicto mediante la asignación de un peso propio o independiente a cada principio, el juego de la ponderación puede parecer decepcionante; la “cantidad” de lesión o de frustración de un principio (su peso) no es una magnitud autónoma, sino que depende de la satisfacción o cumplimiento del principio en pugna, y, a la inversa, el peso de este último está en función del grado de lesión de su opuesto. Pero creo que esto tampoco significa que sea una fórmula hueca, sino que no es una fórmula “infalible”, al modo como pretenden serlo los tradicionales criterios de resolución de antinomias; o mejor dicho, que no es una fórmula en ningún sentido, sino un camino para alcanzarla, un camino que no sería preciso recorrer si contáramos con normas de segundo grado que nos indicasen el peso de cada razón y, con ello, la forma de resolver el conflicto. (SANCHÍS, 2008, p. 101).

Por su parte, Alexy ha intentado dar cumplida respuesta a las diversas objeciones que se han formulado:

Hay tres problemas básicos: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. Entre estos problemas existen vínculos estrechos. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Ahora bien, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad. Si los análisis revelaran que la ponderación no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racionalidad, así como su legitimidad en la jurisprudencia, sobre todo en la jurisprudencia constitucional. El problema de la estructura

de la ponderación es, por tanto, el problema central de la ponderación en el derecho. (ALEXY, 2008a, p. 13-14).

La ley de la ponderación, siguiendo a Alexy, permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción.

Esta estructura elemental muestra que debe rebatirse a los escépticos radicales de la ponderación, como por ejemplo Habermas o Schlink, cuando afirman que la ponderación, “para la que hacen faltan criterios racionales”, se lleva a cabo “de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado” o cuando dicen que “en el examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva [...se hace valer] sólo la subjetividad del juez” y que “las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto [...] en definitiva sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo” o la no satisfacción del otro. (ALEXY, 2008a, p. 13-14).

4 A MODO DE CONCLUSIONES

La teoría de la ponderación de Alexy goza de gran aceptación tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial. Sin embargo, como hemos puesto de manifiesto, también es objeto de algunas críticas. Pero tal vez haya que poner de manifiesto que, precisamente, quienes hacen flaco favor a la teoría alexyana del principio de proporcionalidad sean todas aquellas sentencias, dictadas por jueces y magistrados que, invocando los principios de interpretación constitucional, de la ponderación, del principio de razonabilidad y tantos

otros, sin embargo dicen aplicar la ley de la ponderación pero no siguen los tres pasos que Alexy recomienda. Es decir, no se menciona expresamente la adopción de una doctrina o de un criterio racional para justificar la conclusión adoptada en la decisión, puesto que no aparece en ninguna de las sentencias la referencia a una metodología para realizar la delimitación del derecho fundamental. Las decisiones judiciales que dicen aplicar el principio de ponderación, deberían explicar con nitidez cómo aplican esos tres pasos, deberían explicar la racionalidad utilizada para llegar a la sentencia que vayan a dictar. Estructura, racionalidad y legitimidad de la ponderación son imprescindibles para evitar hacer en la arbitrariedad, en el mero decisionismo encubierto de un buenismo principiológico. De esa forma, se evitarían las críticas que atribuyen a la ponderación una mera retórica encubridora del criterio de un magistrado, a modo de juicio salomónico sin más.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

ALEXY, Robert. *Entrevista a Robert Alexy*. Tradução M. Atienza. 21. ed. Alicante: Doxa, 2001.

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales. Tradução C. Bernal, *Revista española de Derecho Constitucional*, v. 22, n. 66, 2002.

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008a.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. reimp. Tradução Carlos Bernal Pulido, Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 2008b.

ATIENZA, Manuel. A vueltas con la ponderación. In: ANALES DE LA CÁTEDRA FRANCISCO SUÁREZ. UN PANORAMA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA, 50 AÑOS DE ACFS, 44., 2010, España. *Anales...* España: Universidad de Granada, 2010.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Ed. Trotta, 2013.

ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de razonable. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Doxa, n. 4, 1987.

ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993.

AZIZ CRETTON, Ricardo. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAMPO, Javier Jimenez. *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

CARBONELL, Miguel. Introducción. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

CASTRO, Roberto Siqueira Castro de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

COMANDUCCI, Paulo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DE LUCAS, Javier; VIDAL, Ernesto. Razonabilidad e interpretación constitucional: a propósito de una jurisprudencia reciente. *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid: Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, v. 3, 1989a.

DE LUCAS, Javier; VIDAL, Ernesto. Una nota sobre interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales. In: ALVAREZ, Conde Enrique (Ed.). *VV. AA., Diez años de régimen constitucional*. Madrid: Tecnos, 1989b.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*. Universidad de León, 2006. Disponible en: <www.geocities.ws/jagamado/pdfs/PONDERACION.pdf>. Acceso en: 23 feb. 2014.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Ponderación y subsunción: ¿son intercambiables y se eligen a conveniencia? In: ORTEGA GARCÍA, Ramón (Coord.). *Teoría del Derecho y argumentación jurídica. Ensayos contemporáneos*. Madrid: Dykinson, 2014.

GARCIA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GUASTINI, Riccardo. Derecho dúctil, Derecho incierto. *Anuario de Filosofía del Derecho*, Génova: Universidad de Génova, t. 13, p. 111-123, 1996a.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996b.

GUASTINI, Riccardo. *Principios de derecho y discrecionalidad judicial*. 1996c. Disponible en: <<https://www.google.com.br/#q=GUASTINI%2C+Riccardo.+Principios+de+derecho+y+discrecionalidad+judicial>>. Acceso en: 23 feb. 2014[□].

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O princípio da proporcionalidade na Constituição. Teia jurídica*. Rio de Janeiro. Disponible en: <<http://www.teiajuridica.com>>. Acceso en: 15 dec. 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre os princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 719, set. 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoría Processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HERNÁNDEZ DÍAZ, Carlos Arturo; MAZABEL PINZÓN, Moisés Rodrigo. *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*. Lima: Ara Editores, 2010.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998.

MARÍN, Rafael Hernandez. *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

MARTÍN, Nuria Belloso. El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 59, n. 1, p. 145-178, 2014.

MARTÍN, Nuria Belloso. Temi di Teoría Giuridica: L'interpretazione della Costituzione e dei Diritti Fondamentali. In: ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO, 7., 2005-2006, Milano. *Anales...* Milano: Giuffrè Editore, 2007.

MORESO, José Juan. Alexy y la aritmética de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

MORESO, José Juan. Conflictos entre principios constitucionales. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

SÁNCHEZ, Rogelio López. El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 23, p. 322, 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. El juicio de ponderación constitucional. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID, 5., 2001, España. *Anales...* España, 2001.

SEGADO, Francisco Fernández. El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. In: *Pensamiento Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 15, p. 183, 2012.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro, 2008. Disponible en: <<http://www.nagib.net>> or <www.tjrj.jus.br/c/document.../get_file?uuid>. Acceso en: 15 dic. 2013.

Nuria Belloso Martín

SLAIBI FILHO, Nagib. *Hermenêutica Constitucional. Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, n. 16, 2001.

ZORRILLA, David Martínez. *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

DIREITO, CIÊNCIA E A RACIONALIDADE DAS PREMISSAS EMPÍRICAS NA FÓRMULA DO PESO DE ROBERT ALEXY

Ana Carolina Rezende Oliveira*

RESUMO

Considerando a realidade contemporânea da prática judicial, de ampliação do escopo de atuação do direito sobre diversas áreas do conhecimento e, como consequência, de crescente utilização de técnicas e teses científicas na construção de argumentos e provas, o presente trabalho objetiva discutir, a partir da teoria de Robert Alexy acerca da ponderação de princípios em conflito, as críticas dirigidas à racionalidade da fórmula do peso enquanto instrumento apto a justificar decisões judiciais. Procurar-se-á analisar, especificamente, a variável da confiabilidade das premissas empíricas, que dispõe que quanto maior a certeza sobre as premissas empíricas que preveem a restrição ou a promoção de cada princípio, maior o poder para restringir ou promovê-lo. A hipótese em debate é a de que a formulação apresenta dificuldades advindas da elevada exigência em relação às capacidades epistêmicas do aplicador, o que poderia eivá-la de sobreracionalidade diante da presunção de que o julgador seja capaz de obter e processar essa grande quantidade de informações, especialmente a respeito de matérias sobre as quais é leigo.

Palavras-chave: Fórmula do peso. Premissas empíricas. Racionalidade.

* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Epistemologia Aplicada aos Tribunais da Universidade Federal do Rio de Janeiro; bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior; Avenida Pedro Calmon, 550, Cidade Universitária, 21941-901, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; acarolina.rezende@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O vasto trabalho de Robert Alexy passa pela construção de uma teoria discursiva do direito, cuja distinção entre princípios e regras é parte essencial do conceito e da natureza do direito. Ao classificar os princípios como mandamentos de otimização, a proporcionalidade torna-se também um elemento central de sua teoria, já que a determinação do grau de cumprimento de um princípio face à colisão com um princípio oposto dar-se-á através da ponderação das possibilidades fáticas e jurídicas diante do caso concreto. Nesse contexto, na primeira parte do trabalho, a fórmula do peso é apresentada como a sistematização do exercício de ponderação.

Ainda neste tópico, são abordadas as críticas à fórmula do peso, que se dividem entre aquelas que condenam seu pretensão déficit de racionalidade, afirmando que a fórmula matemática apenas mascara a ausência de critérios bem definidos para a ponderação, o que faria com que as decisões fossem tomadas de forma arbitrária ou irrefletida; e aquelas que apontam para a soberracionalidade da tentativa de estabelecer regras e roteiros argumentativos supostamente onipotentes para solucionar qualquer problema concreto.

Na segunda parte, o presente trabalho foca-se nas críticas de soberracionalidade, especialmente na variável *S* da fórmula, que avalia a confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a restrição ou a promoção de cada princípio conflitante. Argumenta-se que, diante de uma realidade na qual tempo e informações são limitados, a fórmula é excessivamente exigente em relação às capacidades epistêmicas dos aplicadores desse método, criando um descompasso entre o discurso ideal vislumbrado pela teoria e a possibilidade real de efetivação desse discurso, porque nem sempre o tomador de decisões será capaz de acessar com tamanha precisão a certeza dessas premissas.

Já na terceira parte, aprofunda-se a crítica de ordem filosófica à fórmula do peso, considerado o contexto contemporâneo de aproximação entre direito e ciência e o problema que surge diante dos diferentes significados de verdade, certeza e plausibilidade para cada um desses campos. Indaga-se como o sistema adversarial, cuja busca pela verdade sofre limitações procedimentais e materiais, deve lidar com o método científico para que seja possível uma utilização da fórmula do peso de forma a justificar racionalmente as decisões judiciais.

Todo o trabalho foi desenvolvido com base em levantamento bibliográfico, tanto de Robert Alexy quanto de seus intérpretes e críticos, de origem brasileira ou estrangeira. Na terceira parte, concentra-se especialmente nos trabalhos de Susan Haack e Déirdre Dwyer para analisar o problema sob a perspectiva do realismo na filosofia da ciência.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 A PONDERAÇÃO E AS CRÍTICAS A SUA RACIONALIDADE

Em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy (2011, p. 87-90) aborda a estrutura dos direitos fundamentais, realizando distinção entre princípios e regras enquanto componentes de um sistema jurídico. De início, cumpre destacar que tanto regras quanto princípios são entendidos como normas, porque ambos mantêm a característica essencial de prescrição de um *dever ser*. A diferenciação caberá, segundo o autor, a um critério qualitativo, que independe do grau de generalidade do dever ser prescrito.

Os princípios são diferenciados por funcionarem como mandamentos de otimização, ou seja, como “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2011, p. 90); ao passo

que as regras seriam “[...] normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2011, p. 91), ou seja, mandamentos definitivos cuja aplicação se dá por meio da subsunção. Assim, quando um princípio é válido, ele pode ser cumprido em diferentes graus, a depender das possibilidades jurídicas e das possibilidades fáticas; lado outro, quando uma regra é válida, o *dever-ser* que ela prescreve deve ser cumprido na exata forma exigida.

Da definição de princípios enquanto mandamentos de otimização segue a necessária relação entre princípios e proporcionalidade, que é um dos pilares da teoria de Alexy acerca dos direitos fundamentais. O caráter *prima facie* dos princípios significa que eles têm pesos distintos diante da hipótese concreta e, no caso de colisão com um princípio oposto, o princípio com maior peso diante das circunstâncias do caso concreto terá precedência, sem que isso signifique a derrogação do princípio antagônico (ALEXY, 2011, p. 104-105). Por isso, a determinação do grau de cumprimento de um princípio face à colisão com um princípio oposto dar-se-á através da ponderação das possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, através da máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2007, p. 10).

A primeira lei da ponderação proposta por Alexy é a tentativa de esclarecer o sopesamento das possibilidades jurídicas diante dos casos concretos em que é necessário realizar o balanceamento entre princípios opostos. Segundo sua máxima: “Quanto maior o grau de descumprimento ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio.” (ALEXY, 2007, p. 10).

A racionalidade da ponderação estaria demonstrada, portanto, através da avaliação de suas três etapas, observada uma escala triádica de graus leve, moderado ou grave: a definição do grau de não satisfação do primeiro princípio, o estabelecimento da importância da satisfação do princípio concorrente e, finalmente, a definição so-

bre se a importância de satisfação do segundo princípio justifica ou não o detrimento ao primeiro (ALEXY, 2007, p. 10).

A principal crítica feita a Alexy vem de Habermas (1996, p. 259), que questiona o déficit de racionalidade da ponderação. Segundo o autor, a ausência de critérios racionais para a ponderação faria com que as decisões fossem tomadas de forma arbitrária ou irrefletida, com forte influência da subjetividade do decisor. Em resumo, a crítica de Habermas afirma que a ausência de critérios para determinar a intensidade da interferência e a importância da satisfação de um princípio impossibilitaria o controle racional sobre a utilização dessa técnica, o que traz o risco da utilização de argumentos circunstanciais em detrimento dos argumentos normativos.

Em resposta às críticas, Alexy soma à lei da ponderação a proposição da fórmula do peso, que objetiva sistematizar o exercício de ponderação acerca da intensidade da interferência e dos graus de satisfação dos princípios. Assim, ele afirma que enquanto a aplicação das regras ocorre pela subsunção através de um esquema dedutivo de justificação interna, a teoria dos direitos fundamentais, como princípios, apresenta como contraparte a fórmula do peso (ALEXY, 2003, p. 448).

Sua forma completa reza:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j} \quad (1)$$

Na qual I expressa a intensidade da interferência no princípio alvo (I_i) e no princípio colidente (I_j), G expressa os pesos abstratos dos princípios e S expressa o grau de confiabilidade das premissas empíricas que sustentam a restrição ou a promoção de cada princípio.

A já mencionada primeira lei da ponderação está representada na primeira parte da fórmula. Vale destacar, nesse ponto, que G_i

e G_j não devem ser confundidos com $G_{i,j}$. Os primeiros representam, como dito, os pesos abstratos do princípio P_i e do princípio colidente P_j , respectivamente; enquanto $G_{i,j}$ explicita o peso concreto do princípio P_i , diante das condições do caso concreto. Considerada a característica *prima facie* dos princípios, a fórmula demonstra que o peso concreto de um princípio é, em verdade, relativo, ou seja, só pode ser determinado relativamente ao princípio colidente no caso concreto (ALEXY, 2007, p. 20).

O ponto central que será discutido, entretanto, está relacionado à variável S , que representa a variável epistêmica da fórmula do peso. A confiabilidade das premissas empíricas que medem o grau de não realização de P_i e de realização de P_j pela medida, no caso concreto, será determinada através de uma escala epistêmica triádica: confiável ou certo, plausível ou defensável e não evidentemente falso. Assim, quanto maior a certeza sobre as premissas empíricas que preveem a restrição ou a promoção de cada princípio, maior o poder para restringir ou promovê-lo (ALEXY, 2007, p. 25).

Essa, que pode ser chamada segunda lei da ponderação, prevê que ao realizar a ponderação entre dois princípios colidentes não deve ser considerada apenas a intensidade da interferência sobre o respectivo princípio, mas, também, o grau de certeza dos conhecimentos empíricos que sustentam tal interferência.

Mas será mesmo possível, diante de uma realidade na qual tempo e informações são limitados, que o tomador de decisões acesse com tamanha precisão a confiabilidade dessas premissas empíricas?

A crítica abordada neste estudo, portanto, não se refere à alegada sub-racionalidade da ponderação, mas, contrariamente, a sua possível sobreracionalidade. A tentativa de estabelecer, por meio da fórmula do peso, regras e roteiros argumentativos que garantissem a previsibilidade e a controlabilidade das decisões poderia gerar outro problema: a crença em sua onipotência para solucionar qualquer problema concreto.

Segundo Leal (2014, p. 187). As críticas nesse sentido giram em torno dos argumentos de que a teoria dos princípios:

(i) parte de uma visão ingênua das predisposições e do comportamento de tomadores reais de decisão, (ii) é excessivamente otimista em relação aos potenciais dos métodos de decisão para trazer racionalidade nos dois sentidos apresentados para a ponderação e (iii) é excessivamente exigente em relação às capacidades epistêmicas dos aplicadores desses métodos.

Neste trabalho, abordar-se-á especificamente o ponto (iii), ou seja, as dificuldades advindas da elevada exigência em relação às capacidades epistêmicas do aplicador para determinar a confiabilidade das premissas empíricas na fórmula do peso.

2.2 A DIFICULDADE EPISTÊMICA DAS PREMISSAS EMPÍRICAS

Um exercício simplificado utilizado pelo próprio autor para explicar como a confiabilidade das premissas empíricas influencia a ponderação é o seguinte: considere uma situação na qual o peso abstrato de dois princípios colidentes é igual. Considere, ademais, que a restrição causada pela medida em questão sobre o princípio P_i é grave e que a restrição causada ao princípio colidente P_j caso a medida não seja implementada também é grave. Finalmente, considere que a premissa empírica de que P_i sofreria uma grave restrição com a adoção da medida é certa, ao passo que a premissa empírica de que P_j sofreria uma grave restrição pela não adoção da medida é apenas plausível. Nesse caso, aplicada a fórmula do peso, o princípio P_i teria precedência sobre P_j e a medida deveria ser adotada (ALEXY, 2007, p. 25).

Outro exemplo interessante, desta vez em aplicação real pela corte constitucional alemã, é o do julgamento acerca da proibição do uso e posse de produtos derivados da *Cannabis*. Considerando a liber-

dade individual (P_i), colidente com a proteção da saúde pública (P_j), no que se refere à adoção de medidas penais contra a substância, a proibição da posse da *Cannabis* foi classificada como uma interferência moderada sobre P_i e as premissas empíricas que sustentavam esse entendimento como certas. Entretanto, a classificação da intensidade da interferência sobre P_j era incerta, porque havia divergências científicas sobre os efeitos negativos à saúde causados pela *Cannabis* e sobre a eficácia de outras medidas de proteção de cunho não penais. Assim, a confiabilidade das premissas empíricas restava prejudicada.

Como explicam Klatt e Schmidt (2012, p. 78, tradução nossa):

Se os prejuízos causados à saúde pela *Cannabis* fossem apenas de menor extensão, a interferência sobre P_j pela não implantação da medida de proibição teria que ser classificada como leve. Se, entretanto, surgissem evidências científicas sobre os sérios efeitos danosos do consumo da *Cannabis*, levando em consideração o aspecto de introdução do usuário às demais drogas, a interferência sobre P_j pela não adoção da medida teria que ser classificada como grave.

Na situação teórica, a realização da ponderação através do instrumental metodológico desenvolvido por Alexy parece funcionar racionalmente. Entretanto, a exemplo do evidenciado no julgamento da corte constitucional alemã, um tipo de crítica que deve ser feita relaciona-se não ao modelo teórico em si, mas à possibilidade real de aplicação do método pelos julgadores.

Uma característica do direito contemporâneo que não pode ser ignorada é o aumento crescente do recurso feito por advogados e juízes a fontes extralegais, oriundas da economia, sociologia, ciências sociais, psicologia, ciências médicas e biológicas, para fundamentar e justificar os argumentos e as decisões judiciais (SCHAUER,

2012, p. 83-84). Nesse contexto, a presunção de que o julgador seja capaz de obter e processar essa grande quantidade de informações, para analisar com precisão a confiabilidade das premissas empíricas envolvidas e realizar a ponderação, especialmente a respeito de matérias sobre as quais é leigo, poderia eivar de soberracionalidade a teoria de Alexy (SCHUARTZ, 2005, p. 218).

Um exemplo relevante desse conflito, dessa vez ocorrido no Supremo Tribunal Federal (STF), é o caso do julgamento acerca da proibição do amianto. No âmbito da ADI 3.937 o STF convocou audiência pública para, em termos gerais, definir a possibilidade do uso seguro do amianto da espécie crisotila para o trabalhador e delimitar os riscos de sua utilização para a saúde pública. Foram convocados profissionais especializados no tema e, entretanto, as divergências científicas acerca da matéria restaram evidentes, inclusive dentre os especialistas representantes de diferentes Ministérios da União.

Na ocasião, o Dr. Guilherme Franco Netto, Diretor do Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador do Ministério da Saúde, ressaltou que “[...] todos os tipos de amianto são classificados, pela Agência Internacional para Pesquisa sobre o Câncer, da Organização Mundial da Saúde, chamada IARC, no grupo 1, ou seja, comprovadamente carcinogênicos para os seres humanos.” (BRASIL, 2008, p. 9). Por outro lado, o Dr. Cláudio Scliar, Secretário de Geologia, Mineração e Transformação do Ministério de Minas e Energia, diferenciou os tipos de amianto anfibólio e crisotila quanto à possibilidade de utilização segura de cada um: “[...] o anfibólio, infelizmente, depois dos 50 anos, descobriu-se que ele não podia. A crisotila, há mais de 100 anos está sendo usada e ainda há muitos estudos que dizem ser possível, sim.” (BRASIL, 2008, p. 63).

Em certo momento, o próprio Ministro Marco Aurélio, Presidente da sessão e Relator, reconheceu a dificuldade daquela decisão: “Nós temos a divergência de enfoques no próprio âmbito da União,

considerados os Ministérios que estão na Esplanada, e nós juízes não podemos dar a contenda por empatada.” (BRASIL, 2008, p. 52).

Vale destacar que, no Brasil, as figuras do *amicus curiae* e da audiência pública se confundem na prática do STF. A importância da utilização desses institutos é justificada pelos Ministros ora com referência à necessidade de suprir a legitimidade democrática das decisões do tribunal através de uma abertura à participação popular, ora com referência à necessidade de fornecer aos julgadores informações técnicas que escapam ao conhecimento jurídico. Nesse sentido demonstra a fala do Ministro Relator Ayres Britto por ocasião do julgamento acerca da utilização de células tronco (ADI nº 3.510): “[...] a audiência pública, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia.” (BRASIL, 2010).

O *amicus curiae* e as audiências públicas são regulados por dispositivos distintos, respectivamente o art. 7º, § 2º e o art. 9º, § 1º, ambos da Lei 9.868/99. A julgar pelo disposto, as audiências públicas cuidariam da justificação epistêmica das decisões da corte, não de sua legitimidade democrática (LEAL, 2015, p. 3), entretanto, a aproximação fica ainda mais evidente quando se verifica que o STF utiliza como justificativa autorizadora da intervenção de *amicus curiae* as mesmas hipóteses que autorizam a convocação da audiência pública, quais sejam, a experiência e a autoridade na matéria detida pelos convidados, em empréstimo do disposto no art. 9º, § 1º, *in fine*, da Lei 9.868/99 (VALLE, 2012, p. 58).

Essa confusão pode evidenciar pouca atenção da corte suprema brasileira acerca da importância de lidar com o déficit de expertise técnica que surge no julgamento de matérias constitucionais nas quais o Judiciário tem que tomar decisões justificadas sobre questões de fato que dizem respeito ao domínio de outras áreas do conhecimento (LEAL, 2015, p. 4). Especialmente nos casos que envolvem direitos fundamentais, frequentemente a precisão dos fatos é incerta e

isso se agrava nos casos em que o Direito recorre às demais ciências. Em sentido oposto, entretanto, o teste da proporcionalidade exige alto comprometimento do julgador com questões empíricas que podem ser extremamente controversas, mesmo entre os especialistas daquele campo do conhecimento.

Então, seria a fórmula do peso apta a justificar racionalmente as decisões judiciais?

Tomando o conceito da epistemologia clássica relacionado à justificação das crenças, pode-se identificar a epistemologia jurídica com a preocupação acerca da criação e da justificação das crenças sobre os fatos no contexto jurídico, especialmente a justificação dos entendimentos formados nas decisões judiciais (DWYER, 2008, p. 20). A dificuldade epistêmica criticada na proposta de Alexy reside justamente nas elevadas exigências impostas pela fórmula do peso para justificar o resultado da ponderação, ou seja, um descompasso entre o discurso ideal vislumbrado pela teoria e a possibilidade real de efetivação desse discurso, de maneira que seu uso reiterado sustentado por uma pretensão distante de seu real potencial traria ainda mais incerteza para a tomada de decisão jurídica (LEAL, 2014, p. 203).

Em face do risco de desconexão entre a teoria e sua real efetivação, a resposta apresentada pelo próprio autor sugere uma aproximação entre o discurso ideal e real. O discurso ideal seria uma ideia regulativa na qual devem se orientar os discursos reais, embora essa aproximação não signifique necessariamente a existência de um único resultado para cada problema prático, tampouco a possibilidade de alcance desses resultados na prática. Alexy reconhece que os discursos práticos são caracterizados por “[...] condições de tempo limitado, participação limitada e limitada ausência de coerção com limitada clareza linguístico-conceitual, informação empírica limitada, capacidade limitada para o câmbio de papéis e imparcialidade limitada.” (ALEXY, 2010, p. 16-17). Ainda assim, ressalta que o dis-

curso real terá sempre conexão com o discurso ideal, em decorrência da pretensão de correção que lhe é característica.

Desta forma, o juízo de ponderação, da mesma forma que o de subsunção, deve ser justificado por meio de argumentos e a fórmula do peso nada mais seria do que uma forma de argumento do discurso prático (ALEXY, 2010, p. 27). Como destaca Leal (2014, p. 206), “[...] a proporcionalidade e a fórmula do peso são convites ao desenvolvimento das melhores respostas possíveis, entendidas aqui como o produto da satisfação de um dever de justificação”, ou seja, sua racionalidade decorre da delimitação de caminhos argumentativos pelos quais devem passar juízes, advogados e demais observadores críticos da prática do tribunal, na tentativa de garantir uma ponderação mais transparente e limitar a discricionariedade do tomador de decisões.

A solução é interessante, contudo, a procedimentalização da teoria de Robert Alexy parece continuar incapaz de responder a uma questão complexa que permeia o debate acerca da dificuldade epistêmica das premissas empíricas: a problemática e inevitável relação entre direito e ciência. Esse ponto será tratado em seguida.

2.3 DIREITO, CIÊNCIA E A RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

Considerado o processo contemporâneo de aproximação entre direito e ciência, o problema que surge na aplicação da segunda lei da ponderação proposta por Alexy se aprofunda em termos filosóficos diante dos diferentes significados de *verdade* para cada um desses campos, o que dificultaria ou impossibilitaria a classificação pelo julgador nos termos da escala epistêmica triádica: confiável ou certo, plausível ou defensável e não evidentemente falso. O problema que se apresenta, portanto, é o de realizar a transposição dos argumentos científicos para a lógica que é própria do sistema jurídico.

Como ressalta Schuartz (2005, p. 224):

[...] o significado de expressões como verdade, certeza, plausibilidade etc. quando empregadas para referências a premissas utilizadas em inferência jurídicas não é igual ao significado dos mesmos termos quando empregados para referências à premissas utilizadas em inferências científicas e os critérios de correção desses tipos não servem como critérios de correção de inferência do outro tipo.

O debate é relativamente recente. Com o aprimoramento e a popularização da tecnologia, os peritos técnicos passaram a ser utilizados com mais frequência pelos tribunais e, desde então, o direito busca soluções processuais para lidar com esse tipo de evidência. No caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, que se tornou paradigmático nos Estados Unidos em 1993, a Suprema Corte determinou os critérios para a admissão de peritos técnicos em cortes federais, o que ficou conhecido como *Daubert standard*. Na ocasião, Blackmun já reconhecia que “[...] existem diferenças relevantes entre a busca pela verdade em uma corte e a busca pela verdade em um laboratório.” O conflito fica patente porque, ao contrário do método científico, o objetivo principal de um sistema legal é a solução de conflitos, e o julgamento não busca descobrir se o réu é culpado, mas chegar a uma determinação jurídica sobre a culpabilidade do réu (HAACK, 2009, p. 16).

O trabalho central da ciência é a investigação com o objetivo de alcançar respostas sobre o mundo e como ele funciona, e, por óbvio, espera-se que essas respostas sejam verdadeiras, substantivas e realmente explicativas do fenômeno estudado (HAACK, 2009, p. 7). Entretanto, o método para a construção dessas respostas nem sempre é tão linear e absoluto quanto o direito gostaria que fosse e as divergências entre especialistas são comuns e esperadas.

É possível que as evidências disponíveis sobre uma questão científica sejam demasiado incompletas e que os especialistas daquela comunidade científica discordem sobre a probabilidade de que aquela resposta esteja correta. À medida que novas evidências são apresentadas, pode surgir um consenso acerca da probabilidade da correção ou não daquela teoria, mas não existem regras determinando quando uma teoria científica é suficientemente embasada para que seja aceita (HAACK, 2009, p. 10).

No direito, por outro lado, a busca pela verdade é determinada por limitações procedimentais - o contraditório e a ampla defesa, por exemplo - e materiais - como a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência, de maneira que o processo de justificação ocorre segundo critérios distintos da epistemologia clássica. Poder-se-ia dizer que o objetivo do processo é também a busca pela verdade, entretanto, deve-se notar que o alcance da corte acerca daquela verdade é mediado pelas evidências apresentadas pelas partes e que o tribunal tem o dever de emitir uma decisão final e vinculante, mesmo que não tenha acesso a todas as informações necessárias para alcançar a certeza sobre aquela verdade (DWYER, 2008, p. 71).

Assim, a conturbada relação evidencia conflitos que derivam de características intrínsecas do tipo de conhecimento desenvolvido por esses campos. Haack (2009, p. 2) destaca as tensões existentes entre os objetivos e valores da empreitada científica e da cultura do direito: o caráter investigativo da ciência choca-se com a cultura adversarial do sistema legal; a busca da ciência por princípios gerais opõe-se ao foco do direito em casos particulares; a reconhecida falibilidade da ciência e sua abertura à revisão perante novas evidências são bastante diversas da preocupação do direito com soluções imediatas e definitivas; o pragmatismo orientado por problemas da ciência conflita com a formalidade de regras e procedimentos do direito.

Essas tensões acirram-se ainda mais quando se trata da consideração de perícias técnicas divergentes por um tribunal formado

por juízes leigos naquela matéria científica, a exemplo do mencionado no caso da *Cannabis* perante Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e no caso do amianto perante o STF. A divergência é parte essencial do progresso da ciência e a apreciação pelo direito desse tipo de evidência costuma partir de uma pretensa neutralidade científica que, embora seja uma preocupação para o desenvolvimento do conhecimento humano, nem sempre reflete a realidade de pesquisas que são realizadas num contexto de ampla competição, motivada por fatores como o sucesso comercial, a necessidade de obter financiamento e a busca por reputação pessoal (DWYER, 2008, p. 138).

Uma característica específica dessa relação do direito com peritos deriva de sua própria natureza de lidar com litígios. Nos casos em que são necessários peritos normalmente a disputa estará relacionada a campos da ciência que sofrem forte influência econômica e os estudos comumente são conduzidos por indústrias farmacêuticas ou químicas, por exemplo, o que pode por em dúvida a credibilidade das pesquisas. Por esse motivo, ainda, em geral as questões científicas em disputa serão aquelas para as quais ainda não há um entendimento pacífico. Soma-se a isso que, em decorrência do caráter adversarial do direito, ele está mais propenso a abrir espaço para especialistas que estejam dispostos a defender afirmações científicas que ainda não são consenso na comunidade científica e que não adotam uma postura tão cautelosa acerca das teses (HAACK, 2009, p. 15-16).

Uma possível abordagem na tentativa de solucionar esses problemas concentra esforços no desenvolvimento, pelo direito, de regras formais para regulação e distribuição do ônus da prova no processo judicial e de critérios de admissibilidade mais claros para as provas técnicas periciais (SCHUARTZ, 2009, p. 7-8). Para defender a racionalidade da fórmula do peso de Alexy, pode-se propugnar que essas normas processuais de caráter complementar suprimiam a abertura deixada pela fração S_i/S_j , funcionando para limitar a atuação do tomador de decisão e reduzir as incertezas jurídicas na hora de

determinar a confiabilidade das premissas empíricas. Por meio dessas regras os próprios juízes regulariam a entrada de argumentos científicos no direito.

Esse parece ter sido o caminho adotado também pelo direito norte-americano. O já mencionado *Daubert standard*, criado em 1993 e ainda aplicado, objetiva estabelecer critérios claros para a admissibilidade dos testemunhos de experts nas cortes federais verificando se a metodologia científica utilizada é válida e se foi propriamente aplicada aos fatos do caso concreto. Para tanto, foram definidos cinco fatores: se a teoria ou técnica em questão pode ser ou foi testada; se ela foi submetida a *peer review* e publicação; sua margem de erro; a existência e manutenção de padrões de controle sobre a operação; se ela é amplamente aceita na comunidade científica relevante (FELDMAN, 2001, p. 2-3).

Não raramente, todavia, os tomadores de decisão norte-americanos expressam dificuldades em avaliar esses parâmetros (DWYER, 2008, p. 2), o que poderia indicar que a mera regulação formal de critérios legais não é suficiente para permitir a transposição dos argumentos científicos para o sistema jurídico com clareza e previsibilidade. Além disso, os critérios formalizados servem para auxiliar o tomador de decisões quanto à admissibilidade dos peritos, mas permanece a dificuldade para avaliar a qualidade dos argumentos técnico-científicos e, conseqüentemente, a dificuldade de acessar, através da fórmula do peso, a confiabilidade das premissas empíricas apresentadas.

Uma abordagem mais substantiva ao problema é feita por Susan Haack e Déirdre Dwyer. Eles sugerem que a dificuldade de juízes e tribunais diante das divergências entre especialistas expressa uma incompreensão acerca do método científico, que é acirrada pelas diferenças intrínsecas em relação ao método do direito, e, portanto, que a criação de critérios processuais para a admissibilidade de peritos ou para a distribuição do ônus probatório, embora desejável, não

é suficiente para regular essa relação. Assim, os juízes precisariam ser “educados” (DWYER, 2008, p. 138) sobre o modo como cientistas trabalham para que possam avaliar com mais segurança a confiabilidade das premissas empíricas, ao invés de prontamente concluírem, diante do desacordo, que a busca pela neutralidade dos especialistas é inócua e que não é possível utilizar a fórmula do peso para justificar racionalmente decisões judiciais.

Seguindo uma corrente realista na filosofia da ciência, Haack (2003, p. 57-67, tradução nossa) utiliza a metáfora das palavras cruzadas para explicar que as teorias científicas são cofirmáveis e frequentemente confirmadas pelas evidências como aproximadamente correspondentes à verdade, sendo que o progresso histórico é resultado de aproximações sucessivamente mais precisas à verdade:

Nós podemos atualmente saber, ou acreditar que sabemos, a resposta para cada pergunta com níveis variados de garantia. Esse nível de confiança depende parcialmente da nossa abordagem sobre os indícios e de como cada uma de nossas respostas se encaixa com as demais. Quanto mais preenchida estiver essa grade, mais confiantes podemos ficar de que nossas respostas estão corretas. Podemos ter alguns quadros preenchidos, e até ter que apagar respostas anteriores, mas a direção geral do nosso trabalho nas palavras cruzadas é sua solução.

De que forma o direito poderia, então, lidar com o método científico de persecução da verdade se, como explicitado, seu sistema de busca pela verdade sofre limitações procedimentais e materiais? De que forma poderia o tomador de decisões, ao se deparar com técnicas e teses científicas, transpor para o direito a confiabilidade dessas premissas empíricas?

Poder-se-ia pensar que a proposição de Haack nesse sentido vai ao encontro de uma abordagem procedimentalizada da teoria de

Robert Alexy. A autora ressalva que considerar essas diferenças no significado de verdade, certeza, plausibilidade etc. para o direito e para a ciência não significa negar que as determinações legais devem ser, tanto quanto possível, faticamente corretas. Entretanto, “tanto quanto possível” significa o reconhecimento de que a solução legal tem que ser encontrada dentro de um período razoável de tempo, seguindo os preceitos constitucionais e a partir de considerações de política (HAACK, 2009, p. 13-14).

Assim, a racionalidade do direito em muito se assemelharia à dos discursos práticos reais, como explicitado por Alexy (2010, p. 16), por serem caracterizados por condições limitadas de tempo, participação, clareza linguístico-conceitual, informação empírica e imparcialidade. A racionalidade na transposição para o direito da confiabilidade das premissas empíricas científicas e, conseqüentemente, na justificação de decisões judiciais, é possibilitada porque o juízo de ponderação deve ser justificado por meio de argumentos e a fórmula do peso nada mais seria do que uma forma de argumento do discurso prático.

Conclui-se, portanto, que a racionalidade na aplicação da fórmula do peso - especialmente no que tange à verificação da confiabilidade das premissas empíricas -, quando analisada à luz de uma perspectiva realista da filosofia da ciência, não pressupõe a existência de um consenso científico, nem que o tomador de decisões tenha completo domínio sobre a matéria, porque não significa necessariamente a existência de um único resultado para cada problema. Na transposição dos argumentos científicos para o direito, a fórmula do peso parece demonstrar-se, novamente, como um método racional de justificação das decisões judiciais, desde que entendida como convite ao desenvolvimento das melhores respostas possíveis através da satisfação de um dever de justificação.

2 CONCLUSÃO

As críticas à soberracionalidade da fórmula do peso de Robert Alexy concentram-se em torno de uma postura cética quanto à possibilidade de aplicação, na prática, da teoria para a justificação racional das decisões judiciais. Embora reconheçam que não há falhas intrínsecas ao método em si, entendem que parte de uma visão ingênua das predisposições e do comportamento de tomadores reais de decisão, que é excessivamente otimista em relação aos seus potenciais para trazer racionalidade ou que é excessivamente exigente em relação às capacidades epistêmicas dos aplicadores desses métodos.

Nesse trabalho, analisou-se especialmente o último ponto, em confronto com as dificuldades epistêmicas que são características de qualquer tomada de decisão em um sistema adversarial no qual o acesso à informação está limitado pelo tempo, pela participação das partes, pelo restrito conhecimento do julgador acerca de algumas matérias técnicas e por requisitos processuais e materiais previstos constitucionalmente.

A hipótese trabalhada, de que essas dificuldades impossibilitariam que a fórmula do peso fosse utilizada para justificar racionalmente decisões judiciais porque o tomador de decisões não seria capaz de avaliar com tamanho comprometimento a confiabilidade das premissas empíricas envolvidas no conflito entre princípios, não se mostrou verdadeira.

A solução proposta pelo próprio autor, de uma abordagem procedimental do método, considerando a proporcionalidade e a fórmula do peso como uma delimitação dos caminhos argumentativos a serem percorridos, ou seja, como instrumentos para o desenvolvimento das melhores respostas possíveis a partir da satisfação de um dever de justificação, não parece entrar em conflito com a percepção de que direito e ciência apresentam significados diferentes de verdade, certeza, plausibilidade etc. Sob essa perspectiva, a avaliação

da confiabilidade das premissas empíricas não resta impossibilitada pelas limitações epistêmicas, visto que não pressupõe a existência de um consenso científico, nem que o tomador de decisões tenha completo domínio sobre a matéria, porque não significa necessariamente a existência de um único resultado para cada problema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, dez. 2003.

ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. Tradução Fernando Leal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 253, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. The Weight Formula. *Studies in the Philosophy of Law: Frontiers of the Economic Analysis of Law*, Krakow: Jagiellonian University Press, n. 3, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento em 29 maio 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 04 jun. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, 10 out. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

DWYER, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FELDMAN, Elliott R. *Criteria for Admissibility of Expert Opinion Testimony Under Daubert and its Progeny*. 2001. Disponível em: <<https://www.cozen.com/admin/files/publications/feldman1537289.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

HAACK, Susan. *Defending Science - Within Reason: Between Scientism and Cynicism*. New York: Prometheus Books, 2003.

HAACK, Susan. Irreconcilable Difference? The Troubled Marriage of Science and Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 72, n. 1, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Tradução W Regh. Cambridge: Polity Press, 1996.

KLATT, Mathias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic Discretion in Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 1, 2012.

LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, out./dez. 2014.

LEAL, Fernando. Para que servem as audiências públicas no STF? *Jota*, Brasília, DF, 16 jun. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Interdisciplinaridade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência do direito*. Biblioteca Digital da Fundação Getúlio Vargas, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2174>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Nos Limites do Possível: “Balanceamento” entre Princípios Jurídicos e o Controle de sua Adequação na Teoria de Robert Alexy. In: SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Audiências públicas e ativismo: diálogo judicial no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Capítulo II

Vivências e Aplicações com a Teoria de Robert Alexy

CONTRATOS DE MATERIAL GENÉTICO: A DICOTOMIA ENTRE VIDA E PRIVACIDADE

Janáina Reckziegel*
Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte**

RESUMO

Este artigo analisa os efeitos dos contratos de doação de material genético para os procedimentos de Reprodução Humana Assistida, com especial ênfase ao direito à vida e à privacidade como balizadores da leitura jusfundamental. O estudo se foca na colisão de direitos fundamentais e sua problemática, na busca de seu significado e possíveis soluções, e usa como esteio a técnica da ponderação proposta por Robert Alexy. Começa a análise do plano de fundo, a saber o conflito entre os direitos fundamentais, segue então uma sugestão de solução, que considere as técnicas desenvolvidas pelos pensadores citados ao longo do texto e respeite uma série de paradigmas de condução da ponderação no caso em tela. Afirma-se, assim, o meio principal de pesquisa do trabalho como bibliográfico e documental, com influência de julgados de Tribunais Constitucionais de alguns países como Alemanha e Brasil, além da teoria de direitos fundamentais. Palavras-chave: Contratos de doação de material genético. Direitos fundamentais. Privacidade. Vida. Ponderação. Robert Alexy.

* Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, RJ; Mestre em Direito Público; Professora e Pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; janaina.reck@gmail.com

** Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Doutorando no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; Professor de Direito Civil, vinculado à Faculdade de Colíder (Facider); Advogado; jhonatann_duarte@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Uma análise acerca da Reprodução Humana Assistida desencadeia uma série de vetores bioéticos, que emergem numa série de conflitos jurídicos já detalhados pela literatura especializada, como já esperado. A possibilidade de controlar a própria reprodução da espécie é matéria controvertida por razões que extrapolam a religião e o mero senso comum arraigado: é questão ética de observância elementar.

A teoria dos direitos fundamentais é a primeira base solidificada que vai de encontro direto com o problema ético - e jurídico - da Reprodução Humana Assistida. Garantias constitucionais positivadas ou naturais agora passam ao centro das atenções graças à postura judicial esperada em detrimento das inúmeras possibilidades que o caso concreto apresenta sem cessar.

Após o advento da segunda guerra mundial a teoria da horizontalização dos direitos fundamentais ganhou força. Esta teoria cuida de estabelecer a série de nuances éticas e jurídicas que a Reprodução Humana Assistida avoca. A inafastável necessidade de respeito aos direitos fundamentais, agora no plano entre particulares, traz uma série de possibilidades jurídicas sobre as quais o presente estudo repousa.

Quando colocadas em análise as garantias jusfundamentais da vida e da privacidade apercebe-se que ambas não funcionam como compartimentos estanques e impassíveis de ponderação e apreciação. Como direitos fundamentais que são, podem colidir a qualquer instante, invocando a imediata aplicação das técnicas de solução de tais conflitos, onde se destaca a ponderação de Alexy.

Desta forma, o presente estudo se inicia pela análise dos conflitos de direitos fundamentais, debruçando-se sobre seus elementos informadores e respectivos conceitos, passando, num segundo momento, à análise das técnicas de solução de colisão entre as garantias constitucionais apontadas. O tópico final, por sua vez, é dedicado inteiramente ao *hard case* que enseja a realização desta pesquisa: vida

e privacidade enquanto direitos fundamentais colidentes nos contratos de doação de material genético e os possíveis desdobramentos de tal paradoxo constitucional, com a constante visualização de todos os seus elementos informadores.

2 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA PROBLEMÁTICA

Sob o amparo jurídico-dogmático, os direitos fundamentais adquirem importância sob o plano de sua violação. Não há quem pense no livre exercício jusfundamental quando na plena titularidade destas mesmas garantias, mas ineludíveis são seus mecanismos de defesa num quadro de flagrante intransigência constitucional. Assim, é acertado expor que “[...] os direitos fundamentais tornam-se relevantes somente quando ocorre uma intervenção em seu livre exercício.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 129).

Na redação de Dimoulis e Martins (2014, p. 129), “[...] o estudo dos direitos fundamentais carece de utilidade prática e de profundidade teórica enquanto se limita a reproduzir e comentar o conteúdo garantido na Constituição.” Só há relevância no aprofundamento teórico dos direitos fundamentais, de acordo com os autores apontados, quando se “[...] formula e responde a pergunta: Sob quais condições, em quais situações e quem pode restringir um direito fundamental de forma lícita?” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 130).

Para um vislumbre da importância do estudo dos direitos fundamentais duas condições tornam-se necessárias: “[...] a presença de um óbice em relação ao exercício do direito fundamental e a provocação desse óbice por norma hierarquicamente inferior à Constituição” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 130), sendo que tal óbice pode ser de origem normativa ou mero ato administrativo.

Retificação digna de destaque, é a tipificação dos conflitos que emergem do caso concreto. Tal embate entre direitos fundamentais pode ser de duas ordens: *direto* ou *de interesse geral*. O primeiro

caso exsurge entre o liame conflituoso direto entre dois direitos fundamentais - liberdade de imprensa e intimidade; vida e privacidade; etc. - e o segundo advém do embate entre uma parcela divisível ou não de indivíduos e um sujeito de direitos, como proteção ambiental *versus* atividade empresarial, segurança pública *versus* manifestações violentas, entre outras (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Um conceito que deve ser colocado em observação também, é acerca da instrumentalidade normativa dos direitos fundamentais. Iniciada pela teoria alemã e assentada no Brasil graças à obra de Steinmetz (2001) e Sarlet (2009), tal instrumentalidade pauta “[...] o exame de constitucionalidade específico e a argumentação a ele inerente, facilitando a tarefa de identificar com a maior precisão possível a extensão da violação de quais normas constitucionais.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 132).

São conceitos englobados por tal instrumentalidade: “[...] área de regulamentação, área de proteção objetiva [*status jurídico tutelado*] e área de proteção subjetiva (titular) compõem o *tipo normativo* de um direito fundamental (*Grundrechtstatbestand*).” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 132).

Sobre a *fundamentalidade* dos direitos fundamentais Archanjo (2008) traz clareza. Para a autora, a questão central antes de se desdobrar no próprio embate jusfundamental é “[...] por que os direitos fundamentais são ditos fundamentais.” (ARCHANJO, 2008, p. 155). Caminho que se aponta é em direção da teoria de Alexy, onde direitos fundamentais podem ser *formal* ou *materialmente constitucionais*, sendo os primeiros vislumbráveis como direitos dentro da moldura textual constitucional expressa, e os últimos como advindos de documentos internacionais ou do próprio sentimento de dignidade jusnaturalista, remanescendo o problema quanto a *quais* direitos teriam expressividade jusfundamental o bastante para sustentar sua própria qualidade de direito fundamental.

Considerável distinção a ser traçada é quanto à *concorrência* e *colisão* de direitos fundamentais, vez que “[...] desempenham papéis dogmáticos a serem enfrentados em momentos diferentes do exame de constitucionalidade e, portanto, muito distintos entre si.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 169). A colisão de tais direitos é analisada unicamente no instante da possível justificação de eventual intervenção do Estado, visto que uma garantia fundamental de titular de direito pode estar cerceando o livre exercício de direito fundamental atingido pela própria ação ou omissão estatal.

No exame da constitucionalidade, a concorrência de garantias jusfundamentais possui caráter prejudicial, buscando a definição do parâmetro de avaliação. “Isso ocorre quando houver concorrência entre mais de um parâmetro e, assim, o titular puder se valer de mais de um direito fundamental contra uma mesma intervenção estatal.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 169).

Reavendo a análise apartada da colisão de direitos fundamentais, aponta Archanjo (2008, p. 159) que “[...] o regime democrático por si só pressupõe esse pluralismo de interesses, consubstanciado em um texto constitucional. Essa diversidade, oriunda de múltiplas teorias e concepções de Estado e de sociedade [...] leva, inevitavelmente, ao surgimento de conflitos, de colisões de direitos.”

Steinmetz (2001, p. 139) expõe a colisão de direitos fundamentais “[...] quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular”, sendo que Dimoulis e Martins (2014) complementam tal noção apontando para o fato de que é dever jurisprudencial e doutrinário a fixação de limites que possibilitem a convivência harmônica dos direitos colidentes, independentemente da dificuldade para a obtenção da solução.

No eixo do pensamento de Bobbio, traçado por Azevedo e Gambiatti (2008), há um importante paralelo na teoria da colisão dos direitos fundamentais. Para os autores, por serem os direitos funda-

mentais um contraponto ao abuso de poder que se busca combater, não haveria que se falar em teoria tradicional dos direitos fundamentais colidentes.

Assim, “[...] se há algum conflito, não é entre direitos, mas conflitos resultantes da própria relação de poder que existe na sociedade. Nada mais é que a tensão existente no conflito entre aquele que tem fome, com aquele que detém vasto capital, ou seja, uma tensão social.” (AZEVEDO; GAMBIATTI, 2012, p. 85). A relação entre Estado e indivíduo é determinante para o detalhamento da teoria de direitos fundamentais adotada, vez que o modelo prestacionista estatal, acionado em qualquer necessidade de socorro de garantias fundamentais deve(ria) ser chamado para que “[...] intervenha e forneça condições paritárias (ao menos mais próximas) aos indivíduos.” (AZEVEDO; GAMBIATTI, 2012, p. 85).

Salomão e Marques (2014) estipulam o critério de intervenção estatal na defesa de garantias fundamentais em torno das relações sociais de poder - que no caso dos direitos fundamentais se expressam mormente no campo político - apelando ao fato de que a instância hábil a dirimir tais conflitos de participação conflituosa ou minoritária é inegavelmente o Poder Judiciário.

Este estudo pende-se, nos quadros de Reprodução Humana Assistida, num panorama de embate entre o direito à vida do indivíduo gerado pelas técnicas reprodutivas e à intimidade do doador de material gênico. Desta forma, o conflito entre os direitos fundamentais apontados - vida e intimidade (genética) - sedimentam toda a discussão que ora se propõe.

A já citada ausência de regulamentação de determinadas práticas de Reprodução Humana Assistida não significa a omissão final dos poderes republicanos, esclarece Ahmad (2009). Pelo contrário, vê a autora o fato da eventual colisão de direitos fundamentais que o aporte reprodutivo assistido traz à tona ser justificativa razoável para a invocação de teorias resolutivas de tais direitos colidentes. Desta

feita, a ponderação e outros meios de solução de embates jusfundamentais revelam “[...] uma clara prevalência valorativa dos interesses tutelados pela Constituição Federal, de forma a harmonizá-los nas circunstâncias da situação concreta, evitando o sacrifício completo de uns em detrimento dos outros.” (AHMAD, 2009, p. 123).

Faz-se essencial, assim, a existência de um caso concreto para que a teoria constitucional se debruce. Não é possível, diante de tal contexto lacunoso de regulamentação legislativa, almejar a invocação da teoria da ponderação dos direitos fundamentais no cenário da Reprodução Humana Assistida sem a efetiva existência de um caso factível de direitos fundamentais em risco. É apenas através do risco tangível que a teoria adquire importância, consoante a cristalina opção da Constituição pelo justo equilíbrio em todas as suas vertentes e hipóteses, conforme se faz ver nos tópicos a seguir.

3 A PONDERAÇÃO EM ALEXY: UMA TEORIA PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Gorzoni (2009), a análise da colisão de direitos fundamentais envolve a necessária distinção entre *princípios* e *regras* eventualmente colidentes. Para a autora, incorporando o pensamento de Alexy, um conflito de regras só pode ser resolvido apelando à criação de exceção de uma delas ou por meio de declaração de invalidade, também de uma delas. Por sua vez, um conflito entre princípios é necessariamente resolvido através da cessão de um perante o outro. “Entretanto, isso não significa que exista a declaração de invalidade de um princípio. Diante de certas circunstâncias do caso concreto, um princípio precede o outro. A dimensão a ser avaliada não é de validade, mas sim de peso de cada princípio.” (GORZONI, 2009, p. 274).

Quando os direitos fundamentais estão ao lado dos mandamentos de otimização judicial que são os princípios, tal proximidade “[...] implica a máxima de proporcionalidade, com suas três máximas

parciais - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.” (GORZONI, 2009, p. 274). Tal noção de proporcionalidade encontra sua origem histórica no Tribunal Constitucional Federal alemão, que chegou até mesmo a expor o fato de que “[...] embora não positivada no texto constitucional, possui [*a proporcionalidade*] *status* constitucional.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 179).

Dimoulis e Martins (2014, p. 181) apelam à consistência filosófica da origem da proporcionalidade na jurisprudência, apontando que “[...] muito tempo e esforço foram despendidos com a insistência na tese de que o texto constitucional relativo aos direitos fundamentais ofereceria um sistema de valores que deveriam ser respeitados e que permitiriam hierarquizar e quantificar os direitos fundamentais”, sendo tal procedimento com base no valor abstrato ou demonstrado no caso em tela. Tal tese foi diretamente responsável pelo fortalecimento da proporcionalidade em sentido estrito, que mais tarde passou a predominar a teoria do conflito de direitos fundamentais.

Abaixo estão discorridos os respectivos subprincípios que Briancini (2007) explana acerca do fato de que a ponderação engloba a própria proporcionalidade. Para a autora, o início da proporcionalidade enquanto mecanismo de solução de conflitos jusfundamentais no plano fático surge na transição do Estado de Polícia da monarquia para o Estado de Direito, sendo que sua primeira aparição foi no Direito Administrativo enquanto critério de proporcionalidade das penas e de evolução da legalidade.

O cenário de efetiva aplicabilidade da proporcionalidade nos direitos fundamentais veio após a Segunda Guerra Mundial. O núcleo essencial dos direitos fundamentais - *Wesensgehaltsgarantie* - passou a ser protegido em virtude dos desmandos da legalidade por si só, prova cabal de que a ausência de proteção de direitos fundamentais em espécie era chancela para sua violação (BRIANCINI, 2007).

Mastrodi (2014) enfatiza, previamente aos desdobramentos da teoria de Alexy, o fato de que não coube ao jurista alemão *criar* a

teoria da proporcionalidade dos direitos fundamentais, mas sim conferir critérios objetivos de apuração da aplicabilidade - ou não - de tal diretiva. O grande mérito de Alexy foi, afinal, a possibilidade de prevalência de direitos fundamentais sociais sobre os individuais, hipótese aparentemente impossível até então.

O princípio da proporcionalidade é traçado por Schlink como característico da transição do Estado de direito clássico do século XIX para o contemporâneo, Estado democrático, constitucional e de prestações positivas, com a transmutação da exigência de reserva legal em “[...] exigência da reserva de lei proporcional.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 180). Ponto de transição importante foi a tomada pela questão da proporcionalidade pelo viés judicial, não meramente legislativo, deixando ela de ser vista como critério de equilíbrio normativo e passando a ser verdadeira tarefa do intérprete.

O ano de 1993 é apontado por Campos (2004) como o marco jurisprudencial de reconhecimento do princípio da proporcionalidade no ordenamento constitucional brasileiro. Foi em tal data que o STF finalmente reconheceu a existência e aplicabilidade de tal axioma. Sem prejuízo do exposto, o princípio da proporcionalidade em seu âmago meramente semântico-gramatical pode ser traduzido como se ordenasse “[...] que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deva ser proporcional, não-excessiva. Deve haver uma relação adequada entre eles.” (CAMPOS, 2004, p. 27).

O princípio da proporcionalidade hoje se encontra sob o jugo do Judiciário pelo fato de que “[...] as demandas sociais e as complexidades dos problemas aumentaram demasiadamente, alcançando um grau de detalhamento e especialização que o legislador não conseguiu prever e, tampouco, acompanhar e dar uma resposta imediata e adequada.” (RECKZIEGEL; FREITAS, 2014, p. 697). Indo ao encontro do exposto, também há de se citar, ainda na esteira de Reckziegel e Freitas (2014) o fato de que com o advento da Teoria Pura do Direito, a busca pelo legislador da tratativa de situações hipotéticas fundadas

na norma jurídica superior - a *Grundnorm* - o deixou (in)conscientemente alheio às complexidades de assuntos ainda no campo da hipótese.

Campos (2004, p. 28) sintetiza a Teoria da Ponderação, gênero da proporcionalidade que até então se expõe, na medida em que “[...] quando se tem direitos fundamentais em conflito perante um caso concreto, é necessário que sofram eles uma ponderação em razão do bem ou do valor que se pretende tutelar naquele caso específico. É necessária a constante busca da harmonia entre direitos [...]”, de maneira que se propõe a ponderação a buscar tal fim.

Na possibilidade de colisão jusfundamental, a solução apontada por Reckziegel (2006, p. 88) “[...] consiste em, considerando as circunstâncias do caso, se estabelecer entre os princípios uma relação de procedência condicionada. Ou seja, no caso de colisão os princípios precisam ser ‘pesados’ para que um ceda ante o outro.” Para a autora, tal relação de ponderação criada por Alexy surge em virtude da já apontada impossibilidade de se remover um princípio da ordem jurídica, bem como excepcioná-lo.

Continuando os subprincípios da proporcionalidade - *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito* - vê-se que o último

[...] é a ponderação determinante do grau de realizabilidade ou satisfação dos princípios no caso concreto, com relação as possibilidades jurídicas. Enquanto a máxima da necessidade e da adequação segue o caráter dos princípios como mandamentos de otimização em relação às possibilidades fáticas. (RECKZIEGEL, 2006, p. 90).

Campos (2004), nesta mesma senda, sintetiza a interconexão entre os três subprincípios aludidos apontando que o princípio da proporcionalidade - e, conseqüentemente, a *ponderação* - se concretiza

[...] através um juízo de adequação da medida adotada [...]; através de uma reduzida interferência sobre direitos fundamentais individuais, limitando-se ao estritamente necessário para atingir a finalidade que a justifica; e, através de uma justa medida de ponderação de interesses ao caso concreto. (CAMPOS, 2004, p. 29).

Em síntese, é acertado mencionar que “[...] para Alexy, enquanto o conflito entre regras deve ser solucionado na *dimensão da validade*, a colisão entre princípios deve ser resolvida na *dimensão do peso*.” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 162, grifo do autor). Nas palavras do próprio Alexy (2008, p. 193), “[...] as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.”

Bessa (2005) traz à baila o fato da heterogeneidade de direitos fundamentais ser facilmente percebida, diante do conteúdo de carga valorativa aberta e variável conforme o caso concreto ou axiomas constitucionalmente protegidos. Assim, no caso de aparente conflito dessas complexas estruturas jurídicas, vê-se como primeiro passo lógico a mensuração do âmbito de proteção do direito fundamental, tratando-se “[...] de parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto da proteção da garantia fundamental.” (BESSA, 2005, p. 4).

Ainda em conformidade com Bessa, a delimitação do âmbito de proteção do direito fundamental se deve ao fato de que a interpretação meramente literal do direito que se apresenta pode fazer confundir o intérprete, já que “[...] pode fazer crer protegida certa situação, que na verdade foge ao real âmbito de proteção deste direito.” (BESSA, 2005, p. 4). Neste desiderato, a teoria liberal implica na constante defesa dos direitos fundamentais enquanto mecanismo de proteção do indivíduo em face do Estado, sendo esta a única premissa aparentemente inalterada de todo o silogismo jusfundamental.

Vencida a questão do efetivo campo de proteção do direito, seria acertado expor que muitos dos então conflitos se dissolveriam sob o espectro de conflitos *aparentes* de direitos, uma vez que “[...] a colisão não ocorre, mas uma simples aparência de conflito de normas veiculadoras de direitos fundamentais, sanável pela fixação dos âmbitos de proteção de ambos, a fim de que não mais se interpenetrem.”¹ (BESSA, 2005, p. 6).

Mesmo após tal delimitação de incidência e proteção, caso ainda haja a possibilidade de se falar de conflito entre direitos fundamentais, verifica-se verdadeira colisão de direitos fundamentais.

Neste caso, pode tal colisão se subdividir entre colisões em sentido *amplo* e colisões em sentido *estrito*. As colisões em sentido amplo avocam o embate de garantia fundamental com outros valores protegidos pela Constituição. As colisões em sentido estrito, em que pesem também poder serem divididos em inúmeras escalas, são comumente repartidos na ordem apontada por Bessa: a primeira divisão existente, se dá entre direitos fundamentais idênticos e direitos fundamentais diferentes. Neste sentido, dentre os primeiros, pode-se observar: colisão de direitos fundamentais de defesa; colisão de direito fundamental de defesa com direito de proteção; colisão dos caracteres negativo e positivo de um mesmo direito; colisão entre o aspecto e o fático de um determinado direito (BESSA, 2005, p. 7).

Se os conflitos entre direitos fundamentais “[...] são idênticos aos conflitos entre princípios” (BESSA, 2005, p. 7), faz sentido a percepção de que a primeira chancela para a correta mensuração acerca se tratar ou não de conflito jusfundamental é justamente a aplicabilidade ou não do efetivo campo de proteção do direito, já

¹ Exemplo fornecido por Bessa (2005) é no sentido de divulgação de ideias racistas sob a suposta proteção do direito à liberdade de expressão. Para o autor, não se trataria de efetivo conflito entre a dignidade da pessoa humana e à liberdade citada, já que esta última não compreende a divulgação de um ideário que destoe da diretiva constitucional de valores.

que “[...] devidamente superada a fase de observância dos âmbitos de proteção dos direitos envolvidos, resta a constatação de que se formou uma autêntica colisão de direitos fundamentais.” (BESSA, 2005, p. 7).

É recobrada por Bessa (2005) a questão de que na tratativa para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, em que pese a inaplicabilidade de métodos hermenêuticos clássicos, é importante manter em vista o fato de que o direito eventualmente precedido por outro não deixará de fazer parte do ordenamento jurídico fundamental, mas apenas cederá espaço naquele caso concreto e em outros de igual facticidade. Em apertada síntese, “[...] deve haver um sopesamento dos interesses envolvidos no caso controvertido, a fim de que seja fixado qual princípio deve ter prevalência sobre aquele outro que se põe em oposição aos seus preceitos. Trata-se, da aplicação de critérios de justiça prática.” (BESSA, 2005, p. 8).

Frisando a falta de *absolutismos* principiológicos, Cunha Júnior (2012) ressalta o fato de que o mesmo princípio - ou direito fundamental - que *cedeu* em situação anterior pode vir a ser prevalente em novo caso concreto. Assim, “[...] tudo dependerá do *sopesamento* que deve ser feito entre os interesses ou bens jurídicos tutelados pelos princípios em colisão, para, avaliando as condições do caso concreto, aferir-se qual dos princípios em colisão tem maior peso [...]” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 162, grifo do autor).

Circunstância final da ponderação é o fato de garantir uniformidade decisória e previsibilidade das conseqüências advindas nos conflitos de direitos, conferindo objetividade aos critérios ponderadores a fim de evitar a subjetividade. Os parâmetros da ponderação não são, contudo, rígidos ou imutáveis, sendo, sem verdade, flexíveis enquanto instrumentos de balizamento constitucional (BESSA, 2005).

Os princípios da unidade da Constituição - com prolação de decisão sempre atinente à sistematicidade da mesma -, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana também são consectários

utilizados a fim de proferir decisão conforme a essência dos valores constitucionais. Assim, “[...] seguindo estes parâmetros, será possível delinear-se certa uniformidade das decisões envolvendo colisões de direitos fundamentais, em benefício da unidade e coerência do sistema; da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.” (BESSA, 2005, p. 18). Balizando tal decisão sempre pela ponderação, mas devendo sempre estar consciente de sua própria integração axiológica, os direitos fundamentais adquirem carga mais sólida e objetiva.

4 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UM CONFLITO ENTRE VIDA E INTIMIDADE (GENÉTICA)

A conceituação de pactos positivados na recente ordem econômica, vem à tona pelos contratos de Reprodução Humana Assistida. Se, conforme aponta Padilha (2014), o abuso econômico é prática recorrente graças aos desníveis da distribuição econômica, em alguns contratos - como nos apontados no momento - o objetivo primeiro é, sim, o equilíbrio entre interesses e obtenção de finalidades em comum.

Fachin e Mendes (2012, p. 20) bem frisam que “[...] o contrato deixa de ter como escopo apenas tutelar os interesses egoísticos dos contratantes, devendo contar com um perfil instrumental de promoção da Dignidade da Pessoa Humana e da prosperidade social”, sendo que a própria reprodução assistida desvela tal faceta de concatenação objetivando o máximo respeito aos direitos fundamentais e liberdade de contratação.

Urge lembrar que os contratos redigidos sob a égide da novel ordem financeira apontada não são, contudo, alheios aos ditames constitucionais vigentes. Assim, “[...] nessa nova sociedade mundial que fez do contrato a sua norma jurídica mais relevante, cumpre ao intérprete e ao julgador realizar uma interpretação das normas de direito privado por meio de um diálogo com a Constituição do Brasil de

1988.” (PADILHA, 2014, p. 108-9). A resposta do contrato à sua própria função social é a própria linha de condução do seu estudo, inseridos, por óbvio, os próprios instrumentos de Reprodução Humana Assistida.

Precedente à análise do conflito dos direitos fundamentais que se propõe o corrente estudo a explicar, urge a observância ao princípio da igualdade nas relações contratuais entre particulares, vez que “[...] cada pessoa possui a faculdade de escolher e fazer distinções de tratamento na celebração de contratos, na esfera privada, segundo as suas convicções, estilo de vida, posições ideológicas, etc.” (PADILHA, 2014, p. 109). Nesta toada, a relação entre a equidade contratual e o funcionamento jusfundamental do próprio contrato sedimentam o funcionamento da negociação.

Padilha (2014) afixa um limite importante, que se apercebe do fato de que a liberdade de contratar, cingida pela própria igualdade, limita-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, sendo este o maior instrumento de barreira para a análise interpretativa contratual. Dentro da reprodução assistida, onde a escolha do doador do material genético atende exclusivamente ao bel-prazer do receptor, não se poderia falar em discriminação ou redução da dignidade humana do doador, vez que insta existir “[...] uma justificativa relevante para a diferenciação [...]” (PADILHA, 2014, p. 111), sendo tal justificativa, neste caso, a própria natureza do contrato discutido, que almeja o livre planejamento familiar sem a interferência do Estado.²

Pela própria noção de reprodução assistida disciplinada por instrumento *paritário* - ou seja, com cláusulas livremente pactuadas

² Questão passível de discussão, contudo, é acerca do fato dos contratos de Reprodução Humana Assistida se constituírem em verdadeiro contrato de adesão ou instrumento paritário. Ao se asseverar que se constituem como contratos de adesão, as cláusulas padronizadas e imutáveis para o doador levantam uma válida discussão acerca do desequilíbrio econômico e jurídico do contrato, merecendo tal questão aprofundamento em trabalho específico.

e discutíveis - há de se estabelecer o conflito que ora se propõe a estudar, qual seja, o embate entre vida e intimidade genética nos contratos de Reprodução Humana Assistida.

Pouca contribuição encontra-se na definição de vida e intimidade, enquanto noções estanques de direito constitucional, para o objetivo ora proposto. A correlação de ambas, contudo, objetivando não só a concessão de *vida*, mas de *vida digna*, desvela as nuances ora almejadas. A questão paradoxal ora levantada é, portanto, a resposta ao conflito entre vida e intimidade num cenário contratual de reprodução assistida.

Sabendo-se que o indivíduo que doa seu material genético para posterior utilização por outrem é plenamente protegido em sua intimidade - ou seja, sabe que sua identidade não será revelada e nenhuma consequência patrimonial ou filial terá a prole gerada - questiona-se o caso de eventual necessidade de revelação da identidade do doador a fim de possibilitar a doação de material biológico necessário ante o iminente risco de morte do indivíduo criado através de tais técnicas de reprodução assistida.

Ainda que Padilha (2014, p. 115) traga observação que “[...] a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado não deve ocorrer de modo indiscriminado, pois isto poderia trazer sérios riscos à autonomia privada, princípio este fundamental ao direito contratual”, nenhuma construção teórica é apta a afastar tal incidência jusfundamental no campo ora exposto, vez que se trata de bem fundamental de ordem eminentemente pública e transcendente: a vida humana.

Conforme exposto linhas acima, a ausência de regulamentação legislativa da Reprodução Humana Assistida no Brasil dá azo a uma série de desdobramentos judiciais e contratuais e tal prática, com os respectivos questionamentos já apontados no momento específico. Contudo, o caso sob o qual ora se desdobra a corrente análise revela faceta verdadeiramente inédita no debate contratual erigido.

Embora possa parecer uma resposta óbvia e lógica - com a vida imediatamente posta em primeiro lugar em detrimento da intimidade genética -, ainda assim, as consequências de tal decisão afastam de plano a obviedade da pretensa resposta, visto que “[...] resta claro que a exclusão de cláusulas contratuais, sob a invocação dos direitos fundamentais, sem quaisquer parâmetros ou limites técnicos, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica.” (PADILHA, 2014, p. 116).

Tem-se a causa mor da aludida (in)segurança jurídica exposta por Grau (2001): o liame objetivo ou subjetivo da relação contratual faz surgir uma justa situação de segurança e certeza entre as partes. O autor aponta, ainda, o fato de que os contratantes, ao crerem no fato de que a vinculação final lhes será de considerável valia, fazem por crer, também, no cumprimento estrito do contrato, bem como em meios jurídicos para a execução da avença.

Insuperável insegurança jurídica contratual é demonstrada com uma inesperada necessidade de revelação da identidade do doador, podendo, assim, afastar futuros doadores, além de interferir na insegurança jurídica reflexa em outros contratos congêneres, vez que a tutela jurisdicional seria inegavelmente propensa a assistir o receptor. Há de se asseverar, contudo, que não se pretende, na esteira de Padilha (2014, p. 117), “[...] impor uma interpretação meramente econômica ou pecuniária da relação contratual, mas tão somente advertir que não se pode desconsiderar a tutela do crédito nos contratos”, ainda que tal crédito seja de ordem eminentemente psicológica - a sondável certeza da condução contratual.

Contudo, há de se lembrar que em virtude da relação estabelecida pelo princípio da legalidade,³ o doador de material ge-

³ Tal princípio se encontra insculpido no art. 5º, II da Constituição Federal, que versa: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País

nético, ainda que venha a ter sua identidade revelada a fim de possibilitar sua localização para cessão de materiais biológicos para o receptor - como medula óssea, tecido de órgãos, sangue, etc. - não será obrigado necessariamente a fornecê-los, sendo tal revelação de cunho de probabilidade para o receptor que se vê carente de tal item para a prole gestada.

Por outro lado, o direito à vida, revela a suprema proteção do Estado em dúplice face: a não intervenção do ente supra-individual na livre condução vivencial e o acautelamento do acesso a todos os mecanismos possíveis - processuais ou não - à livre defesa e manutenção da vida, visto que enquanto direito fundamental de primeira grandeza, a vida, acompanhada da liberdade, igualdade e dignidade, desvela verdadeiro objetivo do convívio em sociedade e sob o jugo do Estado.

Neste mesmo sentido, é cabível a compreensão de que

[...] tratando-se de direito fundamental à saúde e à vida, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas deve ser imediata, sob pena de tornar-se inócuo o fim maior do contrato celebrado [...]. Nesse sentido, o julgador não deve se ater unicamente à declaração do direito [...] (PADILHA, 2014, p. 126).

É perceptível, desta feita, de que o equacionamento da colisão entre os direitos fundamentais de vida e intimidade genética leva em consideração:

a) o afastamento da prevalência da vida enquanto resposta lógica com base na teoria da ponderação de Alexy;

a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

- b) a delimitação da segurança jurídica enquanto instituto de reforço aos termos contratuais - ou seja, a certeza do doador na linearidade contratual com proteção de seu anonimato;
- c) a concatenação dos próprios objetivos dos direitos fundamentais - a construção da vida com liberdade, igualdade e dignidade, em suma - como tentativa de dissolução do conflito jusfundamental.

A suposta invocação de que um instrumento normativo sob o crivo do Congresso Nacional fosse ser apto a dar as respostas almejadas, em que pese carregar certa razão, não é de todo acertada. Mesmo se ulterior lei viesse a ditar a possibilidade de quebra do sigilo do doador sob o válido pretexto da efetividade do direito ao conhecimento da ascendência genética, questionável seria eventual vinculação legal do doador ao fornecimento de material fisiológico a fim de proteger a vida do indivíduo gerado a partir de sua doação, isto porque “[...] repudiam-se os modelos e as teorias fechadas, pois somente a análise do caso concreto é que poderá auxiliar na busca de uma melhor solução, em um trabalho de interpretação em que deverão concorrer vários outros elementos.”⁴ (PADILHA, 2014, p. 134).

Padilha (2014) destaca a nova tendência de interpretação contratual do Judiciário brasileiro como voltada à persecução da dignidade humana, da boa-fé objetiva, dos valores não-patrimoniais e da função social do contrato, trazendo à baila o fato de que o próprio deslocamentos dos conflitos de direitos fundamentais somente

⁴ Neste mesmo sentido, frisa-se uma eventual crise de constitucionalidade de eventual dispositivo que disponha no sentido apontado - de obrigatoriedade de fornecimento de material biológico posterior - com vistas no desvirtuamento da natureza contratual da Reprodução Humana Assistida e do próprio princípio da legalidade, com imediata ascensão da proteção à integridade física do doador. Percebe-se, em síntese, que um compartimento legislativo estanque não é resposta hábil ao conflito jusfundamental que ora se expõe.

exsurge numa abertura normativa que seja subjetiva o bastante para não ser enclausurada em mera relação obrigacional sedimentada num contrato.

A ponderação, enquanto técnica jurisprudencial e doutrinariamente adotada para a solução dos conflitos que ora se expõe, traz consigo ampla discricionariedade judicial - que não pode, sob pena de violação insuperável do próprio sistema constitucional-normativo, ser pautada em concepções *pessoais* do julgador - sendo que tal discricionariedade implica em processo argumentativo, por meio do qual “[...] o julgador deve demonstrar de maneira racional, apresentando elementos de ordem jurídica [...] que a sua decisão é adequada à vontade constitucional. Eis o que se espera em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.” (PADILHA, 2014, p. 120).

Como expõe Barroso e Barcellos ([s.d]), e também foi discutido no item anterior, a técnica ponderativa limita-se em três momentos:

- a) a detecção das normas existentes no sistema e que reclamam aplicação no caso;
- b) o exame dos fatos e circunstâncias concretas;
- c) a elaboração de decisão com concatenação da substancialidade das normas e repercussão dos fatos.

O conteúdo versado em linhas acima esclarece que a detecção das normas é de ordem eminentemente jusfundamental - vida e intimidade (genética). A substancialidade de tais valores remonta o próprio liame jurídico que embasa o conflito ora apontado, com vida e intimidade genética possuindo ampla aplicabilidade e fundamentos axiológicos. O exame dos fatos, por sua vez, reclama o embate - na qualidade de *hard case* - da prevalência de um ou outro direito fundamental no caso de indivíduo gerado por técnicas de Reprodução Humana Assistida carecer de material biológico do doador de sêmen/

óvulos, infringindo o anonimato contratual a fim de preservar a própria existência. Por fim, a elaboração de tal decisão com base na ponderação de direitos é a fundação do corrente estudo.

Tendo a segurança jurídica como elemento primordial para o funcionamento do próprio Estado democrático, urge observar que o livre acesso do indivíduo a todos os meios possíveis para a defesa da própria vida também é prerrogativa estatal com fulcro jusnaturalista e atualmente positivada no rol de garantias fundamentais. A situação de aparente - e verdadeira - complexidade encontra desdobramentos não só na própria vida que se quer defender, mas nos nuances de dignidade, legalidade e autonomia privada. Se de um lado se tem a necessidade de defender a segurança jurídica contratual sob o risco de se mitigar o próprio funcionamento do Estado, noutra banda se vê o mais singelo e imutável objetivo estatal: a defesa da vida humana.

Alongando-se nos instrumentos de direito comparado levados a cabo, vê-se a imensa opção legislativa alienígena pela divulgação do doador de material genético a fim de assegurar o conhecimento do indivíduo de quem lhe ajudou a criar - ainda que apenas biologicamente. Mitigar tal hipótese parece ser improvável, quiçá impossível, ante a flagrante opção pelos direitos fundamentais do terceiro alheio à relação contratual; o filho. Vencer a questão acerca da divulgação ou não do nome, ainda que seja tema de inegável aporte no estudo que ora se conduz, pouco contribui quanto à crise de legalidade na obrigatoriedade de fornecimento de material biológico pelo doador.

Imbuir mecanismo coercitivo por vias jurisdicionais a fim de determinar a extração de medula óssea, sangue ou qualquer outro tecido ou fluido corporal do doador viola não só o princípio da legalidade e a dignidade da pessoa humana, mas também desvirtua a natureza contratual dos instrumentos de reprodução assistida, vez que não se trata tal avença de constituição de vínculo *familiar* entre mero doador de material genético e o indivíduo produto direto das técnicas conceptivas artificiais. Há de se expor que o livre planeja-

mento familiar, cuida-se, de fato, de direito/obrigação pertencente única e exclusivamente aos *receptores* de tal material, sendo ilógica a tentativa de envolver o doador em tal liame subjetivo.

Quando tem-se a proteção à vida em todas as suas formas como objetivo inafastável da ordem republicana constitucional, hipoteticamente, vê-se que é possível a divulgação da identidade do doador de material genético a fim de conceder *tentativa* de fornecimento de ulterior material biológico, mas impossível é, sob a égide da Constituição garantista em que se vive, a coerção judicial do receptor para que forneça, por exemplo, medula óssea a indivíduo submetido a tratamento oncológico e que seja fruto de seu sêmen ou óvulo, ou pedaço de tecido ou órgão para este mesmo sujeito. A ponderação, desta forma, embora sirva para diminuir a aplicabilidade de um ou outro direito, não se presta a extirpar o mesmo do ordenamento jurídico, ou negar-lhe vigência geral, mas apenas a forçar inevitável relação de coexistência em casos que clamam pela aplicabilidade una.

No desenlace, percebe-se que ao evitar a formação de vínculo familiar entre doador e o indivíduo gerado por seu material genético, as técnicas de Reprodução Humana Assistidas, ainda que fragilmente disciplinadas por resolução do Conselho Federal de Medicina desvelam sua face eminentemente contratual a fim de garantir a existência digna e feliz de família ou sujeito incapaz de gerar um filho sozinho, seja por razões meramente fisiológicas ou afetivas. Ao garantir o livre planejamento familiar, o texto constitucional e a natureza contratual da reprodução assistida vinculam o terceiro doador em mera relação de consumo - um objeto respeitado em sua dignidade, mas que ainda assim serve aos interesses eudemonistas de outrem.

O subsequente surgimento de moléstia que force a aproximação entre produto das técnicas reprodutivas e um de seus realizadores não tem o condão de afastar tal natureza contratual e constitucionalmente construída, ainda que possa mitigá-la na eventual

revelação da identidade do doador, como também poderia sob o simples crivo do direito ao conhecimento da ascendência familiar - neste caso, meramente genética - sendo que a prevalência da integridade física do doador não revela faceta constitucional fria ou inconsciente de seus dependentes, mas verdadeira barreira jusfundamental e criticamente construída, objetivo elementar da própria ordem jurídica existente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Eleva-se como paradoxo pós-moderno de contornos técnico-científicos o processo de Reprodução Humana Assistida. A possibilidade de controle sobre os próprios mecanismos de reprodução acalenta mais do que sonho da humanidade, mas também traz consigo uma série de vetores bioéticos dos quais o direito não pode se eximir de posicionamentos. É dentro de tal quadro de complexidade social que os direitos fundamentais - e sua necessidade de equilíbrio - emergem como respostas lógicas.

Como discorrido acima, a teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais adquire enorme relevo após o contexto da Segunda Guerra Mundial, o que demonstra a eminente necessidade de concatenação de objetivos comuns de relações privadas dentro do complexo cenário do direito público. O respeito - que aqui quase beira a observância obrigatória conferida pelo critério da aplicabilidade (i)mediata dos direitos fundamentais - às garantias constitucionais elementares traz à tona uma série de questionamentos sobre a validade e a ponderação de tais relações jurídicas.

A observação ao anonimato, tanto do doador de material genético quanto de seu receptor, enquanto base para o funcionamento de tal relação essencialmente contratual, agora adquire contornos de paradoxo jusfundamental. A eventual necessidade de revelação da identidade de um ou de ambos os polos de tal relação jurídico-

-contratual para que outro direito fundamental seja respeitado traz à tona a cartela de princípios constitucionais sistemáticos que orientam tais situações conflituosas e paradoxais. A ponderação, aqui, mais uma vez deve ser detida e em consonância com a complexidade do caso concreto apresentado.

Finalmente, não há prevalência deste ou daquele direito fundamental dentro da ordem jurídica, mas, sim, a constante lembrança da impossibilidade de absolutismos em matéria de liberdades intersubjetivas, pois o próprio quadro da Reprodução Humana Assistida emerge dentro da relativização de várias destas mesmas liberdades. O que urge, então, é a rememoração de que a ordem constitucional não prega valores imutáveis e intangíveis, mas a concatenação e o justo equilíbrio, aqui sempre analisados dentro do fulcro da ponderação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARCHANJO, Daniela Resende. O princípio da proporcionalidade na solução de colisões de direitos fundamentais. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 151-168, jul./dez. 2008.

AZEVEDO, Eduardo Pianalto de; GAMBIATTI, Daniel Albherto. Estudos sobre concorrência e colisões de direitos fundamentais. *Unoesc & Ciência - ACSA*, Joaçaba, v. 3, n. 1, p. 79-88, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015.

BESSA, Leandro Sousa. Colisões de Direitos Fundamentais: propostas de solução. In: CONPEDI, 14., 2005, Cuiabá. *Anais...* Cuiabá, 2005.

BRIANCINI, Valkiria. *Colisão de Direitos Fundamentais e Aplicação do Princípio da Proporcionalidade nas Relações de Trabalho*. 2007. 96 p. Dissertação (Mestrado Em Direito)-Universidade de Caxias do Sul: Caxias do Sul, 2007.

CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da Proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico*, v. 4, n. 1, p. 23-32, 2004.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FACHIN, Zulmar; MENDES, Leonardo Ferreira. Abertura sistêmica do direito civil contratual como promoção da democracia. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 9-24, jul. 2012.

GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra. *Novos Estudos - CE-BRAP*, São Paulo, n. 85, p. 273-279, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista FGV Direito Rio*, Rio de Janeiro, 2001.

MASTRODI, Josué. Ponderação de direitos e proporcionalidade de decisões judiciais. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 10, p. 577-595, jul./dez. 2014.

PADILHA, Elisângela. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações contratuais entre particulares*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

RECKZIEGEL, Janaína. *A responsabilidade civil do Estado frente às limitações ao direito de propriedade nas áreas de preservação permanente às margens dos rios urbanos*. 2006. 138 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público)-Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2006.

RECKZIEGEL, Janaína; FREITAS, Riva Sobrado de. Limites e abusos de interpretação do Supremo Tribunal Federal no caso ADPF 54 (aborto de anencéfalos): análise crítica a partir de Habermas e Streck. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 693-720, set./dez. 2014.

SALOMÃO, Kátia R.; MARQUES, Douglas Maranhão. Dificuldades Contramajoritárias: Critérios Legitimadores da Jurisdição Constitucional. *E-Civitas*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, dez. 2014. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1322/758>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO: REPOSICIONAMENTO NA TEORIA DE ROBERT ALEXY, COMO MECANISMO DE MANUTENÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM FACE DAS ATRIBUIÇÕES CONFERIDAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Hélio Silvio Ourém Campos*
Lucas Sampaio Muniz da Cunha**

RESUMO

O presente estudo tem como escopo demonstrar a legitimação conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao Ministério Público para que este intervenha nos processos em caso de admissão de provas ilícitas. A importância deste tema decorre de uma nova tendência doutrinária de se propor a utilização do método da proporcionalidade para que sejam aceitas, no processo, provas obtidas por meio de violação do ordenamento jurídico. Demonstram-se, aqui, as intensas relações entre o devido processo legal, as bases democráticas, o Estado de Direito e a proibição de provas ilícitas no processo. Argumenta-se que, contrariamente ao que diversos autores defendem, a admissão de uma prova ilícita não viola apenas um direito privado da parte oposta àquela que juntou a prova, mas viola um interesse difuso, restando ao Ministério Público, como instituição legitimada à proteção dos interesses difusos, intervir no processo, caso a prova ilícita seja admitida. Foram utilizadas, neste trabalho, através do método dedutivo, com revisão bibliográfica, bases teóricas da Filosofia do Direito, do Direito Constitucional e do Direito Processual. Neste sentido, será

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Doutor pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa; Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco; Juiz Federal; Rua Imperador Pedro Segundo, 221, Santo Antônio, 50010-240, Recife, Pernambuco, Brasil; grupo6vf@gmail.com

** Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; vania.souza@jfpe.jus.br

demonstrado, por meio de uma análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, que a admissão de provas ilícitas na instrução processual ofende direitos difusos e legitima a intervenção do *Parquet*, como *custos legis*, na relação processual.

Palavras-chave: Prova ilícita. Ministério Público. Democracia. Interesses Difusos.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo trata da legitimação do Ministério Público para intervir em uma relação jurídica processual quando for verificada, em seu curso, a admissão de uma prova ilícita. Serão dois os pontos principais do texto: primeiramente, ocorrerá a desconstrução da visão de que a proibição da prova ilícita é um princípio processual e, posteriormente, tal proibição será enquadrada como um interesse de toda a sociedade, sendo, portanto, um interesse difuso.

Para demonstrar a possibilidade jurídica de intervenção do *Parquet* na relação jurídica processual, quando nela forem aceitas provas ilícitas, será utilizado o método dedutivo com revisão bibliográfica. Inicialmente, faz-se um estudo sobre as provas ilícitas e suas diferenças em relação às provas meramente ilegítimas. Num segundo momento, ressaltam-se a compulsoriedade e o mérito da não aceitação das provas ilícitas por meio de um reposicionamento, na teoria de Robert Alexy sobre Regras e Princípios, da norma constitucional que trata da inadmissão das provas ilícitas. São feitas, também, considerações que relacionam o referido dispositivo constitucional e o Estado Democrático no Brasil. Posteriormente, o requisito da licitude da prova para sua admissão no processo será caracterizado como um interesse difuso, de modo que sua violação enseja, indubitavelmente, a intervenção do Ministério Público, instituição que, na ordem constitucional brasileira, recebeu a atribuição de proteger a ordem jurídica e o regime democrático. Por fim, toda a argumentação pre-

sente ao longo deste estudo será corroborada através de uma análise de julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

A problemática central do texto surge com uma nova tendência no direito brasileiro de se propor a utilização do método interpretativo da proporcionalidade para que se admita ou não uma prova obtida por meios ilícitos em um processo. Deste modo, a admissibilidade da prova é aferida *a posteriori*, após um sopesamento entre os valores dos bens atingidos pela suposta lesão ao direito em discussão no processo e os valores dos bens jurídicos violados pela forma ilícita de obtenção da prova (CARNAÚBA, 2000, p. 93).

Tal proposta decorre da errônea visão de que o inciso LVI do artigo 5.º da Constituição Federal (1988), que trata da inadmissão, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, é um princípio processual, e não uma regra cogente.

Ademais, os defensores da admissibilidade de provas ilícitas no processo tendem a fazê-lo por considerarem um conflito de bens entre o direito lesado em litígio, de um lado, e o direito à privacidade da parte ou o direito violado para a produção da prova, de outro. Mostrar-se-á, neste trabalho, que a inadmissibilidade de provas ilícitas é regra que visa proteger não apenas o direito à intimidade, mas também o princípio democrático do devido processo legal. A rejeição de provas obtidas por meios ilícitos é, desta forma, corolário próprio de um Estado Democrático de Direito.

Adotando como premissa basilar o caráter publicista do processo, tendo em vista o amplo interesse social na resolução de conflitos e na obediência à lei, o objetivo precípua do presente estudo é, após demonstrar a íntima relação entre a inadmissibilidade de provas ilícitas e o fortalecimento da democracia brasileira, ressaltar a importância do Ministério Público na garantia do devido processo legal para todos que sejam autores ou réus numa relação jurídica processual no Brasil. A legitimidade desta instituição para que intervenha nos processos em que haja admissão de prova ilícita será dogmatica-

mente demonstrada, através da análise de dispositivos constitucionais e de legislações processuais. Ademais, esta legitimação restou completamente assente com o Novo Código de Processo Civil de 2015, que ampliou significativamente as atribuições ministeriais.

Através de todo o arcabouço teórico apresentado, serão formadas premissas as quais, postas conjuntamente, resultarão na irreprochável conclusão de que, dentre as atribuições conferidas ao *Parquet*, está a possibilidade de intervenção em caso de admissão de uma prova ilícita no processo, para que seja resguardada, no Brasil, uma forma de processo judicial condizente com os mais elementares princípios democráticos.

2 DAS PROVAS ILÍCITAS

Carnelutti (2002, p. 67) afirma que o objeto da prova não é a verdade de um fato, mas das alegações formuladas sobre determinado fato. Isto porque “[...] é justo reconhecer que objeto da prova não são os fatos senão as afirmações, as quais não se conhecem porém se comprovam, enquanto que aqueles não se comprovam, senão que se conhecem.” (CARNELUTTI, 2002, p. 68). Em seu conceito de prova, o autor italiano aduz que a prova deve ser realizada segundo meios legítimos, de modo a gerar a determinação formal dos fatos discutidos, ou seja, a demonstração da verdade formal ou judicial (CARNELUTTI, 2002, p. 73). O presente estudo tem como ponto principal este elemento do conceito de prova formulado pelo autor: a necessidade de que a prova esteja sujeita à legalidade, devendo ser produzida de modo legítimo, ou seja, de acordo com o Direito.

No ordenamento jurídico-processual brasileiro está assente que determinadas provas são, a priori, inadmissíveis no processo. Isso vale tanto para o processo civil quanto para o processo penal. Com efeito, não mais se concebe uma forma processual em que as partes, ou os magistrados, possuem poderes ilimitados. Hernando Devis

Echandia pontua que o processo, em uma sociedade democrática, não deve ser compreendido como um campo de batalha em que podem ser empregados quaisquer meios úteis à consecução da vitória. Tanto as partes quanto os magistrados possuem suas atividades limitadas aos expedientes e métodos legais (ECHANDIA, 1983, p. 82).

Desta feita, considera-se relativizado o conceito de verdade material, que é substituído pelo conceito de “verdade forense”. Esta preconiza a obtenção da verdade através de vias formalizadas (AVOLIO, 2003, p. 40). Concluiu-se que, seja em âmbito penal ou cível, não se pode dizer que prevalece a verdade real em desfavor do que se provou legitimamente nos autos. A prova ilicitamente obtida não poderá integrar o processo, não podendo ser valorada pelo julgador. Demonstra-se, portanto, que a “verdade real” não é absoluta no processo, havendo a relativização de sua prevalência até mesmo no processo penal. Para Alex Zlatar, é importante que a verdade desponte no processo. No entanto, para o autor, é uma questão de probabilidade, e não de necessidade (ZLATAR, 2010, p. 6). Antes da análise do conteúdo de uma prova, analisa-se sua licitude. Sendo ilícita a prova, ela será inadmissível, não havendo repercussão de seus efeitos na decisão judicial.

Tal inadmissibilidade, no entanto, poderá ser relativizada, a depender do tipo de maculação que recai sobre a prova. Neste estudo, será adotada a teoria idealizada por Pietro Nuvolone (1966, p. 470). Para ele, há provas que são produzidas sem o devido respeito aos ditames legais, havendo, assim, inobservância dos seus próprios elementos constitutivos. De modo geral, ocorre a violação de uma norma procedimental. Aqui, tais provas serão chamadas de provas ilegítimas. As provas ilegítimas, caso não tenham violado regra diretamente ligada à proteção dos direitos fundamentais processuais, podem ter repercussão no processo, participando da formação do convencimento do juiz. As provas ilegítimas podem ser, portanto, sa-

náveis, uma vez que pode existir a separação entre a prova em si e o ilícito praticado (MARINONE, 2010, p. 392-394).

As provas ilícitas, por sua vez, são produzidas em desconformidade com o próprio direito material. Mediante a prática de um ilícito material, ocorre a obtenção da prova. Nesses casos, o defeito que recai sobre a prova é insanável, não sendo atribuída ao material probante qualquer eficácia jurídica (MOREIRA, [1997?]). Quando o inciso LVI do artigo 5.º da Constituição Federal (1988) afirma que “[...] são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, há clara referência às provas ilícitas, tendo em vista que estabelece uma relação consequencial entre a prática de um ilícito e a obtenção da prova, de modo que eles não possam ser dissociados. Para a incidência deste inciso, não basta que o desrespeito a uma norma verse sobre um elemento procedimental da prova, mas sim que haja violação de norma de direito material, sem a qual a prova não seria produzida. Há maculação *ab initio* da produção do material probante.

Como o presente trabalho busca conformar a proteção do inciso LVI com as atribuições do Ministério Público, a inadmissibilidade das provas de que se trata neste trabalho fará referência às provas ilícitas, e não às provas meramente ilegítimas.

3 BREVE ANÁLISE DA TEORIA ALEMÃ, DE ROBERT ALEXY, SOBRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Robert Alexy, em sua teoria acerca de regras e princípios, estabeleceu entre estas duas espécies de normas jurídicas uma distinção baseada em um critério qualitativo. Diferentemente do que ocorria anteriormente, quando era adotado, comumente, um critério gradual, segundo o qual o princípio era considerado uma norma jurídica dotada de alto grau de abstração e a regra uma norma jurídica dotada de concretude, Alexy estabeleceu uma diferenciação na própria essência, nos próprios atributos.

Os princípios, em sua teoria, são qualificados como mandamentos de otimização. Ou seja, os princípios são normas jurídicas “[...] que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2012, p. 90), estando seu âmbito de aplicabilidade limitado pelos outros princípios e pelas regras colidentes.

Já as regras, para Alexy, são satisfeitas ou não. Se uma regra vale, dado o seu suporte fático, deve necessariamente ocorrer a consequência jurídica nela prevista. As regras são, portanto, determinações, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Tanto suas distinções versam sobre seus próprios atributos, e não apenas sobre seus graus de abstração, que até mesmo a resolução e disposições contrárias entre regras ou princípios implicam em métodos de resolução distintos. Ocorrendo um conflito entre regras cogentes, a decisão sobre a prevalência de uma delas será uma decisão de validade (ALEXY, 2012, p. 93), de modo que uma das regras conflitantes será declarada inválida ou, em uma destas regras, será inserida uma cláusula de exceção, de modo a tornar possível a convivência harmoniosa entre as duas disposições contraditórias no ordenamento jurídico.

Já se ocorre uma colisão entre princípios, a solução é diferente. Como um mandamento de otimização que deve possuir o máximo de eficácia dentro de certos limites, um princípio não pode ser simplesmente declarado inválido frente à contrariedade com outro princípio, nem pode ser inserida no princípio cedente uma cláusula de exceção. O que deve ocorrer, segundo Alexy, é um sistema de precedência condicionada, na qual um princípio precederá ao outro, mas sob determinadas condições. Modificadas estas, talvez o princípio antes cedente se torne precedente. Princípio cedente é aquele que, diante das circunstâncias do caso concreto, tem sua eficácia reduzida, diante da preponderância de um princípio mais valioso nas mesmas condições, o qual é chamado de princípio precedente. A de-

cisão, portanto, será tomada de acordo com as circunstâncias concretas. Colaciona-se trecho elucidativo da obra do autor.

A ligação entre o que foi explanado neste tópico e o tema central do presente trabalho será explicitada no tópico seguinte, já que será feita uma aplicação da teoria de Robert Alexy ao tratamento jurídico conferido às provas ilícitas pelo ordenamento brasileiro.

4 A OBRIGATORIEDADE E A IMPORTÂNCIA DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS

Há doutrinadores do direito brasileiro que defendem a aplicação do método interpretativo da proporcionalidade ao dispositivo constitucional que se refere à inadmissibilidade de provas ilícitas. Ocorreriam choques entre bens jurídicos que implicariam a conformação dos interesses de ambas as partes, de modo que cada um dos bens jurídicos fosse ao máximo aproveitado, mas prevalecendo aquele considerado como mais importante para o ordenamento jurídico vigente. Bedaque (1999, p. 185) afirma que deve existir, entre a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita e o alcance da verdade sobre os fatos, uma tendência que procure o equilíbrio entre estes dois valores.

Alexy (2012, p. 117) postula que apenas os princípios estão sujeitos à ponderação. Portanto, se defendem a aplicação ponderada da proibição da prova ilícita, os autores brasileiros, como, exemplificativamente, Marinoni (2010, p. 401), atribuem a tal proibição um caráter principiológico. Traz-se à colação o eminente processualista brasileiro: “O uso da prova ilícita poderá ser admitido, segundo a lógica da proporcionalidade e como acontece quando há colisão de princípios, conforme as circunstâncias do caso concreto.”

Será utilizado, aqui, o sistema constitucional formulado por Canotilho para refutar a caracterização da proibição da prova ilícita no processo como princípio. Para o autor português, o sistema cons-

titucional é estruturado de modo decrescente quanto à abstração. Haveria os princípios estruturantes, os princípios gerais, os princípios especiais e as regras constitucionais, de modo que cada nível tem a função de realizar os escopos do nível imediatamente anterior, realizando-se, mediamente, os princípios estruturantes, dotados de máxima abstração.

Assim, na ordem constitucional brasileira, pode-se fazer um escalonamento dos princípios estruturantes às regras. O Estado de Direito e a democracia são princípios estruturantes, realizados mediante princípios gerais, como o princípio da liberdade. Estes, por sua vez, são intermediados pelos princípios especiais, tais quais o princípio da inviolabilidade do direito à vida e o princípio do devido processo legal. Este último, especificamente, realiza-se mediante diversas regras, entre elas a que veda a admissão de provas ilícitas no processo. Portanto, esta regra “[...] visa, imediatamente, concretizar o princípio do devido processo legal e, mediamente, todos os princípios que lhe deram origem.” (CARNAÚBA, 2000, p. 55-56).

A principal característica das regras é sua aplicação definitiva. Ocorrendo o suporte fático, obrigatoriamente deve se dar a consequência. Ou seja, diante da apresentação de uma prova ilícita no processo, que é o suporte fático, inevitavelmente deve ocorrer o afastamento do material probante, sendo-lhe retirada toda a eficácia jurídica. As regras, por meio da subsunção, são aplicadas ou não. Sendo a proibição das provas ilícitas no processo uma regra constitucional, não há de se relativizá-la pelo método da ponderação, mas apenas aplicá-la, de modo a concretizar seus efeitos.

E há forte motivação para que o constituinte brasileiro tenha optado por dar à disposição de direito fundamental que inadmita as provas ilícitas em um processo o caráter de regra. Segundo Alexy (2012, p. 140), do ponto de vista da vinculação à Constituição, há um primado do nível das regras frente ao nível dos princípios. Embora ele reconheça que tanto as regras quanto os princípios derivem de atos

de positivação, de decisão, a possibilidade de colisão de princípios e a resolução através da precedência condicionada deixa algumas inseguranças. Por isso, afirma o autor que, “[...] quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios.”

Resta, portanto, obrigatória a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo. Além de obrigatória, a inadmissibilidade da prova ilícita no processo é de fundamental importância para a própria manutenção do regime democrático brasileiro e do próprio Estado de Direito no país.

O processo, entendido como uma relação jurídica, foi concebido como uma forma instrumental de resolução de conflitos sociais. O escopo magno do processo é a pacificação social, de modo que sempre haverá interesse público na decisão judicial. Inegavelmente, é do interesse de toda a coletividade que exista a solução de conflitos de forma justa. Entretanto, a justiça, aqui, não deve ser entendida de modo subjetivo. A justiça, numa concepção objetiva, ocorre quando uma decisão judicial é proferida de acordo com os ditames legais, sem que haja interferências exteriores ou gravações da ordem jurídica para que se descubra a verdade. A não condenação, pelas vias legais, de um réu culpado é menos gravosa à ordem jurídica e social brasileira do que a condenação do mesmo réu por vias ilegais, como, por exemplo, com a admissão de provas ilícitas.

O princípio do devido processo legal representa uma limitação do poder Estatal de julgar, tendo em vista que este se vincula às normas legal e constitucionalmente formuladas. Sendo assim, garante que haja a proteção de direitos fundamentais e individuais de todos os cidadãos envolvidos no processo, seja autor ou réu. Caso contrário, instalado estaria um Direito do Terror, no qual não há limitação ao poder estatal e este está legitimado ao fazer o que for necessário para a descoberta da verdade. A admissão de provas obtidas ilícitamente é, portanto, característica precípua de estados ditatoriais ou,

pelo menos, que valorizam mais a punição, a condenação, do que o respeito às próprias leis.

Não há falar, ademais, que existe um interesse público na descoberta da verdade, de modo que este deveria sobrepôr-se aos direitos daquele que está sendo processado. Este argumento jurídico está visceralmente ligado a Estados autoritários, podendo ser considerado premissa que legitimou a usurpação de direitos fundamentais e a desconsideração dos ditames legais em diversas ditaduras. Neste sentido, há jurisprudência no Tribunal Regional Federal da 2ª Região que reconhece a existência de tortura realizada em presos políticos, com vistas à obtenção de confissão, durante o período da Ditadura Militar no Brasil (RIO DE JANEIRO, 2009). Eram irrelevantes, portanto, no período ditatorial brasileiro, os direitos individuais do cidadão, de forma que a busca pela revelação da verdade não possuía qualquer baliza.

A democracia não legitima supressão de direitos fundamentais, como o devido processo legal e o direito à intimidade ou privacidade, sob o argumento do interesse público. Contrariamente, a democracia deve ser entendida como a realização da vontade da maioria, desde que respeitados os direitos das minorias, nos limites da lei. Este último elemento é fundamental para se entender o porquê de o Estado não poder permitir o julgamento de processos com base em provas ilícitas. Tal elemento merece destaque ainda maior caso a norma que deve ser respeitada para garantia da democracia possua sede constitucional, como o caso do inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal (1988).

Se na valoração entre a descoberta da verdade, a qualquer custo, e a segurança das relações sociais pela proibição da prova ilícita no processo, a Constituição Federal, legitimada pelas ambições gerais da população, conforme o ideal postulado por Sieyès (1985, p. 10-16), optou pela segunda, não há falar em aplicação da propor-

cionalidade pelo julgador. Elegeu, ela própria, o valor mais elevado (BARROSO, 1993, p. 346).

Sendo assim, desconsiderar os mandamentos constitucionais sob o argumento de interesse público ou da mera instrumentalidade do processo significaria esvaziar a força normativa da Constituição, rompendo as próprias bases de um Estado Democrático de Direito e negando a eficácia das aspirações comuns exurgidas do povo.

Ademais, como será demonstrado no tópico a seguir, a possibilidade de admissão de uma prova ilícita em alguns processos significaria delegar ao arbítrio do julgador a disponibilidade de um interesse difuso, categoria de interesse que é, por própria essência, indisponível.

5 A LICIEDADE DAS PROVAS COMO UM INTERESSE DIFUSO

O interesse difuso é aquele que tem como principal característica a indeterminação de sua titularidade. É, portanto, um interesse indivisível, transindividual. Entre todos os seus titulares, há ligação apenas por uma circunstância fática, a qual faz surgir o interesse jurídico a ser tutelado. Ada Pellegrini afirma que as bases que dão suporte aos interesses difusos não são bem definidas, de forma que os vínculos entre as pessoas se apoiam em fatores conjunturais ou genéricos, frequentemente mutáveis, como a habitação numa determinada região, o consumo de um mesmo produto e a vivência sob determinadas condições sócio-econômicas (GRINOVER, 1984, p. 30).

Como o interesse difuso significa o interesse da própria sociedade como um todo ou de parcela dela, sua proteção não é delegada a cada pessoa individualmente considerada. O interesse difuso, como seu próprio nome traz, tem caráter tão amplo, geral, que a sua defesa só pode ser realizada pelo Ministério Público ou outras entidades legitimadas. Desta forma, embora a titularidade do interesse difuso seja da coletividade, ou parte dela, a legitimidade para

sua defesa é do *Parquet* ou de outras entidades legalmente previstas (VIEIRA, 1993, p. 42).

Outra característica dos interesses difusos é a sua indisponibilidade. Diz Fernando Grella Vieira que o interesse difuso, “[...] em razão do seu próprio significado, traz ínsito o interesse social quanto à obrigatoriedade de sua efetiva defesa, sem a possibilidade, de outro lado, da dispensa de qualquer exigência legal.” (APOLINÁRIO; GAMA, 2014, p. 43).

Isto posto, não há de se olvidar que o regime democrático, razão de todos os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica brasileira, é interesse difuso primordial da sociedade, anterior até mesmo aos direitos difusos costumeiramente arrolados, como o direito ao meio ambiente, o direito à probidade administrativa e os direitos do consumidor. Todos estes são corolários de uma democracia forte, que respeite os princípios dela decorrentes, como o princípio do devido processo legal.

Resta esclarecer, portanto, qual a situação fática ensejadora da tutela do interesse difuso ora em comento. O fato é a admissibilidade de uma prova ilícita no processo, qualquer que seja o argumento formulado para sua aceitação. Recepcionada uma prova ilícita no processo, não se viola apenas a esfera jurídica da parte contrária àquela que entranhou a prova aos autos, nem a esfera jurídica de cada pessoa individualmente considerada. Viola-se, na verdade, um interesse difuso indivisível da sociedade como conjunto.

Isto decorre do referido caráter publicista do processo, tendo em vista que a resolução de lides tem como principal fundamento a pacificação social. A composição de interesses privados não é absoluta, não é um fim em si mesmo. Volta-se ao escopo magno processual. Por isso foi dito que sobreposta à violação de um interesse privado daquele que seria prejudicado pela admissão da prova ilícita está a violação de um interesse difuso.

Outrossim, não poderia o sistema jurídico brasileiro atribuir ao magistrado a competência de analisar se, diante daquele caso concreto, um interesse difuso poderia ser sacrificado. Como dito alhures, os interesses difusos são indisponíveis. A possibilidade de seu rompimento, portanto, tornaria o interesse difuso disponível, algo integralmente incompatível com a própria natureza do interesse transindividual.

Por tudo isto, legitimada está a instituição estatal voltada à proteção dos interesses difusos e do próprio regime democrático para intervir no processo: o Ministério Público.

6 A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROTEÇÃO DA ORDEM JURÍDICA E DO REGIME DEMOCRÁTICO À LUZ DA DOGMÁTICA BRASILEIRA: CONSTITUIÇÃO FEDERAL, LEI 5.869/73 E LEI 13.105/2015

O artigo 127 da Constituição Federal (1988) legitimou o Ministério Público, expressamente, para a promoção da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Já reside neste dispositivo forte corroboração da ideia trazida, tendo em vista que já foram expostas as fortes relações entre a proibição das provas ilícitas no processo e a manutenção do ordenamento jurídico e da própria democracia. Além disso, a referida inadmissibilidade já foi enquadrada como interesse difuso de toda a sociedade, não podendo ser objeto de disposição.

O Ministério Público poderá atuar na defesa dos referidos propósitos de duas formas: como parte ou como fiscal da lei, custos legis. Aqui, será examinada a legitimidade do Parquet para intervir no processo em curso como custos legis, diante da admissibilidade de uma prova obtida por meios ilícitos. Tal legitimidade para intervenção no processo, quando restar violada a ordem jurídica, deve ser compreendida sistematicamente com as funções institucionais do Ministério Público.

Nem sempre quando for violado um mandamento legal haverá necessidade de intervenção ministerial para que seja concretizada a função jurisdicional do Estado. Mazzilli (2011, p. 2) dispõe que o comum, na verdade, é que o Ministério Público não interfira em todos os processos, nem zele pelo cumprimento de todos os mandamentos jurídicos. Para que haja sua intervenção, será necessária uma violação ao interesse público ou uma ameaça à estabilidade da ordem jurídica vigente ou ao próprio Estado Democrático.

Um dos casos em que será posto em jogo a democracia ou interesse social, como já foi dito, é a admissibilidade de uma prova ilícita.

O Código de Processo Civil de 1973, no seu artigo 82, também legitima o Ministério Público a atuar como fiscal da lei no caso em que haja interesse público. O intérprete, entretanto, deverá fazer um maior esforço interpretativo para que se compreenda a ratio legis do dispositivo citado. Observe-se a parte final do inciso III do referido dispositivo. À primeira vista, pode parecer que a legitimação para que o Parquet intervenha no processo só pode se dar ab initio no processo, seja por conta da natureza da lide ou por alguma característica específica da parte. Tal interpretação traria uma restrição desnecessária à atuação do Ministério Público no exercício de suas atribuições constitucionais. A natureza da lide e determinada qualidade da parte devem ser entendidas como indicativos de que há interesse público em jogo, mas a intervenção ministerial no processo não está a elas restringida.

Se, no curso do processo, for tomada medida contrária aos elementos basilares de um Estado Democrático de Direito, como é o caso da admissibilidade de uma prova ilícita, não há motivo para que seja negada legitimidade de atuação ao Ministério Público. Caso contrário, o Código de Processo Civil estaria, de modo desnecessário, estabelecendo restrição desmotivada à atuação constitucionalmente regulada do Ministério Público. Deste modo, não apenas circunstân-

cias aferidas no início do processo, mas também incidentes que ocorreram no curso processual, poderão ensejar a atuação do Parquet.

O Novo Código de Processo Civil brasileiro, sancionado no dia 16 de março de 2015 pela Presidência da República, sana quaisquer dúvidas e corrobora a interpretação aqui sustentada sobre a interpretação do atual artigo 82 do CPC. O artigo 178 (BRASIL, 2015) do novo diploma traz apenas um rol exemplificativo de casos em que o Ministério Público pode intervir. Tanto o é que, em seu *caput*, afirma que além das hipóteses trazidas, o *Parquet* também pode intervir “nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal”. Ademais, o artigo 176 (BRASIL, 2015) do Novo CPC declara que é o Ministério Público a instituição responsável por atuar “[...] na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.” Nesta toada, se a admissibilidade de uma prova ilícita viola um direito fundamental expresso na Constituição Federal e fere um interesse difuso, não há de se olvidar que a intervenção ministerial no caso de admissão de uma prova ilícita possui guarida legal e constitucional.

Quanto à forma como se daria tal intervenção, o artigo 83 do Código de Processo Civil de 1973 traz possibilidades interessantes em seu inciso II (BRASIL, 2015, p. 375). O Ministério Público poderá emitir parecer jurídico explicitando a potencial insegurança jurídica que a admissão de uma prova ilícita no processo pode gerar e requerer seu desentranhamento dos autos, restando ao magistrado entender as eminentes razões da argumentação ministerial. Ademais, o art. 499 (BRASIL, 2015, p. 408) do referido diploma legal postula que o Ministério Público poderá recorrer de determinada decisão, tanto na qualidade de parte como na qualidade de *custos legis*.

O Novo CPC manteve todas as formas de atuação dispostas na legislação anterior. Em seu artigo 179, dispositivo que trata acerca dos poderes do Ministério Público como fiscal da lei, manteve-se a legitimidade recursal do Ministério Público. Depreende-se, então,

que, caso o magistrado, por meio de decisão interlocutória, entenda admissível uma prova ilícita no processo, utilizando-se do método da ponderação de princípios ou de qualquer outro meio argumentativo, estará legitimado o Ministério Público a recorrer de tal decisão.

Atenta-se para o fato de que o NCPC não mais coloca o Ministério Público como instituição fiscal da lei, mas como fiscal da ordem jurídica. Com a nova disposição, nota-se que ao Ministério Público não cabem apenas a fiscalização e a proteção das normas jurídicas positivadas na lei, mas também incumbe-se ao *Parquet* a guarda dos princípios e valores jurídicos não postos expressamente no direito positivo brasileiro. A lei, na concepção moderna acerca do sistema jurídico, é apenas célula de um corpo sistematizado de regras de condutas, o ordenamento jurídico. Há, entretanto, componentes outros da ordem jurídica que não estão, necessariamente, expressos nos diplomas legais, mas que ainda assim são normas jurídicas, sendo dotados, portanto, de coercitividade e imperatividade. É o caso de diversos princípios constitucionais implícitos. Desta forma, se ao *Parquet*, na novel legislação, cabe a tutela não apenas da lei, mas da ordem jurídica como um todo, temos que a nova redação legal implica uma maior abrangência da atuação ministerial.

Tem-se, desta forma, que o ordenamento jurídico brasileiro, seja através da Constituição Federal ou do Código de Processo Civil, traz a legitimação e as possibilidades de atuação necessárias à eficaz intervenção do Ministério Público em caso de admissão de uma prova ilícita no processo, de modo que restem protegidos o interesse difuso de toda a coletividade de possuir um processo legalmente regulado e o próprio Estado Democrático de Direito brasileiro.

7 A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INTERVIR NO PROCESSO EM CASO DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS MEDIANTE UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Através de uma minuciosa análise das decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro corroboram-se todos os argumentos apresentados ao longo deste estudo. Ademais, a partir de uma interpretação sistemática de tais julgados, nota-se que a possibilidade de intervenção ministerial aqui defendida também se coaduna com a visão da Suprema Corte.

Primeiramente, deve-se observar que o Supremo Tribunal Federal já adotou diferentes fundamentos para vedar ao aplicador do Direito a possibilidade de aplicação da proporcionalidade. Um dos precedentes fundamentou-se na valoração prévia realizada pela Constituição brasileira quando houver confronto entre a própria eficácia processual no descobrimento da verdade e a salvaguarda de certos valores fundamentais (BRASIL, 2003). Um outro julgado, por sua vez, defendeu que a aplicação da proporcionalidade para que se aceite uma prova ilícita em um processo, embora talvez sejam vistas como revolucionárias e inovadoras no Direito Comparado, simplesmente não se enquadram ao modelo constitucional adotado no Brasil. Por mais que uma tese estrangeira seja elogiável, caso ela contrarie a ordem jurídica nacional, que é soberana, não poderá ser aceita (BRASIL, 2001).

Em precedente diverso (BRASIL, 2008), ficaram claras as estreitas relações entre a inadmissibilidade de provas ilícitas, o respeito ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais e o próprio Estado Democrático de Direito. Ademais, a proibição das provas ilícitas no processo foi posta como um dos principais corolários da garantia fundamental do devido processo legal. Tem-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal estende o caráter publicista do

processo à teoria da prova, de modo a considerá-la aspecto relevante das próprias bases fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Quanto à atuação do Ministério Público, foi decidido que o Parquet é legitimado para intervir na defesa de “todos os direitos constitucionalmente assegurados” (BRASIL, 2011), seja qual for a medida necessária para fazê-lo. Se a garantia do devido processo legal, a proteção a direitos e garantias fundamentais, o Estado Democrático e a própria inadmissibilidade das provas ilícitas (conforme o inciso LVI do art. 5.º) são direitos garantidos pela Constituição Federal brasileira, não há que se olvidar da legitimação do Ministério Público para intervir no processo *ex officio* quando admitida uma prova ilícita.

Ademais, não há de se argumentar que a intervenção no processo para que se requeira o desentranhamento de prova ilícita não está dentre o rol das atribuições conferidas ao Ministério Público no art. 129 da Constituição Federal. Como ficou decidido na ADI 3.463,

O rol de atribuições conferidas ao Ministério Público pelo art. 129 da CF não constitui *numerus clausus*. O inciso IX do mesmo artigo permite ao Ministério Público ‘exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Tem-se, então, que a partir de uma análise sistemática das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, também para tal Corte a admissibilidade de uma prova ilícita no processo é fato ensejador da atuação do Ministério Público.

8 O TRATAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS NO DIREITO COMPARADO

Diversos ordenamentos jurídicos alienígenas também dispensaram grande relevância à temática das provas ilícitas no processo.

Na Itália, por exemplo, a matéria foi tratada de modo demasiadamente sisífico ao longo do desenvolvimento de sua dogmática. Afirma-se que grande parte da jurisprudência italiana costumava admitir as provas ilícitas no processo, amparada pelos argumentos da busca da verdade real e da defesa social (AVOLIO, 2003, p. 47). Entretanto, a doutrina já fazia forte coro para que fosse expressa, no ordenamento jurídico, a inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas. Vescovi, em seus estudos, identificou que o processo não deve ser considerado como uma disputa sem limites, na qual sagrar-se-ia vencedor o mais forte ou mais poderoso, mas sim um procedimento que visaria à consagração da conduta mais louvável juridicamente, não podendo admitir, portanto condutas imorais ou desleais (VESCOVI, 1960, p. 353).

A opinião doutrinária ressonante foi positivada pelo Código de Processo Penal Italiano, considerado um marco importantíssimo no para o tema do direito à prova. Em seu art. 191, o *Codice di Procedura Penale* dispôs que as provas adquiridas em violação das proibições estabelecidas pela lei não podem ser utilizadas. Ademais, a inutilidade da prova pode ser detectável em qualquer estado ou grau de jurisdição.

Ressalva-se que, em virtude da complexidade e da polêmica que envolvem o tema, há decisões na Justiça Italiana que aplicam a o princípio da proporcionalidade ao tratamento das provas ilícitas. Entretanto, forte corrente doutrinária, que Cappelletti (1973, p. 765-766) como expoente, repudia a aplicação desenfreada deste princípio na ordem jurídica italiana, citando diversos prejuízos elencados ao longo deste trabalho.

Já na seara do direito processual Espanhol, grande parte da doutrina apoia-se no brocardo jurídico de que “fatos ilícitos não aproveitam a quem lhes deu causa” para defender a inutilização das provas ilícitas no processo. Cabe, ademais, citar os ensinamentos desenvolvidos por Lopez. Para o autor, as provas ilícitas devem ser inadmitidas no processo. Entretanto, em caso de admissão, e mesmo de apreciação, a prova seria ineficaz para fins de decisão judicial. O autor defende, ainda, a aplicação de sua doutrina tanto no processo penal, quanto no civil (LOPEZ, 1989, p. 99).

O ordenamento jurídico português, por sua vez, conferiu sede constitucional ao dispositivo que impõe a inadmissibilidade de uma prova obtida mediante a violação de mandamentos legais. A Carta Portuguesa de 1976 traz, em seu art. 32, o qual está inserido no Capítulo reservado aos direitos, às liberdades e às garantias fundamentais, que, no processo penal, “[...] são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.” Temos, então, que a Constituição portuguesa, bem como a brasileira, ponderou previamente os valores envolvidos e fixou a inadmissão das provas ilícitas.

Vê-se, portanto, que é lugar-comum dos ordenamentos jurídicos modernos a vedação da utilização de uma prova obtida mediante maculação da ordem jurídica vigente. Isto decorre dos diversos malefícios ao Estado de Direito, ao regime democrático e à segurança jurídica, que a recepção, no processo, de uma prova ilícita, pode fomentar.

9 CONCLUSÃO

A tentativa de se aplicar o método da proporcionalidade, para que o juiz, em certos casos, possa admitir a análise de uma prova considerada ilícita, resulta da errônea concepção de que o inciso LVI do artigo 5.º da Constituição Federal é um princípio. O dispositivo

em comento é uma regra, de modo que sua aplicação é definitiva e instrumental, no sentido de que ela serve à concretização de princípios, como o devido processo legal. Sendo uma regra, o dispositivo limita a abrangência da atuação do aplicador do Direito, em face do seu alto grau de cogência. Como se demonstrou, as regras não admitem ponderação em sua aplicação. Desta forma, ao aplicador do Direito não cabe questionar as valorações previamente realizadas pelo legislador e admitir provas ilícitas no processo. Seria uma decisão eivada de nítida inconstitucionalidade.

Além de obrigatória, a inadmissibilidade da prova ilícita no processo é também fundamental para a manutenção de elementos basilares do Estado Democrático de Direito brasileiro. Toda a ordem jurídica brasileira está baseada em um indisponível respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Se a licitude da prova é requisito que limita a atividade jurisdicional do Estado, não pode ela ser descartada sob o argumento de que ao Estado cabe o descobrimento da verdade a qualquer custo. Isso representaria um retorno a um modelo processual de exceção, no qual não há limite ao exercício da jurisdição. Certamente, tal retorno iria de encontro ao interesse público, que preza pelo cumprimento do ordenamento jurídico vigente.

Por conta desta estreita relação entre a proibição da prova ilícita e o regime democrático brasileiro, não há de se questionar o caráter de interesse difuso do inciso LVI do artigo 5.º da Constituição Federal. Indubitavelmente, é interesse indivisível, transindividual, que o regime democrático e todos os seus corolários, como a garantia do devido processo legal, sejam respeitados. Em caso de condutas que violem tal interesse difuso, como a aceitação de uma prova ilícita, resta legítima a intervenção do Ministério Público na relação processual.

Caberá ao Ministério Público, portanto, solicitar o desentranhamento da prova obtida ilicitamente. O Parquet poderá emitir parecer explanando a ilegalidade da decisão que admita uma prova ilícita no processo e a prejudicialidade de tal veredicto para a ordem jurídica brasileira.

Reconhece-se, entretanto, a dificuldade prática para a proteção do referido interesse difuso em cada relação processual. O Ministério Público, então, deve agir ex officio sempre em casos que, pela própria natureza da causa, envolvam algum interesse público e o Parquet não figure no pólo ativo da relação processual. É mais uma forma de concretização da atribuição conferida ao Ministério Público pelo art. 82, inciso III, parte final, do Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 2013, p. 375), reproduzida pelo Novo Código de Processo Civil em seu artigo 178, inciso I (BRASIL, 2015). Quanto às causas que possuam caráter eminentemente privatista, ao Parquet cabe nelas intervir sempre que provocado por uma das partes, havendo a efetivação de sua competência, outorgada tanto pela ordem constitucional quanto pela legislação processual, com a insurgência do Ministério Público contra a admissão da prova ilícita.

Tem-se, então, que, com a devida tutela do interesse difuso da inadmissibilidade da prova ilícita, a regra contida no inciso LVI do artigo 5.º da Constituição Federal poderá concretizar diversos outros princípios orientadores do sistema jurídico brasileiro, como o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana. Desta forma, fortalecidas estarão as bases do Estado Democrático de Direito no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

APOLINÁRIO JÚNIOR, Arno; GAMA, Ricardo da Silva. Legitimidade das associações civis para propositura de ação civil pública no direito brasileiro: uma leitura multidisciplinar. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 22, n. 88, out./dez. 2014.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AZENHA, Nívia Aparecida de Souza. *Prova ilícita no processo civil*. 1. ed. 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. *Código Penal*: promulgado em 07 de dezembro de 1940. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 79512. Relator: Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 16 dez. 1999. *Diário de Justiça*, 16 maio 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 80949. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgamento em 30 out. 2001. Órgão Julgador: Primeira Turma. *Diário de Justiça*, 14 dez. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 93.050. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 10 jun. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*, 01 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 97.969. Relator: Min. Ayres Britto. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 01 fev. 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, 23 maio 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in the civil litigation*. Milão: Giuffré, 1973.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 2. ed. Tradução Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2002.

ECHANDIA, Hernando Devis. Pruebas ilícitas. *Revista de Processo*, n. 32, v. 8, p. 82-93, out./dez. 1983.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ITALIA. *Codice di procedura penale*. 1988. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

LOPEZ, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madri: Akal, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A atuação do Ministério Público no processo civil*. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 73, set./out. 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Processo*, [1997?].

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei apesi di diritto latino. *Rivista di diritto processuale*: Padova, 1966.

PINHEIRO, Fernanda Letícia Soares. *Princípio da proibição da prova ilícita no processo civil*. 1. ed. 5. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 1976. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?Tabela=leis&artigo_id=4A0015&nid=4&Inversao=&tabela=leis&so_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?Tabela=leis&artigo_id=4A0015&nid=4&Inversao=&tabela=leis&so_miolo=>)>. Acesso em: 11 jun. 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal Regional Federal. AC 225975/RJ 2000.02.01.007036-5. Relator: Mauro Luís Rocha Lopes. Órgão Julgador: Quinta Turma Especializada. Julgamento em 19 nov. 2008. Publicado em: 19 jan. 2009.

VESCOVI, Enrique. Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita. *Revista Iberoamericana Derecho Procesal*, 1960.

VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público*. São Paulo, 1993. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/dw41ba.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

ZLATAR, Alex. *La real vigencia del sistema de la sana crítica racional*. Rosário: AVISRL, FUNDECIJU, 2010.

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, A REGRA DA CARGA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY E OS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Suzane Pimentel Nogueira^{*}
Gustavo Santana Nogueira^{**}

RESUMO

Este trabalho busca analisar a teoria da argumentação de Robert Alexy, relacionando-a ao Novo Código de Processo Civil brasileiro, em especial na questão dos precedentes, que foram valorizados na nova legislação. Alexy reconhece que mesmo no direito continental o valor dos precedentes não pode ser negado e/ou subestimado, posto que não há teoria da argumentação que não considere os precedentes. A partir daí, e comparando com o Novo Código, busca-se em Alexy particularmente dois fatores de sua teoria: a carga da argumentação e a fundamentação dessa mesma argumentação, para se analisar institutos novos trazidos pela recente novidade processual. Os autores, a partir da aplicação de uma metodologia crítico analítica, tendo como referenciais teóricos a teoria da argumentação jurídica e o Novo Código de Processo Civil, buscam explicar a necessidade de respeito aos precedentes, bem como a eventual necessidade de superá-los e distingui-los. A partir daí os autores analisam quem deve no processo demonstrar que os precedentes supostamente aplicáveis ao caso concreto, não podem ser utilizados, seja porque há diferenças substanciais entre os casos - concreto e precedente - seja porque a tese jurídica do precedente deve ser superada.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Precedentes. Novo Código de Processo Civil.

^{*} Mestranda em Evolução Social e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; suzanenogueira@outlook.com

^{**} Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá; Promotor de Justiça no Rio de Janeiro; gustavonogueira75@terra.com.br

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil - NCPC foi aprovado no ano de 2015 com uma série de modificações, inerentes à ideia de um novo Código, dentre as quais se pode destacar a valorização dos precedentes, proporcionando uma maior aproximação com uma teoria (*stare decisis*) e institutos (*distinguishing* e *overruling*, por exemplo), até então pouco conhecidos no direito brasileiro. A vinculação aos precedentes passa então a ser uma realidade, disciplinada com determinadas regras capazes de proporcionar a criação de teses jurídicas efetivamente vinculantes para todo o Judiciário em casos futuros, ocasião em que se destaca a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, porque após a criação do precedente é preciso mantê-lo estável, o que não significa, todavia, imutabilidade. A necessidade de superação do precedente, bem como a análise da distinção entre os casos, pode ser valorizada e até mesmo esclarecida com a aplicação de alguns aspectos da teoria alexyana.

Na primeira parte será analisada a teoria da argumentação jurídica de Alexy, em especial a questão da legitimidade da decisão judicial não só como mecanismo de regulamentação dos conflitos sociais, mas também como fonte criadora do direito, quando o sistema jurídico apresenta suas aberturas, capazes de ser preenchidas com as teses firmadas nos precedentes. Na ocasião também serão abordadas as limitações presentes no discurso jurídico, não encontradas no discurso prático geral, e como essas limitações podem prejudicar - ou não - a criação do precedente, bem como determinados aspectos fundamentais para a construção do que se defende no presente trabalho.

Na segunda parte serão analisados os institutos trazidos pelo NCPC, no que tange à teoria dos precedentes, ou seja, as condições de criação de precedentes vinculantes, bem como a possibilidade de superação dos mesmos e a distinção dos casos concretos. Na terceira parte analisar-se-á a aplicação dos conceitos teóricos de Alexy e

sua adaptabilidade ao NCPC, para que possa então verificar quais as condições necessárias para a utilização das técnicas de afastamento de um precedente (*overruling* e *distinguishing*), em especial a quem compete o ônus da argumentação e os fundamentos necessários. Ao final serão apresentadas as conclusões do estudo realizado.

2 A FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DA DECISÃO JURÍDICA E A REGRA DA CARGA DA ARGUMENTAÇÃO EM ALEXY

Ao iniciar a sua clássica obra *Teoria da argumentação jurídica*, Robert Alexy trata das situações em que o direito é incapaz de produzir normas aplicáveis aos casos concretos que são submetidos ao Judiciário de forma simples, através da subsunção. O jurista alemão, assim como seu compatriota Claus Wilhelm Canaris, enuncia como um dos motivos para essa incapacidade, dentre outros, a imprecisão da linguagem do direito (ALEXY, 2013, p. 19). Considerando que a linguagem das normas positivadas pode, eventualmente, ser imprecisa, ser considerada de uma forma por um juiz, de uma forma completamente diferente por outro juiz, considerando ambos como legítimos intérpretes dela, mas também é lícito afirmar que há casos concretos em que a solução é relativamente “simples”.

Quer tenhamos casos mais simples ou casos mais difíceis, é fundamental considerar os argumentos que compõem as referidas normas, porque mesmo em se tratando de casos concretos mais simples, ou seja, aqueles em que os argumentos contrários não devem sequer ser considerados (ALEXY, 2013, p. 25), a legitimidade da imposição de tais argumentos é algo que merece ser considerado. Alexy (2013, p. 23) considera que a escolha de um argumento jurídico para a própria norma que será aplicada ao caso concreto, ainda que não seja de linguagem imprecisa, pressupõe uma valoração ou juízo de valor acerca da escolha do argumento diante de várias alternativas possíveis.

O que efetivamente importa para os limitados fins aqui propostos são as condições presentes na argumentação jurídica nas decisões judiciais, e não na elaboração do direito positivo, porque, como Alexy afirma, não é aceitável uma decisão judicial baseada nas “ideias” dos juízes, sendo imperioso “[...] exigir um modelo que, por um lado, permita levar em conta as convicções aceitas e os resultados das discussões jurídicas precedentes e, por outro lado, deixe espaço para os critérios do correto.” (ALEXY, 2013, p. 27). Esse modelo pressupõe uma melhor fundamentação nas decisões judiciais e um procedimento para que essa melhor fundamentação possa ser precisada, chegando o jurista à teoria da argumentação, que “[...] trata-se nessa atividade linguística da correção dos enunciados normativos, em um sentido, todavia, a ser precisado. Será conveniente designar tal atividade como ‘discurso’ e, visto que se trata da correção de enunciados normativos, como ‘discurso prático’.” (ALEXY, 2013, p. 30).

Alexy diferencia o discurso prático do jurídico, porque este último ocorre sob certas condições limitadoras que não são encontradas no discurso prático, em que pese ambos visarem uma pretensão de correção. As condições limitadoras a que se refere o jurista são: (1) sujeição à lei; (2) consideração obrigatória dos precedentes; (3) seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito e; (4) limitações das regras do ordenamento processual (ALEXY, 2013, p. 31). A própria pretensão de correção, presente na teoria alexyana tanto no discurso prático como no discurso jurídico, é substancialmente diferente porque “[...] não se pretende que o enunciado jurídico normativo afirmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado.” (ALEXY, 2013, p. 212-213).¹

¹ Há algumas diferenças, mas também pontos importantes de semelhança entre os conceitos de justificação e fundamentação de uma convicção, asser-

A teoria da argumentação jurídica é extremamente importante porque Alexy inclui dentre as discussões jurídicas as deliberações dos juízes e os debates nos Tribunais, que serão objeto de análise mais adiante, diferenciando-as de outras discussões, como as acadêmicas, que não possuem a limitação temporal presente nos processos em que ocorrem as deliberações e os debates retro mencionados (ALEXY, 2013, p. 209). Na ciência do Direito, ou seja, nas discussões acadêmicas proporcionadas pelos juristas e especialistas, as limitações são menores, enquanto que no processo ocorrem as maiores limitações. Da mesma forma os juristas não possuem - em tese - interesse pessoal na elaboração de determinada argumentação jurídica que sustente uma tese eventualmente defendida, o que não ocorre no processo, onde as partes são movidas pelos seus próprios interesses, e os advogados que deduzem os argumentos jurídicos o fazem na defesa dos seus clientes (ALEXY, 2013, p. 210).

Mais uma característica do discurso jurídico extremamente importante é a justificação (fundamentação) de um caso especial de proposições normativas, que são as decisões jurídicas. Alexy divide a justificação em interna - onde se verifica se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação - e externa - que é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna (ALEXY, 2013, p. 219-228). O jurista de Kiel distingue as regras de direito positivo, cuja fundamentação consiste em mostrar sua conformidade com o ordenamento jurídico, dos enunciados empíricos, que podem se socorrer desde os métodos das ciências empí-

ção, proposição, etc. Por outro lado, o conceito de justificação é mais amplo que o da fundamentação. Assim, pode-se falar de justificar uma expressão tanto quanto o falante admite que não é motivada, mas era necessária para evitar males e quando de fato é motivada. Por outro lado, o conceito de justificação pode ser também mais restrito. Justificação é o termo usado, em particular, quando razões devam ser expostas para esclarecer objeções ou dúvidas (ALEXY, 2013, p. 46).

ricas, até as regras de processuais de ônus da prova e, finalmente, de premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo. Para as últimas - premissas que não são regras de direito positivo nem enunciados empíricos - Robert Alexy elabora uma classificação que as divide em seis grupos: lei, ciência do direito, precedente, razão, empiria e formas especiais de argumentos jurídicos (ALEXY, 2013, p. 228-229).

O precedente na teoria alexyana é o objeto do presente estudo, razão pela qual se ocupará aqui de duas questões acerca do seu uso: a regra da carga da argumentação e sua fundamentação. Não nega Alexy, mesmo sendo um jurista alemão, cujo direito não é historicamente originado da *common law*, a força dos precedentes no direito, por força, segundo ele, do princípio da universalidade. Para Alexy os precedentes podem ser afastados em um determinado caso concreto - como se exporá mais adiante - porém

[...] cabendo em tal caso a carga da argumentação a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio da inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso. A satisfação da carga da prova somente pode ser constatada pelos participantes, reais ou imaginários, do discurso. (ALEXY, 2013, p. 268).

Alexy sintetizou a afirmação acima expondo-a na seguinte regra: quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação. E como existem pelo menos duas técnicas de afastamento de um precedente: o *distinguishing* e o *overruling*, sendo certo, para o jurista de Kiel, que aquele que quiser se valer dessas técnicas, em conjunto ou isoladamente, deve assumir o ônus de fazê-lo e de forma racionalmente fundamentada.

3 A FORÇA DOS PRECEDENTES NO NCPC E O EFEITO VINCULANTE

Inspirado na teoria conhecida como *stare decisis et non quieta movere*, ou simplesmente *stare decisis*, a nova legislação processual brasileira inova adotando um sistema de vinculação de precedentes, valorizando assim as decisões proferidas no “passado” pelo Judiciário, de modo a proporcionar o atendimento de determinados princípios inerentes a um sistema em que os precedentes são vinculantes. Um dos princípios atendidos com a referida teoria é o da igualdade - que Alexy tratou como universalidade - a partir do momento em que casos semelhantes recebem decisões semelhantes (*treating like cases alike*) (DUXBURY, 2008, p. 60), evitando assim decisões judiciais casuísticas que tratam de forma diferenciada situações que deveriam necessariamente receber o mesmo tratamento do Judiciário, já que a igualdade, prevista na Constituição, se direciona para o Legislativo, o Executivo e também para o Judiciário, visto como um todo. Se o Poder Judiciário deve ser visto como um ente único, e não como uma união de diversas “partes” autônomas e independentes, que seriam os Juízos, é preciso que casos parecidos, submetidos a Juízos diferentes em razão das regras de competência e de distribuição de casos por sorteio, sejam julgados sob a égide da igualdade, porque o cidadão não pode receber decisões distintas em casos assim.

Não é novidade a afirmação de que o Brasil pertence a um sistema jurídico conhecido como *civil law*, onde a lei é a principal fonte criadora do direito, e não à *common law*, onde o precedente ocupa essa posição de proeminência. A pretensão dos sistemas jurídicos é possuir ordenação, ou seja, exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade, e unidade, ao não permitir dispersões numa multitude de singularidades desconexas (CANARIS, 2012, p. 12-13), e em sistemas *civil law*, como o brasileiro isso se dá fundamentalmente através da legislação, e não através das decisões judiciais, como ocorre nos países que per-

tencem à *common law*. Independentemente de se tratar de *civil law* ou *common law*, é uma exigência do próprio direito:

A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de Direito. (CANARIS, 2012, p. 18).

Ocorre que da mesma forma que a *common law* se socorre às leis, a *civil law* eventualmente se socorre às decisões judiciais, porque o direito não pode ter uma fonte exclusiva, ou seja, não é possível que apenas a lei, códigos ou não, criem o direito, porque por mais que tenham a pretensão de unidade e ordenação, as leis contêm aberturas, de modo que mesmo o direito positivado as possui (ALEXY, 2011, p. 84). E essas aberturas do sistema não podem impedir o juiz, no caso concreto, de prestar jurisdição, tendo o dever de julgar o caso e - ao mesmo tempo - preencher a abertura que o sistema intrinsecamente possui. Nesses casos o juiz cria o direito? Ronald Dworkin enfrenta a questão e afirma que “[...] o juiz continua tendo o dever, mesmos nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.” (DWORKIN, 2007, p. 127).

Seja qual for a solução adotada, o fato é que a solução do caso A, essencialmente assemelhado ao caso B, não pode ser diferente, porque a coerência é exigência do direito (JESTAZ, 2015, p. 76). Se hipoteticamente os casos A e B estivessem submetidos, sem maiores dificuldades, à incidência da lei X, positivada democraticamente, não haveria razão alguma para que o juiz do caso A aplicasse a lei X, e o juiz do caso B aplicasse a lei Y. Quando o direito é positivado de tal forma que as leis, codificadas ou não, são capazes de proporcionar o juiz a solução do caso concreto, temos um sistema que confere pouca ou nenhuma liberdade ao juiz para julgar os casos que lhe são submetidos, porque a lei seria um guia para o cidadão, claramente organi-

zado e elaborado em linguagem simples, permitindo ao destinatário da norma, o cidadão, determinar seus direitos e obrigações quase que por conta própria (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 29).

Ocorre que nem todos os casos submetidos ao Judiciário podem ser solucionados com a simplista e até mesmo ultrapassada regra da subsunção, ainda mais quando os sistemas jurídicos mais modernos, mesmo os da *civil law*, vêm abandonando a legislação através de um formato de “catálogo” de direitos, incluindo cada vez mais no ordenamento normas abertas, que carecem de um sentido, a ser preenchido pelo juiz no caso concreto. No Brasil verifica-se essa tendência pós-positivista no Código Civil, pela inclusão de diversas normas abertas,² bem como pelo NCPC, que adota uma série de normas abertas e, além disso, reconhece a imperiosa necessidade do juiz densificar referidos conceitos, sob pena de nulidade da sua decisão.³

No atual sistema brasileiro, através do NCPC, se reconhece expressamente que a interpretação que o juiz deu para o conceito jurídico aberto “x”, no caso A, tem que ser a mesma quando esse mesmo conceito “x” for necessário para o julgamento do caso B, sob pena de afronta - entre outros - ao princípio da igualdade. É claro também que o caso A pode possuir diferenças substanciais para o caso B, e também que no momento em que o caso B foi julgado, as condições existentes à época do julgamento do caso A não mais existam e justifiquem a alteração da interpretação do conceito “x”. Assim, a exigência de ordem resulta diretamente do reconhecido postulado da

² Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³ Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (inciso II).

justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar conseqüentemente os valores encontrados, pensando-os, até ao fim, em todas as conseqüências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais, - ou, por outras palavras: estão adstritos a proceder com adequação (CANARIS, 2012, p. 18). Trata-se, portanto de uma realidade, já que o novo Código de Processo Civil valoriza sobremaneira a jurisprudência dos Tribunais, o que não era feito pelo antigo CPC, a ponto de se poder afirmar que o Brasil agora possui uma “[...] teoria de precedentes à brasileira.” (BUENO, 2015, p. 567).

A adoção da referida teoria era absolutamente necessária, “[...] para a consolidação de um sistema coeso, estável e harmônico de elaboração, interpretação e aplicação das decisões judiciais” (FRANCO, 2015, p. 522), o que simplesmente não existia no Código de 1973. Porém parece equivocada afirmar que o Brasil passou a integrar a *common law* porque o Código valoriza os precedentes, até porque nos países mais familiarizados com a força dos precedentes - como Inglaterra e Estados Unidos - os casos são julgados “normal e naturalmente”, sem a pretensão de criar um precedente vinculante para o futuro. Na verdade o que dirá se aquele caso julgado no passado tem um valor “x” ou “x+1” como precedente é a sua reiterada citação em casos futuros, ou seja, não há nesses países um processo formal de criação de precedentes, mas isso decorre naturalmente do sistema. Não se conhece um doutrinador estadunidense que tenha dito que o Juiz Marshall, quando julgou o célebre caso *Marbury v Madison*, em 1803, estava criando um precedente cuja *ratio decidendi* - em suma: a possibilidade do Judiciário rever os atos do Congresso por afronta à Constituição - iria ultrapassar o seu tempo e tornar-se histórico. Inclusive a doutrina estadunidense reconhece a figura do *super precedent*, ou seja, um precedente que se enraizou de tal forma no direito e na cultura dos Estados Unidos que é praticamente impossível ele

ser superado algum dia. Segundo Gerhardt (2008, p. 178) os super precedentes

[...] são decisões constitucionais em que as instituições públicas têm investido pesadamente, se baseando repetidamente nelas, e consistentemente aprovadas ao longo de períodos significativos de tempo. Estas são decisões que têm sido tão repetida e amplamente citadas por tanto tempo que o seu significado e valor têm aumentado a ponto de ser assegurada por duradouras redes.

O que se extrai do conceito de super precedente é que a sua “maior qualificação” decorre do seu uso reiterado ao longo do tempo, posto que não há - como dito - um processo formal especificamente destinado à criação de uma decisão que possa ser considerada um precedente superior aos demais, ao contrário do que ocorre no Brasil, em especial com o NCPC. No Brasil tem-se um sistema realmente diferenciado de valorização de precedentes, através de uma lei impondo aos demais órgãos do Judiciário a necessidade de respeito aos referidos julgados. É um curioso caso onde a lei (*civil law*) implementa um instituto que, em sua origem (*common law*), é natural.

Verifica-se assim no NCPC a expressa previsão de que alguns precedentes têm efeito vinculante, ou seja, são de obediência obrigatória para os casos futuros, independentemente das condições de criação e da argumentação jurídica nele utilizada, bastando apenas que tenham sido criados através dos processos formais de elaboração de precedentes vinculantes. É que o Novo Código, seguindo a linha adotada quando da Emenda Constitucional n. 45, em 2004, que instituiu as súmulas vinculantes, diferenciado-as das não vinculantes (persuasivas), exatamente pelo cabimento da reclamação, prevê que a reclamação será cabível diretamente para o Tribunal criador do precedente. Isso significa dizer que pela nova legislação passou o Brasil a ter precedentes (decisões judiciais) equiparadas às súmulas

vinculantes porque a não aplicação da *ratio decidendi* dessas decisões - seja por não aplicar quando cabível ou aplicar quando incabível - será passível de impugnação pela via reclamatória, de acordo com o art. 988 do NCPC, cujo inciso IV dispõe que ela será cabível para “[...] garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.”

Os precedentes⁴ que são considerados vinculantes são, assim, aqueles decorrentes do julgamento de incidentes de assunção de competência, e dos casos repetitivos (art. 928), a saber: incidentes de resolução de demandas repetitivas, recurso especial ou recurso extraordinário, quando taxados de repetitivos, nos termos do art. 1.036 do Código. Todas essas situações previstas em lei são hipóteses de criação de precedentes vinculantes, sem ao menos que seja necessária a sua repetição reiterada em casos futuros. A importância dessa característica é enorme: enquanto na *common law* as decisões judiciais não são proferidas na certeza de que se transformarão em precedentes importantes para casos futuros, por uma série de fatores, na *civil law* brasileira temos decisões que nascem com efeito vinculante, que não precisam preencher condições futuras para que ganhem relevância e se tornem obrigatórias.

Aqui depara-se com um conflito entre o NCPC e um dos pontos da teoria alexyana: se as referidas decisões terão as suas teses jurídicas (*ratio decidendi*) consideradas obrigatórias para casos futuros

⁴ Os enunciados de súmulas não são precedentes no sentido técnico da palavra, já que precedentes são decisões judiciais, proferidas à luz de um caso concreto. Os enunciados de súmulas são, como o nome já revela, resumos elaborados a partir de determinados casos concretos que guardam semelhanças suficientes para terem recebido a mesma decisão (*ratio decidendi*). A importância de se referir aos enunciados como provenientes de casos concretos, está expressamente consagrada no NCPC, no art. 926, em seu § 2º: “[...] ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

ab initio, verifica-se que nos casos em que os precedentes são literalmente criados através de processos formais, as condições limitadoras presentes na teoria da argumentação, referidas anteriormente não se aplicam. Com efeito, segundo Alexy, uma teoria da argumentação jurídica que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essenciais (ALEXY, 2013, p. 267), porque as decisões judiciais do passado possuem forte carga valorativa no presente, seja nos países da *common law* - com mais intensidade - seja nos países da *civil law* - com menos intensidade. Entretanto nas situações previstas no NCPC não se estará diante de tal limitação, eis que os processos referidos serão fontes de precedentes, não havendo, pelo menos em tese, um caso anterior que contenha uma argumentação jurídica apta a ser utilizada obrigatoriamente no processo decisório. As decisões extraídas do incidente de assunção de competência e dos casos repetitivos irão criar os precedentes para o futuro e apenas nos casos futuros é que estará presente essa condição limitadora.

4 A REGRA DA CARGA DA ARGUMENTAÇÃO E A FUNDAMENTAÇÃO

O Novo Código de Processo Civil - como visto - cria uma verdadeira teoria de precedentes para o direito brasileiro, inaugurando uma nova era onde se buscou ao menos ordenar o que era completamente desordenado. Ao mesmo tempo em que se ressaltava a importância dos precedentes há anos, se ignoravam as regras mais comezinhadas inerentes a qualquer sistema que pretende valorizar as decisões judiciais proferidas em casos anteriores, proporcionando verdadeira desigualdade na prestação jurisdicional.

Como o NCPC buscou organizar a aplicação dos precedentes, reconhecendo a sua importância e criando regras para os julgadores, tem-se uma nova realidade inaugurada com a nova legislação, inclusive ao prever expressamente as técnicas mais conhecidas: *distinguishing* e *overruling*. Já foi visto anteriormente que existe agora

no NCPC um processo formal de criação de precedentes vinculantes, cujas teses jurídicas deverão ser observadas pelos juízes em casos futuros. Ocorre que não há teoria de precedentes que estabilize de tal forma as referidas teses jurídicas *ad eternum*. A tese jurídica extraída dos precedentes vinculantes não faz coisa julgada, ou seja, não se torna imutável ao longo do tempo, mas deve ser minimamente estável, nos termos do *caput* do art. 926 do NCPC, não sendo possível a sua modificação “de hora em hora”, como ocorria à luz do Código de 1973, sendo despidendo a citação de exemplos, bastando uma observação empírica minimamente atenta para se confirmar o que aqui é afirmado.

Portanto no NCPC passa o Brasil a ter um processo formal de criação de precedentes vinculantes e uma positivação da estabilidade da tese jurídica a ser extraída desses casos que foram anteriormente mencionados. A partir da criação do precedente, a tese jurídica será aplicada pelos juízes dos casos concretos futuros, o que é previsto em algumas passagens da nova lei. Submetida uma pretensão ao juízo, por exemplo, este deverá julgar liminarmente improcedente o pedido, ou seja, sem ao menos citar o réu, quando esse pedido formulado contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.⁵ Caso o pedido expresse uma

⁵ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

pretensão em conformidade com uma dessas teses jurídicas vinculantes, o tratamento a ser dado é o extremo oposto, com a possibilidade de tutela jurisdicional provisória sobre essa pretensão porque ela está evidentemente fadada a ser acolhida.⁶ Caso a sentença proferida contra a Fazenda Pública esteja aplicando a tese jurídica vinculante oriunda de uma dessas hipóteses, dispensa-se a remessa necessária, porque é previsível que a referida sentença será confirmada, impondo-se à Fazenda o ônus de recorrer para tentar reverter a situação.⁷

O NCPC, em suma, valoriza sobremaneira as teses jurídicas extraídas desses precedentes artificialmente⁸ criados, em outras

⁶ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

⁷ Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

⁸ Artificialmente porque, como exposto, o que confere valor a um precedente, a ponto de ele se tornar quase obrigatório na common law, são fatores

passagens, inclusive, de modo que fica absolutamente claro que as referidas teses jurídicas deverão ser observadas em casos futuros. Entretanto isso não significa dizer, como visto, que referidas teses tornam-se imutáveis, mas apenas estáveis, sendo certo que apenas a aplicação diuturna do NCPC poderá ser capaz de fornecer as condições necessárias e/ou ideais para que as teses possam ser revistas, pela técnica do *overruling*, que consiste na rejeição do precedente (ALEXY, 2013, p. 271). Ademais é preciso esclarecer que as teses jurídicas criadas nos referidos processos formais devem se ater às situações fáticas decorrentes desses referidos casos concretos, não sendo lícita a sua aplicação a casos substancialmente diferentes daqueles que ensejaram a criação das teses. Como alertado por Alexy nunca há dois casos completamente iguais. Sempre se encontra uma diferença. O verdadeiro problema se transfere, por isso, à determinação da relevância das diferenças (ALEXY, 2013, p. 268).

E assim chega-se ao ponto central, que consiste em saber - pelo NCPC - como se faz a demonstração de que os casos concretos são diferentes, ou seja, como se demonstra que o caso atual é substancialmente diferente do caso anterior a ponto da tese jurídica oriunda do caso anterior não ser aplicada ao caso presente. A aplicação de precedentes é, sobremaneira, uma comparação entre casos: o caso atual e aquele que justificou a criação do precedente. Pela regra da carga de argumentação alexyana é ônus da parte que pretende o afastamento do precedente no caso concreto - não a sua superação, que é o *overruling* - demonstrar que o seu caso possui diferenças com o caso precedente que justificam a não aplicação pontual daquela tese jurídica. Trata-se do *distinguishing*, onde não se nega o valor da tese jurídica do precedente, mas apenas se questiona a sua incidência no caso concreto. Segundo a teoria de Alexy, se a tese jurídica fa-

externos e posteriores à própria decisão.

vorecer a parte A, é ônus da parte B demonstrar que o caso concreto entre A e B possui relevantes diferenças em comparação com o caso concreto anterior.

Caberá à parte A adotar duas estratégias: ou esperar que a parte B não consiga demonstrar a relevância das distinções entre os casos concretos, ou assumir o ônus de demonstrar que o caso antecedente é substancialmente igual ao caso atual, a ponto da tese jurídica dever ser aplicada ao caso atual. Pela regra da carga da argumentação, entretanto, o ônus é da parte B, sendo a parte A favorecida pela necessidade da parte B fazer a referida demonstração. Trata-se de um discurso jurídico que será fundamental para a solução do caso concreto e que deverá ser realizado à luz da teoria alexyana, a mais adequada para a situação, cabendo ainda ao juiz do caso concreto dar uma solução para o mesmo considerando necessariamente essa discussão. De acordo com o novo Código (art. 489, § 1^o), não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (inciso VI).

É dever, portanto, do juiz, fundamentar de forma racional e específica, à luz das regras do discurso jurídico, a distinção entre o caso que está sendo julgado por ele e o antecedente, mas a quem compete o ônus do *distinguishing*? Segundo Alexy, como visto, cabe à parte que pretender o afastamento do precedente ao seu caso concreto, e o NCPC confirma a referida afirmação ao citar o ônus da parte beneficiada pela distinção no art. 1.042, § 1^o, que apesar de se referir ao recurso de agravo interno, pode ter a sua norma aplicada a todas as hipóteses em que se pretender o aludido afastamento.⁹

⁹ Art. 1.042, § 1^o. Sob pena de não conhecimento do agravo, incumbirá ao agravante demonstrar, de forma expressa:

Trata-se de uma referência simples: o agravante, beneficiado pela distinção na solução do seu caso concreto, deverá se desincumbir do ônus do *distinguishing*, o que se revela ainda totalmente compatível com a valorização dos precedentes no NCPC. Aquele que for eventualmente beneficiado pela aplicação, em tese, do precedente, pode valer-se da presunção de aplicabilidade da tese jurídica anterior, ou assumir um ônus que na verdade ela não possui: o de provar a aplicabilidade da tese jurídica originária do caso precedente ao caso atual.

Nos casos de *overruling* a situação se mantém. Inicialmente é imperioso destacar que a superação do precedente pressupõe fundadas razões para tal. Em um Código que determina expressamente que a jurisprudência deve ser estável - como regra - a superação dessa jurisprudência deve ser obrigatoriamente tratada como exceção, só se admitindo que ocorra em situações realmente necessárias. Sobressai, no caso, a importância da argumentação jurídica com a necessidade de uma fundamentação racional, específica e legítima para justificar a superação do precedente. Com efeito, de acordo com o NCPC, no art. 927, a alteração da tese jurídica deve ter o maior número possível de participantes - o que aumenta a quantidade e/ou qualidade dos argumentos jurídicos deduzidos, bem como deve essa alteração ser fundamentada de forma específica.¹⁰ Significa dizer que não pode

I - a intempestividade do recurso especial ou extraordinário sobrestado, quando o recurso fundar-se na hipótese do inciso I do caput deste artigo;

II - A existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado, quando a inadmissão do recurso:

a) especial ou extraordinário fundar-se em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo por tribunal superior;

b) extraordinário fundar-se em decisão anterior do Supremo Tribunal Federal de inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida.

¹⁰ § 2º-A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

o juízo, após todo o esforço argumentativo das partes, simplesmente dar uma solução para o caso concreto desconsiderando a estabilidade dos precedentes, julgando o caso que lhe for submetido como se simplesmente não houvesse um precedente em sentido contrário.

A aplicação da teoria alexyana acerca da argumentação jurídica é extremamente útil para a maior racionalização da técnica do *overruling*, evitando a sua banalização, de modo que se o NCPC cria tantas condições para que ocorra a superação do precedente, isso se dá porque a valorização da estabilidade é evidente. Essa valorização faz ainda ser natural a conclusão de que a parte beneficiada pela superação tem o ônus de fazer a demonstração de que estão presentes as condições necessárias para a superação, seja porque houve uma simples mudança na lei que serviu de base para o precedente, seja porque as condições da sociedade no momento não são as mesmas presentes quando o precedente foi formado. Trata-se de uma questão de argumentação jurídica, onde o processo, mesmo com as condições limitadoras expostas em capítulo anterior para o discurso, é o campo ideal para o *overruling*, podendo entretanto, por óbvio, valer-se das discussões acadêmicas eventualmente existentes acerca daquela tese jurídica.

Ademais a questão da fundamentação racional torna-se imperiosa, já que o NCPC exige uma justificação específica e legítima para a superação do precedente, onde é lembrado que a estabilidade agora é a regra. A fundamentação apresentada pelo Tribunal para fazer a superação do precedente pressupõe um discurso jurídico legítimo, ou seja, que tenha respeitado as regras do processo onde ocorreu, e a utilização de fundamentos racionais que tenham sido objeto de um pleno e efetivo contraditório.

[...]

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

5 CONCLUSÃO

A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy é extremamente importante para a construção das decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente porque considera a argumentação jurídica como parte fundamental desse processo. Como o direito não está contido em um catálogo simples e claro de direitos e deveres, sendo muitas vezes composto por normas com linguagem imprecisa, bem como por vazios carentes de preenchimento, o papel da decisão judicial torna-se mais importante ainda, já que a fórmula básica do silogismo não é adequada.

Argumentos jurídicos deduzidos pelas partes em um processo judicial, em um verdadeiro discurso jurídico, com todas as suas limitações procedimentais, são parte integrante do processo decisório, bem como a necessidade de uma fundamentação lógica e racional, que considere esses argumentos. O discurso jurídico alexyano reconhece ainda a força dos precedentes, porque da mesma forma que o discurso jurídico não pode ignorar o direito vigente - não sendo livre como o discurso prático - também não pode ignorar os precedentes.

A valorização dos precedentes trazida pelo Novo Código de Processo Civil segue uma tendência mundial, mais intensa na *common law*, e agora mais presente na *civil law*, no sentido de considerar como relevantes as decisões passadas. O NCPC inova ao instituir mecanismos formais de criação de precedentes vinculantes, mas estabelece como regra o respeito a esses mesmos precedentes, ao prever a sua estabilidade como regra.

Em se tratando de uma regra, o afastamento do precedente é uma exceção, e conjugado com a regra da carga da argumentação em Robert Alexy, tem-se que é ônus da parte beneficiada pelo afastamento da tese jurídica do precedente, seja pelo *overruling*, seja pelo *distinguishing*, demonstrar as razões que indicam a necessidade

de superação ou de afastamento da tese jurídica vinculante apenas naquele caso concreto.

Ainda sob a teoria alexyana, exige-se do juiz do caso uma fundamentação legítima e racional, capaz de revelar às partes as razões pelas quais se adota a posição de excepcionar a regra da estabilidade do precedente. A inegável contribuição do notável jurista de Kiel para o desenvolvimento da ciência do direito, com a sua teoria da argumentação jurídica, ultrapassa barreiras, podendo ainda ser útil para a melhor compreensão dos novos institutos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica - a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Forense: Rio de Janeiro, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Coleção grandes temas do novo CPC - precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

JESTAZ, Philippe. *Les sources du droit*. Paris: Éditions Dalloz, 2015.

MERRYMAN, John Henry; PÉREX-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition - an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3rd ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

LA COLISIÓN DE PRINCIPIOS Y LA CESIÓN DE CARTERA VENCIDA DEL INFONAVIT-MÉXICO A RECUPERADORAS DE CRÉDITO PRIVADAS. ESTUDIO DE CASO DESDE LA TEORÍA DE LA PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO PRO PERSONA

Jorge Antonio Contreras*

RESUMEN

El propósito del presente documento es realizar un análisis hermenéutico en su dimensión jurídica acerca de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México a la contradicción de tesis marcada con el número 166/2009 y que versa sobre la controversia surgida a raíz de la Cesión de la cartera vencida del Instituto Nacional del Fondo de Vivienda de los Trabajadores INFONAVIT a recuperadoras de crédito privadas llevada a cabo en el año de 2006 y resuelta por los máximos tribunales de este país en el 2009. Así mismo se hace mención de los principales elementos que componen la teoría de la ponderación de Robert Alexy con apoyo de otros autores representativos del tema, con el fin de elaborar una propuesta argumentativa que sea útil para re-orientar el proceso de toma de decisión de los operadores jurídicos competentes dando prevalencia al principio pro persona/pro homine y a la protección de los derechos humanos.

Palavras-chave: Colisión de principios. Derechos humanos. Derecho a vivienda.

* Maestro en Ética para la Construcción Social por la Universidad de Deusto-Bilbao; Maestrante en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Abogado; Profesor del área de Humanidades del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey Campus San Luis Potosí; Avenida Eugenio Garza Sada, 300, Lomas del Tecnológico, 78211, San Luis, S.L.P., México; licjorgecontre@gmail.com

1 INTRODUCCIÓN

El propósito del presente documento es realizar un análisis hermenéutico en su dimensión jurídica acerca de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México a la contradicción de tesis marcada con el número 166/2009 y que versa sobre la controversia surgida a raíz de la Cesión de la cartera vencida del Instituto Nacional del Fondo de Vivienda de los Trabajadores INFONAVIT, (en lo sucesivo el Instituto) a recuperadoras de crédito privadas.

Por otro lado se trata de indicar un punto de partida para instrumentar una nueva gama de estrategias jurídicas para la defensa de los acreditados que han caído en estos supuestos.

Se parte pues, desde las herramientas ofrecidas por la teoría de la ponderación de Robert Alexy rescatando algunas interpretaciones hechas por otros autores, seleccionadas por su utilidad para simplificar la comprensión del modelo original.

Además se marcará énfasis en la posibilidad que representa tanto la incorporación del principio pro persona como el del control difuso en la constitución, para ser aprovechados como fundamento y eje argumentativo para una nueva interpretación del caso concreto que oriente el proceso de toma de decisión jurisdiccional hacia la consecución de la más amplia protección al derecho a la vivienda, y en consecuencia, a todos los que por conexidad se encuentran ligados a este.

En la primer parte del trabajo se exponen algunos antecedentes y elementos caracterizadores de la argumentación jurídica basada en la diferencia entre principios y reglas.

Luego se explica brevemente en qué consiste la teoría y fórmula del peso de Alexy y porqué es útil aplicarla en el supuesto de que dos principios lleguen a colisionar en un determinado caso.

En una segunda sección describo el panorama general del conflicto suscitado a raíz de la cesión de cartera vencida del Instituto. Se ha de advertir que el contexto es propicio para realizar un abun-

dante análisis multidisciplinario, aunque de momento no será realizado por ser este un trabajo enfocado a la argumentación jurídica por medio de herramientas analíticas. De todas formas es importante que el lector tenga conocimiento de algunos hechos trascendentales en el caso a partir de elementos propios de la historización de esta lucha.

El apartado que cierra el cuerpo del ensayo se ocupará de mostrar los argumentos que dan soporte a la propuesta de ponderación construida tras la aplicación de los insumos antes descritos, desde luego también se despliega la fórmula del peso, para terminar con la conclusión obtenida sobre cómo decidió la corte y en qué sentido debería decidir para dar prevalencia al principio de mayor peso tras el examen de proporcionalidad.

2 ARGUMENTACIÓN, PONDERACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Es pertinente comenzar el desarrollo de este trabajo estableciendo algunas consideraciones en torno a la relación entre la argumentación jurídica, la actividad jurisdiccional de ponderar y el discurso de los Derechos Humanos.

Fue Ronald Dworkin, quien en su obra *Los Derechos en Serio*, ofreció una revisión crítica de lo que él llamo *el esqueleto del positivismo*, término que utilizó para describir las proposiciones centrales dentro de las cuales se organiza el canon interpretativo según esta escuela de pensamiento.

Así, la hermenéutica positivista-jurídica, según el profesor norteamericano, consta de los siguientes principios (DWORKIN, 1992, p. 65-66):

- a) El Derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos [...]

b) El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de Derecho, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay alguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón) entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”, sino que ha de ser decidido por una autoridad, como un juez “que ejerza su discreción”[...]

c) Decir que alguien tiene una obligación jurídica, equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga. [...] En ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica; de ello se sigue que cuando el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto.

Además de lo anterior Dworkin distingue la diferencia entre normas y principios y a partir de examinar los postulados de H.L.A. Hart acerca de la distinción entre normas primarias y normas secundarias es que plantea la posibilidad de que en el sistema jurídico existan estándares que no precisamente corresponden al concepto hartiano de norma, sino que tienen diferentes características; por ejemplo, directrices de tipo político y otros tipos de pautas.

La distinción de Hart toma especial relevancia, sobre todo cuando estamos en presencia de casos difíciles, donde el proceso de toma de decisión para resolverlos pudiese presentarse como una tarea compleja.

Por ello, se le llamó Principio a un estándar que ha de ser observado, según Dworkin, por ser una exigencia de la moral en sus

dimensiones de justicia y equidad (DWORKIN, 1992). Esta denominación es la base de la distinción entre normas y principios.¹

Por otro lado, las reglas describen de manera explícita conductas o abstenciones, sin embargo, estas no son capaces de contener todas las excepciones que invariablemente una realidad dinámica y cambiante presentará aun y cuando su formulación por parte del legislador esté inspirada en principios o ideales morales de determinada cultura o grupo social.

No obstante, podemos encontrar reglas y principios inmersos dentro de los diversos ordenamientos jurídicos, González Maldonado abona otro elemento que ayuda a la distinción entre ambos: Los principios -dice- se diferencian de las demás reglas jurídicas porque son abstractos y generales, además de que algunas veces, se encuentran implícitos en virtud del espíritu de algunas disposiciones que, sin decirlo expresamente, están orientadas a tutelar determinados fines (MALDONADO, 2011, p. 9).

Surge entonces la pregunta de ¿Cómo conectar de forma conceptual y práctica las reglas y los principios?, en respuesta, González sugiere comprender que las reglas son el desarrollo de determinados principios.²

También conviene preguntar ¿Qué es lo que sucede cuando dos normas o dos principios colisionan o chocan bajo determinados

¹ Para Dworkin la distinción entre normas y principios es una distinción lógica, puesto que difieren en el carácter de la orientación que dan. Si los hechos que estipula una norma se conjuntan en la realidad, entonces la norma es válida, en caso contrario no lo es.

² Como ejemplo, el autor invita a pensar en el postulado: “El interés general rige sobre el interés particular”. Sin duda una afirmación que se puede desdoblar en un sinnúmero de supuestos, en cambio pone el ejemplo de esta otra declaración: “Las compañías de seguros deberán contar con el capital suficiente para cubrir el monto de los riesgos asumidos”, en este último supuesto estaríamos en presencia de una regla porque especifica la conducta en un caso concreto.

contextos y cuáles son los procesos para decidir cuál debiese prevalecer sobre uno u otro para efectos de solucionar la controversia?

Para dar respuesta a estas preguntas, que de cierta manera son el insumo principal de la propuesta que se presenta, es necesario en primer lugar distanciarnos del canon interpretativo tradicional, que tal y como se aprecia en este caso, es adoptado todavía por muchos de los jueces y ministros mexicanos.³

De nueva cuenta apoyándonos en la distinción entre reglas y principios, se puede imaginar un primer supuesto en donde dos reglas colisionen, para estos casos, la solución no se presenta como totalmente compleja; sino que para llegar a ella, bastaría con ver cuál de las reglas describe la conducta o la omisión presentes en los hechos con mayor exactitud.

Otra situación resulta de la colisión entre dos principios, hecho perfectamente posible en nuestros tiempos debido a que como sostiene Carbonell (2011, p. 10) hay una presencia masiva de principios en las constituciones contemporáneas.

En el caso del sistema jurídico estatal mexicano, a través de la reforma constitucional publicada en el año de 2011 se establecen aspectos de toral importancia en materia de la protección y garantía de los Derechos Humanos, sobre todo en el sentido de lo que a continuación reproduzco:

EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS TODAS LAS PERSONAS GOZARAN DE LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN ESTA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE LOS QUE EL ESTADO MEXICANO

³ Me refiero al método del Silogismo jurídico o método de subsunción en el que básicamente los jueces toman sus decisiones a partir de las conclusiones extraídas de premisas generales a partir de las reglas de la lógica formal aristotélica. Una descripción detallada de este método se puede encontrar en García Amado (2007) y Pernia (2001).

SEA PARTE, ASI COMO DE LAS GARANTÍAS PARA SU PROTECCION, CUYO EJERCICIO NO PODRA RESTRINGIRSE NI SUSPENDERSE, SALVO EN LOS CASOS Y BAJO LAS CONDICIONES QUE ESTA CONSTITUCION ESTABLECE.

LAS NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS HUMANOS SE INTERPRETARÁN DE CONFORMIDAD CON ESTA CONSTITUCION Y CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE LA MATERIA FAVORECIENDO EN TODO TIEMPO A LAS PERSONAS LA PROTECCION MAS AMPLIA.

TODAS LAS AUTORIDADES, EN EL AMBITO DE SUS COMPETENCIAS, TIENEN LA OBLIGACION DE PROMOVER, RESPECTAR, PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS DE CONFORMIDAD CON LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD. EN CONSECUENCIA, EL ESTADO DEBERA PREVENIR, INVESTIGAR, SANCIONAR Y REPARAR LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS, EN LOS TERMINOS QUE ESTABLEZCA LA LEY. Congreso de la Unión. (CONGRESO DE LA UNIÓN MÉXICO, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2014, subrayado propio).

Como se aprecia, aun y cuando por regla constitucional existe un claro límite al ejercicio de las libertades y derechos, límite contenido dentro de su propia estructura y los tratados internacionales en los que el país es parte, también es cierto que la autoridad, incluidas aquellas encargadas de resolver las controversias en los órganos jurisdiccionales, deben hacerlo basados en los principios subrayados en la cita invocada, otorgando la más amplia protección a las personas.

Sin duda, lo anterior representa un ideal moral perfeccionador que vive dentro de la norma constitucional, manifestándose en la forma del principio *pro persona*, del cual Castilla (2011) explica:

No obstante lo anterior, la necesidad del establecimiento de métodos hermenéuticos especiales para los derechos fundamentales, en gran medida nace por el hecho

que el denominado sistema normativo de derechos humanos —que es un conjunto de normas constitucionales/ legales/convencionales y consuetudinarias internas e internacionales— enuncia el contenido y el alcance de los derechos y libertades protegidos, así como los criterios para su restricción y suspensión legítima, pero esos enunciados son un piso y no un techo de su contenido y alcance para su ejercicio, así como un techo y no un piso para su restricción. Es decir, que en gran medida lo que justifica la existencia de métodos diversos de interpretación y aplicación, es que las de derechos humanos son normas con contenido y características especiales. (CASTILLA, 2011).

Siguiendo a este mismo autor, el principio *pro persona*, establece la exigencia y necesidad de tener una regla interpretativa que se oriente a privilegiar, preferir, sancionar, favorecer, tutelar y por lo tanto a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano.

De tal suerte que lo hasta aquí mencionado forma parte del llamado *control difuso de la constitución*, y de acuerdo con Xóchitl Garmendia (2015, 7AD, p. 1) abre una dimensión amplísima de derechos para el ciudadano.

Entonces, al considerar principios dentro del orden normativo, se puede dar el caso de que estos choquen o colisionen, situación que problematiza la labor decisional del juzgador en los casos difíciles o paradigmáticos.

Así, de manera interna, cuando la mente del juzgador se enfrenta a un nuevo problema, como sostiene Hernández Franco (2010, p. 31): Éste no utiliza en un primer momento la lógica, sino que se vale de *atajos heurísticos*, es decir, ajustes mentales de las categorías preexistentes en ella en base a nuevas circunstancias asimiladas. Lo anterior es llamado *Insight* o conciencia comprensiva.

Sanchíz (2014, p. 68), para el caso particular de los derechos fundamentales, explica que en los últimos tiempos se han venido desarrollando dos teorías o posiciones respecto de este proceso de *insight* o delimitación jurídica: Una interna y una externa, también conocidas como concepción subsuntiva y concepción particularista

Así pues, la teoría subsuntiva, de la que brevemente he hablado en párrafos anteriores, confía en que todas y cada una de las posibles conductas se encuentran bien delimitadas y son coherentes con el texto constitucional, así los casos se resuelven por medio de la aplicación de reglas.

Conforme el postulado anterior, si de pronto se diera un suceso no previsto textualmente por la norma, entonces se estaría en presencia de una libertad natural o no jurídica, por lo que sería susceptible de limitación por actos discrecionales del poder público o bien por un negocio privado.⁴

La teoría externa o particularista siguiendo de nuevo al mismo autor, parte de lo que se llama una concepción amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales (SANCHÍZ, 2014). Incorporar esta concepción amplia significa admitir como ejercicio de los derechos fundamentales cualquier conducta o situación que presente por lo menos una característica o particularidad que pueda atribuirse al campo semántico de un derecho. En consecuencia, los derechos fundamentales son tomados como principios y no como reglas.

Por tanto y como alternativa se sugiere utilizar los instrumentos hermenéuticos que nos ofrece la teoría de la argumentación jurídica y la ponderación, debido a que con ellos, se va más allá de la interpretación tradicional y además se da un margen de actuación

⁴ Como se verá, esta postura es la que en repetidos momentos adopta la corte al exponer los argumentos que fundamentan la resolución ante el caso que nos ocupa.

más amplio para la defensa y tutela de los derechos fundamentales inspirados en el principio pro persona.⁵

Metodológicamente, esta teoría se compone de dos momentos: Un examen *prima facie*, necesariamente subsuntivo, donde se identifica la importancia y la existencia de una *antinomia*⁶ y un juicio definitivo o *de ponderación* donde se trata de encontrar el peso que los principios poseen bajo el contexto del caso en particular. Al final no se le restará validez a ningún principio, sino que se concluirá cuáles excepciones no son previsibles por la norma, decidiendo la prevalencia de aquel, que por ejemplo, en el caso de México en el sentido de la reforma constitucional mencionada, da una protección más amplia a los derechos fundamentales.

Con la teoría formulada por Robert Alexy (2011), se trata de dar una respuesta racional a una de las interrogantes que se planteaban al principio de este trabajo y que tiene que ver con la prevalencia de un principio sobre otro en un caso concreto.

La acción de ponderar, para Alexy, corresponde a establecer la mayor medida posible en la que un principio debe ser cumplido, para ello será necesario contrastarlo con los principios que juegan en sentido contrario.

⁵ Además de los principios relacionados con este y la protección de los derechos fundamentales como el de interpretación evolutiva, interpretación conforme, de posición preferente, maximización de los derechos, fuerza expansiva de los derechos, estándar mínimo, progresividad, efectividad y efecto útil, entre otros. Para efectos prácticos he decidido desarrollar el trabajo analítico en base a un solo principio, el pro persona, con el afán de ilustrar un posible marco aplicable a cualquiera de estos o a su conjunto.

⁶ En otro trabajo Sanchíz (apud CARBONELL NAVARRO, 2011, p. 65) define la antinomia como el momento cuando en un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente, es decir, un conflicto o colisión entre principios.

Así de forma *prima facie*, o en un primer momento y en la más elemental de sus concepciones⁷ tenemos la incompatibilidad entre dos principios donde se busca darle solución a través de la prevalencia de uno sobre otro; sin embargo, se deberá tener presente que esta solución será válida para el caso en particular y que lo que pretende en realidad es establecer una *relación condicionada* entre los principios que colisionan.

De manera general, la estructura de la ponderación tiene tres elementos (ALEXY, 2011, p. 3):

1. La ley de la ponderación
2. La fórmula del peso
3. La carga de la argumentación

En un primer momento, Alexy, enuncia la ley de la ponderación de la siguiente forma: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.” (ALEXY, 2011).

Así, la estructura de la ley de la ponderación, en la forma simplificada que propone Carlos Bernal Pulido⁸ a partir de interpretar la teoría original de Alexy tiene dos pasos a seguir:

⁷ Desde luego Alexy contempla formas más complejas en donde no dos principios colisionan, sino que en realidad son más, lo que frecuentemente sucede con la interconexidad de los Derechos Humanos, por ejemplo, por lo que es necesario complejizar y extender la matriz analítica; sin embargo, sea grande o pequeña esta matriz, le siguen siendo aplicables los principios fundamentales de la teoría de la ponderación.

⁸ Bernal pulido propone dos pasos en lugar de tres (como originalmente lo hace Alexy) ya que considera el segundo y tercer paso son análogos, porque ambos consisten en establecer la importancia de los principios en colisión. (BERNAL PULIDO, 2011, p. 37).

1. Definir el grado de la no afectación o de la intervención de un principio sobre otro. A esta variable se le asigna la representación abreviada de : *lpiC*.

2. Definir la importancia de la satisfacción de un principio sobre otro que *juega en sentido contrario*. A esta variable se le asigna la representación abreviada de: *WPjC*.

Para lograr lo anterior, Alexy sugiere asignar a estas variables valores cuantitativos basados en una escala triádica de naturaleza geométrica,⁹ debido a que así se distingue mejor la distancia que un valor toma de otro,¹⁰ estos valores son:

Nivel de Afectación o Importancia	Valor
Grave	4
Moderada	2
Leve	1

Otra variable importante a tomar en consideración es el peso abstracto de los principios, el cuál simbolizamos con la expresión *GPIa* y *GPIj* respectivamente. Este peso dependerá de la orientación moral y jerárquica de la fuente del derecho en el que estén establecidos.

Por ejemplo, en el caso que nos ocupa: El derecho a la vivienda ligado al principio pro persona tiene un peso abstracto mayor al de la doble personalidad del Estado, pues mientras el primero es un Derecho Humano reconocido en la Constitución y los tratados internacionales en los que México forma parte (COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS MÉXICO, 2015) el segundo es un considerando doctrinal que divide el poder soberano del estado en su actuación de mandato o *imperio* y en un supuesto carácter de ente

⁹ La otra opción que plantea Alexy es la de usar escala consecutiva: 1,2,3.

¹⁰ Esta escala geométrica corresponde a usar $20 = 1$; $21 = 2$ $22 = 4$.

privado, capaz de llevar a cabo actos jurídicos como si se tratase de un particular (GORDILLO, 2013, p. 42). Por lo anterior y en virtud de la reforma constitucional citada ya en este documento, el principio pro persona y la protección amplia que debe dar al derecho a la vivienda tienen un peso abstracto indudablemente mayor en el nuevo canon interpretativo que guía al sistema jurídico mexicano.

Por último a estas variables: Nivel de intervención y peso abstracto, se les debe añadir una tercera: La seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes a la delimitación que se ha hecho respecto de las primeras dos. (Intervención y peso). A esta tercer variable se le simboliza con la letra S.¹¹

Para designar valores de S, se sugiere retomar la escala triádica aplicando el siguiente ajuste para contextualizarlo con la medición de “certezas”, quedando de la siguiente manera:

Nivel de Seguridad o Certeza	Valor
Cierto	1
Plausible	1/2
No evidentemente Falso	1/4

Ahora bien, para relacionar y articular de manera conjunta la importancia de los principios, su peso abstracto y la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas relativas a su importancia, existe la llamada *fórmula del peso*.

La fórmula del peso, apoyándonos en la lectura que hace Bernal Pulido, dice que:

El peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j en cierto caso, deriva del cociente, entre por

¹¹ Ya en la relación con las dos primeras variables, la simbología respectiva de “s” quedaría así: SPiC y SPjC.

una parte, el producto de la importancia del principio P_i , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio P_j , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia (BERNAL PULIDO, 2011).

De tal suerte que en su simbología la fórmula del peso queda expresada de la siguiente forma:

$$G_{jC, Pi} = \frac{WP_{jC} \cdot GP_{jA} \cdot SP_{jC}}{IP_{iC} \cdot GP_{iA} \cdot SP_{iC}}$$

Obteniendo $G_{jC, Pi}$ ó ya es posible establecer el peso del principio P_i en relación al que juega en contrario, es decir: jC , en las circunstancias de un determinado caso. Sin embargo esta apreciación no estaría completa a menos de que apliquemos la fórmula de manera que encontremos qué hubiese sucedido en el caso de que el principio contrario, que es el intervencionista, fuese el intervenido. Para ello basta con hacer la siguiente sustitución en la fórmula del peso:

Al realizar esta: $GP_{i, jC} \leq GP_{j, iC}$ obtener dos cocientes que corresponden a cada tipo de evaluación del *juego* de principios que se ha hecho, respectivamente, encontramos que se puede formular una nueva ley (BERNAL PULIDO, 2011, p. 38), la cual ya nos da una orientación más precisa sobre la decisión que se deberá tomar y el principio que se deberá de satisfacer en mayor grado.

Esta nueva ley se expresaría de esta manera:

Lo que quiere decir que: “En cuanto mayor sea el peso concreto del principio Pi, en relación con el principio Pj a la luz de las circunstancias del caso, tanto mayor deberá ser el peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi, a la luz de las circunstancias del caso.” (BERNAL PULIDO, 2011).

Por lo anterior, la decisión a ser tomada deberá ir enfocada a satisfacer en mayor grado al principio que después de esta ponderación obtenga una puntuación más alta, es decir, más peso.

Aun y cuando se puede presentar un empate entre estas puntuaciones, no es mi intención abordar las propuestas existentes para resolverlo, ya que considero que en el caso que expongo es evidente y justificado pensar que no lo hay.

Una vez precisadas las características del modelo de Alexy para orientar la toma de decisiones ante casos difíciles, es necesario dar un breve recorrido al contexto en el que se desarrolla el problema que da origen a esta propuesta: La cesión de la cartera vencida del INFONAVIT a recuperadoras de crédito privadas.

3 ANTECEDENTES DEL CASO

El día 26 de octubre de 2005, el Consejo de Administración del Instituto, emitió una resolución acerca de castigos y quebrantos a deudores, por la que autorizó proceder a la venta de cartera vencida a ciento por ciento, hasta por 56 mil 491 créditos, mediante subasta pública, así como la contratación de los proveedores necesarios para llevar a cabo dicha operación (MÉNDEZ, 2009).

En ese año la cartera vencida fue cedida mediante el acto jurídico de la cesión de Derechos, acto de naturaleza civil y regulado por lo establecido a partir del artículo 2030 del Código sustantivo federal, por las empresas Scrap II y Recuperadora de Deuda Hipotecaria RDH quienes pagaron, según datos publicados en el periódico la

Jornada (BERNAL PULIDO, 2011), 1600 millones de pesos para hacerse de la titularidad los créditos mencionados.

Es así que a partir de esto muchas de las familias acreditadas por el Instituto al estar en imposibilidad financiera de cubrir su adeudo, han estado perdiendo su vivienda como consecuencia de incontables juicios hipotecarios entablados por las empresas recuperadoras, que hoy se ostentan, debido al acto comentado, como acreedores legítimos.

En el ámbito local, se instrumentaron diversos esfuerzos de defensa jurídica para combatir este problema, entre los que destacan estrategias como:

1. Juicios de Amparo promovidos contra la resolución del Consejo administrativo del Instituto que autoriza y ordena la venta de los créditos de la cartera vencida.
2. Reconvenciones en juicios hipotecarios solicitando otorgamiento y firma de escrituras, además de oponer la excepción de prescripción en los casos que correspondía por tener más de 10 años a partir de la exigibilidad del crédito.
3. Oposición de la excepción de falta de derecho de la parte actora en los casos en los que la vivienda había sido adquirida a terceros y no había sido construida con bienes del Instituto, situación en la que la entrega de la vivienda era improcedente.¹²

¹² Este tipo de defensa se instrumenta con base en una interpretación nacida de la contradicción de tesis que lleva por rubro “CONTRATO DE CRÉDITO OTORGADO POR EL INFONAVIT PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA. LAS REGLAS SOBRE RESCISIÓN Y SUS CONSECUENCIAS, PREVISTAS POR EL ARTÍCULO 49 DE LA LEY RELATIVA, SÓLO SON APLICABLES RESPECTO DE INMUEBLES FINANCIADOS DIRECTAMENTE POR EL INSTITUTO, CUANDO HAYAN SIDO CONSTRUIDOS CON RECURSOS DEL MISMO. Ver. Novena Época, Registro: 173583, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario

Para efectos de este trabajo se analizará la primera de ellas, debido a que es en este nivel correspondiente a los juicios de amparo promovidos donde encontramos las diversas resoluciones de los órganos jurisdiccionales competentes y son de hecho, a los que resulta más trascendente aplicarle un análisis en función al juego de principios que presentan.

Es necesario recordar que dicho análisis tiene el propósito de desplegar la teoría de la ponderación partiendo de las teorizaciones hechas originalmente por Robert Alexy, utilizando en su mayoría los textos traducidos por Manuel Atienza y otros, con el propósito de servir como argumentos para la defensa estratégica del derecho humano a la vivienda a través del principio pro persona.

4 EL JUICIO DE PONDERACIÓN APLICADO AL CASO EN PARTICULAR

Entendemos el derecho a la vivienda en su interconexidad holística (GARMENDIA CEDILLO, 2015, 7AD, p. 37) con otros de igual o mayor trascendencia como la salud, la vida y la educación, entre otros. De tal suerte que su vulneración como lo afirma Pisarello: “[...] se ha convertido en uno de los problemas más acuciantes no sólo de los países empobrecidos, sino también de los denominados desarrollados.” (PISARELLO; OBSERVATORIO, 2003, p 19).

Por su parte Bordieu ya se mostraba preocupado por las relaciones de desigualdad existentes en el tejido social y en el cómo estas se reflejaban en el espacio del hogar.

En relación a lo anterior, el sociólogo identificó una arbitrariedad cultural en forma de violencia simbólica, pues consideraba que: “En el hábitat doméstico [...] es su relación (de ese hábitat) con la clase dominante lo que convierte en legítimo y objetivo lo que no

Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, Enero de 2007, Materia(s): Administrativa, Tesis: 1a./J. 78/2006, Página: 156.

es sino el resultado arbitrario, en la esfera simbólica del ejercicio del poder.” (BOURDIEU, 1988, p. 131).

En el caso que nos ocupa, esta violencia no solamente se da en el terreno cultural, sino que se trasmite para dar forma a una violencia institucional en donde el Estado a través de políticas y criterios jurisdiccionales lesiona el hábitat del trabajador, depauperando su calidad de vida y colocándolo en un riesgo inminente de perder todo lo que se relaciona con su vivienda.

Y es que en ese sentido, como propone Echeverría: La vivienda debe ser reconocida e intervenida-y protegida- en clave de hábitat.

Para esta autora, la vivienda es:

[...] una respuesta, oportunidad y desenlace diversificados de lo individual, familiar y grupal; que se despliega desde una variedad de resoluciones, significaciones, funciones, usos y actividades; según diferentes etnias, grupos, actores, realidades, circunstancias, necesidades, valoraciones, imaginarios, costumbres, prácticas; gestadas mediante procesos múltiples que imbrican variables como: acceso al suelo, a servicios, infraestructuras y equipamientos, materiales, tecnologías y formas de producción, formas de ocupación, progresividad y flexibilidad, morfologías, tipologías y tamaños. (ECHEVERRÍA, 2011).

Esto quiere decir que la vivienda es más que las cuatro paredes que resguardan a una familia de las inclemencias de vivir a la intemperie. En un concepto ampliado, la vivienda es parte constituyente y relacional del hábitat de la persona.

Por ello, considero que el derecho a una vivienda digna está contenido dentro del principio pro persona, del que ya se ha hablado en la parte inicial de este documento, argumento del que nos valemos, junto con el de la diferencia entre reglas y principios, para exponer las siguientes consideraciones:

La resolución dada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la contradicción de tesis 166/2009 y que puso jurídicamente “fin” a la controversia originada por la cesión de cartera en comento, presentó como fondo del asunto una colisión de principios: Por un lado, el principio de la doble personalidad del estado y por otro, el principio pro persona en su dimensión de derecho a la vivienda. Esto se puede apreciar de la lectura de la misma resolución (subrayado propio):

INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES. LA EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN NÚMERO RCA-1316-10/05 DE 26 DE OCTUBRE DE 2005, POR LA QUE AUTORIZÓ LA VENTA DE CARTERA VENCIDA, NO ES UN ACTO DE AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.-La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 2a. XXXVI/99, de rubro: “AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. TIENE ESE CARÁCTER UN ÓRGANO DEL ESTADO QUE AFECTA LA ESFERA JURÍDICA DEL GOBERNADO EN RELACIONES JURÍDICAS QUE NO SE ENTABLAN ENTRE PARTICULARES.”, estableció que es autoridad para efectos del juicio de amparo el ente de hecho o de derecho que emite actos unilaterales a través de los cuales crea, modifica o extingue, por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de los gobernados, sin requerir para ello de acudir a los órganos judiciales ni del consenso de la voluntad del afectado, de lo que se sigue que autoridad es la que *ejerce facultades decisorias* que le están atribuidas en la ley y que, por ende, constituyen una potestad administrativa cuyo ejercicio es irrenunciable, al ser de naturaleza pública la fuente de tal potestad. En congruencia con dicho criterio, el acto por el que el Consejo de Administración del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, en términos de la última parte de la fracción IX del artículo 16 de la Ley que lo regula, emitió la resolución número RCA-1316-10/05 de 26 de octubre de 2005, en la que *autorizó la venta de la*

cartera vencida reservada al 100%, hasta por 56491 créditos, mediante subasta pública, así como a la contratación de los proveedores necesarios para realizar esa venta, cumpliendo con la normatividad que al respecto hubiese emitido la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, si bien es cierto es un acto unilateral realizado conforme a las facultades que le otorga la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, también lo es que no contiene las notas distintivas para que pueda considerarse como un acto de autoridad, pues debe tenerse presente que si la venta de la cartera vencida (cesión de derechos), en sí misma considerada, en términos del Código Civil Federal es un acuerdo de voluntades entre acreedor (cedente) y un tercero ajeno a la relación contractual primigenia, o bien, otro acreedor (cesionario) cuyo objeto es transmitir a este último los derechos que el primero tiene contra el deudor, sin que ello implique la extinción de la deuda, y en el caso de que la cesión sea onerosa, como en la especie, el pago realizado por el cesionario al cedente constituye una circunstancia de este contrato, pues se trata del importe de esta operación, resulta válido concluir que a través de la resolución citada (que sólo resulta ser el antecedente de la cesión de derechos), el Instituto no emite actos unilaterales a través de los cuales crea, modifica o extingue por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal del particular, en este caso de los trabajadores cuyos contratos de crédito forman parte de la cartera vencida y que fueron vendidos. (JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MÉXICO TESIS 166/2009)

Los juicios de amparo que dieron origen a esta contradicción y que se pueden encontrar sintetizados en las consideraciones de la resolución reproducida, básicamente confluyen en dos sentidos: Unos concedían la protección de la justicia federal a los trabajadores acreditados que habían caído en cartera vencida, por considerar que el

Consejo de Administración del Instituto no tenía facultades para emitir la resolución que ordenaba y autorizaba la venta de cartera vencida. Por otro, algunos confirmaban la competencia de dicho consejo para hacerlo, arguyendo que el artículo 47 de la ley del INFONAVIT consideraba esa posibilidad.

Esta última consideración fue construida apoyándose en la distinción doctrinal entre reserva de ley absoluta y reserva de ley relativa,¹³ acomodando el acto de la cesión como de reserva relativa.

Hay que recordar que el proceso de contradicción de tesis tiene como objetivo, según criterios emitidos por la misma corte,¹⁴ el de preservar la unidad en la interpretación de las normas que integran el orden jurídico nacional.

Para ello, según lo dicho por el poder judicial, la Corte puede considerar que ninguna de las resoluciones que preceden es suficiente para satisfacer tal pretensión, y así adoptar o crear un tercer criterio de acuerdo con el examen lógico y jurídico del problema.

Como se aprecia, la Corte establece que el acto de la cesión de cartera vencida no es un acto de autoridad para efectos del juicio de amparo, con ello desestima las valoraciones de los jueces que vieron en la resolución del Consejo de Administración del INFONAVIT una violación al principio de reserva de ley, convalidándola al no pronun-

¹³ Respecto de la reserva absoluta esta se dice que consiste en que la autoridad debe ceñirse a los lineamientos expresamente delimitados por el texto constitucional, mientras que la relativa da la posibilidad de decidir algunos asuntos no previstos por la ley mediante el ejercicio discrecional. Evidentemente ambos criterios solo son válidos para el actuar de la autoridad (RIOS GRANADOS, 2009, p. 114).

¹⁴ CONTRADICCIÓN DE TESIS. NO TIENE QUE RESOLVERSE INVARIABLEMENTE DECLARANDO QUE DEBE PREVALECEER UNO DE LOS CRITERIOS QUE LA ORIGINARON, PUESTO QUE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PUEDE LLEVAR A ESTABLECER OTRO. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Número 74, febrero de 1994, tesis 4a./J. 2/94, página 19.

ciarse en su contra y redirigiendo su pronunciamiento (que solo considera como antecedente) hacia la cesión de derechos en particular.

Esta contrato de cesión onerosa de Derechos es regulada por la legislación civil y de ahí que sea considerada por la Corte como un acto de naturaleza privada aun y cuando una de las partes sea un organismo estatal.

En consecuencia de lo anterior, las estrategias legales que se aplicaron en aquel entonces resultaron infructuosas,¹⁵ por ello propongo por el momento dejar de discutir acerca de la aplicación del principio de reserva de ley, así como acerca de la resolución del Consejo de Vivienda del Instituto.

Consideramos lo anterior en virtud de que en realidad la Corte terminó por pronunciarse acerca del acto de la cesión, y de fondo esto representa la facultad, que se dice, tiene el Estado de adoptar más de una personalidad jurídica, ya que a veces actúa como poder institucional público y otras tantas lo hace como un particular.

Así el principio de la doble personalidad del estado está fundamentado en base a un criterio altamente cuestionable en su racionalidad. Al respecto, Gabino Fraga consideró lo siguiente:

El Derecho Administrativo ha tenido la necesidad de reconocer que la personalidad del Estado no puede conceptuarse dividida en dos ramas: Personalidad Pública y Personalidad Privada. El Derecho Administrativo reconoce una sola personalidad al Estado. (FRAGA, 1969, p. 345).

¹⁵ Y no solo las jurídicas sino también las de acción colectiva y política, resulta muy interesante observar las características de esta lucha a la luz del momento histórico que atravesaba el país después de la salida de Vicente Fox y la llegada de Felipe Calderón a la presidencia de la República, sin embargo esa análisis deberá quedar para otro momento ya que en este trabajo me centro en el análisis hermenéutico jurídico de la última resolución que la corte emite al respecto.

Romero (PÉREZ, 1999, p. 22), por su parte, profundiza en la cuestión y explica que a pesar de que el Estado tiene una única personalidad, esta puede estar regulada por el derecho público y por el derecho privado.

De hecho son este tipo de consideraciones las que sustentan el criterio emitido por la corte, sin embargo son insuficientes para dar luz sobre cuándo y bajo qué circunstancias el Estado debe ajustarse a estas reglas; además, el problema se complejiza cuando lo que está en juego son los derechos humanos de los gobernados, y en este caso los de los acreditados y sus familias.

En diversos momentos la Corte ha resuelto acerca de la personalidad con la que el INFONAVIT actúa respecto de diversos sujetos de derecho. A continuación se reproducen algunos de esos criterios resaltando el hecho de que en algunos casos paradigmáticos ya se ha dado preferencia a la prevalencia de principios relacionados con los Derechos Humanos:

AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL AMPARO. LO ES LA COMISIÓN DE INCONFORMIDADES Y VALUACIÓN DEL INFONAVIT CUANDO SE LE ATRIBUYE VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO DE PETICIÓN, AL NO HABER TRAMITADO EL RECURSO DE INCONFORMIDAD PLANTEADO CONTRA UNA RESOLUCIÓN DE DIVERSA AUTORIDAD DEL PROPIO INSTITUTO. (NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MÉXICO, Tesis: I.9o.T.34 L 10a.)

Cuando a la referida comisión se le atribuya la violación al derecho humano de petición consagrado en el artículo 8º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que no se ha dado trámite al recurso de inconformidad planteado contra

una resolución de diversa autoridad del propio Instituto, debe considerarse como acto de autoridad para efectos del amparo, ya que la pretensión del promovente es que se reconozcan los descuentos que el patrón le aplicó a su salario, atendiendo a lo que le fue ordenado por el citado Instituto, para que se tomaran en cuenta los efectuados para amortizar el crédito que para la adquisición de vivienda le fue otorgado por dicha institución, de suerte que la orden de descontar del salario del quejoso los montos correspondientes para el pago del crédito en comento, determina que el recurrente se encuentra situado en una relación de supra a subordinación con respecto al Instituto, ya que al dar esa orden al patrón es indudable que actúa como autoridad para los efectos del amparo..¹⁶

Y además:

INFONAVIT. LA CADUCIDAD DE SUS FACULTADES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 30, FRACCIÓN I, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY RELATIVA, OPERA PARA REALIZAR DESCUENTOS AL SALARIO DE LOS TRABAJADORES DERIVADOS DE LOS PRÉSTAMOS QUE AQUÉL OTORGA. (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MÉXICO, Décima época, Libro XVI, Enero de 2013 , Tomo 2, página 1034)

Los artículos 29 a 35 de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, entre otros, *regulan las obligaciones del patrón relacionadas con las aportaciones que entera al fondo de vivienda y los descuentos que hace al salario de los trabajadores que se destinen al pago de abonos para cubrir préstamos otorgados por el citado Instituto, confiriéndoles a ambos un carácter fiscal*, además de dotar a aquél de facultades de comprobación fiscal para lograr su exigibilidad, de modo que, por igualdad de razón, la

¹⁶ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III, Materia(s): Común, Tesis: I.9o.T.34 L (10a.), Página: 2802.

figura de la caducidad de las facultades del Instituto para determinar las aportaciones omitidas prevista en el artículo 30, fracción I, segundo párrafo, de la ley citada, debe entenderse aplicable a los descuentos en el salario de los trabajadores destinados al pago de abonos para cubrir préstamos que entera el patrón al Instituto, si se toma en cuenta que tal facultad no puede ser indefinida, sino que debe estar acotada a un tiempo prudente a fin *de cumplir con los principios de seguridad y certeza jurídica, evitando la actuación arbitraria de la autoridad.*

De manera análoga Salcedo Flores (2013) ha identificado el problema de la ambigüedad en la manifestación de la personalidad del Estado, al estudiar un fenómeno similar encontrado en recursos de amparo presentados contra actos del Instituto Mexicano del Seguro Social IMSS,¹⁷ donde como afirma:

[...] Son más de 1450 casos los que en tribunales de amparo se han negado a admitir la demanda de los trabajadores, argumentando que el IMSS (Instituto Mexicano del Seguro Social) es una empresa privada, y en esos mismos tribunales, en casi un millar de juicios de amparo, han liberado de pago (por cuotas, multas, pensiones, etcétera) a los patrones, al considerar que el IMSS es un organismo público. (SALCEDO FLORES, 2013).

Y es que aunque es cierto, como lo dijo la Corte, que el acto de la cesión no implicaba directamente que el acreditado perdiera su casa, también lo es que, el mismo Instituto declaró al juzgador que esta se llevó a cabo siguiendo una política institucional para *solucionar problemas de raíz sobre la originación [sic] de los créditos.*¹⁸

¹⁷ Instituto Mexicano del Seguro Social.

¹⁸ Punto altamente criticable porque a esta política se le puede cuestionar en cuanto a su racionalidad y falta de perspectiva de derechos humanos, siendo que esta acción se prefirió ante cualquier otra propuesta que se ba-

Luego entonces, si como lo marca el nuevo canon interpretativo adoptado por el Derecho mexicano tras la reforma del año 2011, el respeto y protección al principio pro persona debe promover la interpretación más amplia de la ley en cuanto más proteja los derechos humanos, no habría porque considerar racional o justo un acto que es originado por causas ajenas al trabajador, es decir por ineficacia institucional o en todo caso, por las condiciones de pauperización económica del país que ha hecho caer a familias y acreditados, en la mayoría de los casos, en la insolvencia económica, en el desempleo, en el hambre y en consecuencia, en la incapacidad de cubrir su adeudo.

Tampoco escapa del cuestionamiento la forma en la que el orden jurídico nacional garantiza el derecho a una vivienda digna.

En relación con este aspecto, la Corte es tajante al considerar que de acuerdo al artículo 3 de la Ley del INFONAVIT los fines de creación del Instituto son:

- I.- Administrar los recursos del Fondo Nacional de la Vivienda;
- II.- Establecer y operar un sistema de financiamiento que permita a los trabajadores obtener crédito barato y suficiente para: a).- La adquisición en propiedad de habitaciones cómodas e higiénicas, b).- La construcción, reparación, ampliación o mejoramiento de sus habitaciones, y c).- El pago de pasivos contraídos por los conceptos anteriores
- III.- Coordinar y financiar programas de construcción de habitaciones destinadas a ser adquiridas en propiedad por los trabajadores; y

sara en una interpretación amplia del derecho a la vivienda y el principio pro persona. Sin embargo primero hay que combatir la resolución que no considera acto de autoridad a la cesión, ya que esto abriría la puerta a este tipo de planteamiento.

IV.- Lo demás a que se refiere la fracción XII del Apartado A del Artículo 123 Constitucional y el Título Cuarto, Capítulo III de la Ley Federal del Trabajo, así como lo que esta ley establece. (Congreso de la Unión, México 2015. Ley del INFONAVIT)

Es así como el Estado mexicano además de reconocer, garantiza el derecho a la vivienda; sin embargo, resulta evidente que la sola creación del Instituto no es acción suficiente para completar el compromiso adquirido por la nación y firmado ante la comunidad internacional a través de diversos instrumentos y tratados de garantizar y proteger el derecho a una vivienda digna para sus ciudadanos.

A continuación se desdoblamos cada uno de los pasos correspondientes a un examen o juicio de ponderación utilizando la escala triádica y los elementos que ya han quedado asentados en la primer parte de este documento, con el propósito de exponer un marco valorativo donde prevalezca la protección más amplia al principio pro persona y al derecho a la vivienda sobre el principio de doble personalidad del Estado, ya que como he expuesto: En el caso concreto del fallo de la corte respecto de la contradicción de tesis en discusión, la preferencia de este último principio da como resultado una grave violación a los derechos humanos.

Por ello y retomando el esquema originalmente propuesto por Alexy, se propone que esta nueva valoración se realice de la siguiente manera:

1. Definiendo el grado de la intervención del principio pro persona sobre el principio de doble personalidad del estado. A esta variable se le asigna la representación abreviada de: *IpIC*.

Nivel de Afectación	Valor
Grave	4

2. Definiendo la importancia de la satisfacción del principio pro persona sobre el principio de doble personalidad del estado. A esta variable se le asigna la representación abreviada de: *WPjC*.

Nivel de Importancia	Valor
Alta	4

3. Definiendo el peso abstracto de cada uno de los principios en colisión:

Principio	Peso abstracto
doble personalidad del estado	GPiA = 2
pro persona	GPjA = 4

4. Identificando el nivel de seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes a la delimitación de principios. A esta variable se le asigna el símbolo de *S*:

Principio	Nivel de Certeza
doble personalidad del estado	SpIC= 1 intensa
pro persona	SPjC = 1 intensa

5. Aplicando la fórmula del peso.

Peso concreto del principio Pi (doble personalidad del estado) en relación con el principio Pj (principio pro persona):

$$GiPi, jC = \frac{4 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{8}{16} = \frac{1}{2}$$

Peso concreto del principio Pj en relación con el principio Pi:

6. Relacionando ambos pesos concretos:

$$GjC, Pi = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{8} = 2$$

Esto quiere decir que el peso concreto de Pj, que en este caso se refiere al principio pro persona donde se incluye el derecho a la vivienda, debe orientar la decisión por tener un peso mayor (2) y no al contrario, como lo hizo la Corte, dándole prevalencia al principio de doble personalidad del estado, el cual bajo esta ponderación obtuvo un peso menor (1).

La consecuencia directa de aplicar este esquema valorativo sería aceptar las demandas de amparo que combatían cualquiera de los actos relacionados o derivados de la cesión de cartera vencida del INFONAVIT a recuperadoras de crédito privadas, aun y cuando no se tuviera certeza o un criterio uniforme con respecto de la personalidad con la que actúa el estado y posteriormente decidir continuando en sintonía con esta ponderación.

Con lo anterior es evidente la prevalencia y protección que se le da al principio pro persona, actualizando lo dispuesto por el canon de interpretación incorporado por el Estado mexicano a su sistema jurídico tras la reforma constitucional de 2011, así también se abre la posibilidad de continuar instrumentando mecanismos jurídicos de defensa para los acreditados del Instituto de quienes su crédito fue cedido a recuperadoras de crédito privadas por el acto que se cuestiona en esta investigación.

5 CONCLUSIONES

La diferenciación entre normas y principios revoluciona de cierta manera el método con el que jueces y juristas entienden la aplicación del Derecho, ya no se trata solo de subsunción, sino de contextualización de un caso concreto.

Por ello, la tarea de crear la norma en estricto sentido ya no pertenece exclusivamente al legislador, sino que se torna un proceso vivo y cambiante, susceptible de ser adaptado a marcos éticos en la actuación judicial.

El juicio de ponderación es una herramienta que por su pretensión de otorgar criterios racionales en la toma de decisiones judiciales resulta útil para resolver casos difíciles, pero no solo eso, también ofrece una posibilidad para reivindicar causas legítimas que están relacionadas con los Derechos Humanos.

Desde luego, es necesario que la constelación moral del sistema jurídico permita o contemple la incorporación del discurso de Derechos Humanos dentro de sí. De lo contrario se puede caer en el riesgo de fundamentar racionalmente aquello que rebasa los límites de que es aceptado y considerado como justo dentro de un Estado.

Al ser entonces el Derecho un producto del Estado, las características intrínsecas y las medidas de cada principio pueden variar de acuerdo a la línea que marque la política del régimen, este ha sido muy cuestionable, sobre todo por las escuelas del pensamiento crítico; no obstante, en un contexto de urgencia, como el que vivimos, es necesario aprovechar al máximo los espacios y oportunidades para hacer que el Derecho opere en favor del desprotegido y del débil, siendo éste un medio alternativo para lograrlo.

El derecho a la vivienda es un derecho que posee una interconexidad con los demás derechos humanos y con el hábitat de la persona y las comunidades en una amplia gama de dimensiones, por lo que bien vale la pena protegerlo e impedir que cada día más ciudadanos se queden sin vivienda por tener que pagar los platos rotos de un sistema corrupto, inoperante y que favorece solamente los intereses de las élites que concentran los recursos económicos y del poder.

Como ya he dicho, este nuevo canon hermenéutico origina una argumentación que al ser aplicada en base a la protección y garantía del principio pro persona ofrece nuevas posibilidades para

instrumentar estrategias de defensa jurídica ante estos casos y para tener éxito donde en el pasado, por diversos motivos (muchos de ellos no jurídicos), no se tuvo.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. En: CARBONELL NAVARRO, Miguel (Ed.). *Argumentación Jurídica, El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México: Porrúa, 2011. p. 1-26.

BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. En: CARBONELL NAVARRO, M. (Ed.). *Argumentación Jurídica, El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México: Porrúa, 2011. p. 27-49.

BOURDIEU, Piere. *Espacio social y poder simbólico*. Buenos Aires: GEDISA, 1988.

CARBONELL NAVARRO, Miguel. *Argumentación Jurídica, El Juicio de Ponderación y el Principio de Proporcionalidad*. México: Porrúa, 2011.

CASTILLA, Karlos. El principio pro persona en la administración de justicia. Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 20, p. 2, 2011.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *¿Cuáles son los Derechos Humanos? Derecho a la Vivienda*. 2015. Disponible em: <http://www.cndh.org.mx/Cuales_Son_Derechos_Humanos>. Acceso en: 02 enero 2016.

CONGRESO DE LA UNIÓN MÉXICO, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2014. Disponible em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>>. Acceso en: 02 enero 2016.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Madrid: Planeta de Agostini, 1992.

ECHEVERRÍA, María Clara Ramírez. *Hábitat del habitar, como territorio étnica, grupal y socialmente significado*.

FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*. México: Porrúa, 1969. v. 31

GARCÍA AMADO, Juan. Antonio. ¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 72/2007, de 25 de abril de 2007. Palestra del Tribunal Constitucional. *Revista Mensual de Jurisprudencia*, p. 619-627, 2007.

GARMENDIA CEDILLO, Xóchitl. Control difuso y control convencional de constitucionalidad. *PRAXIS de la justicia fiscal y administrativa*, v. 18, p. 67, 7AD.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo. *Argumentación jurídica*. México: Oxford University Press, 2010.

MALDONADO, Marco Airelio. *La proporcionalidad: como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*. México: Editorial Novum, 2011.

PERNIA, Hernan Petzold. El problema de la subsunción y la argumentación jurídica. *Frónesis*, v. 8, n. 3, p. 35-61, 2001.

PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*. Madrid: Icaria, Sociedad y opinión, 2003.

PRIETO SANCHÍZ, Luis. El juicio de ponderación constitucional. En: CARBONELL NAVARRO, Miguel (Ed.). *Argumentación Jurídica, El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México: Porrúa, 2011. p. 65-99.

PRIETO SANCHÍZ, Luis. La teoría de la interpretación en el origen de la justicia constitucional y en el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica. En: GASCÓN ABELLÁN, Marina (Ed.). *Argumentación Jurídica*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 43-64.

RIOS GRANADOS, Gabriela. Comentario del Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. El derecho como categoría tributaria y su sujeción al principio de reserva de ley. *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Constitucionalidad de la Facultad de la dirección general de aeronáutica civil para calcular las distancias ortodrómicas a fin de determinar los derechos por servicios a la nave*, v. 38, p. 139, 2009.

ROMERO PÉREZ, José Enrique. *Derecho administrativo general*. Buenos Aires: Euned, 1999.

SALCEDO FLORES, Antonio. *La insuficiencia de la Ley para la solución de problemáticas jurídicas complejas en nuestro país*. Siete estudios de caso o El Digesto Metropolitano. México: Universidad Autónoma Metropolitana-M.A; Porrúa, 2013.

A COLISÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROPOSTA POR ROBERT ALEXY

Jeison Francisco de Medeiros*
Cristhian Magnus de Marco**

RESUMO

Com o número de processos que estão em andamento no Poder Judiciário, tem sido verificado ao longo dos tempos certa morosidade na entrega da prestação jurisdicional. Com esta situação, observa-se que se tem buscado a edição de medidas legislativas com o objetivo de resolução das demandas judiciais em tempo razoável. Com isso, duas importantes emendas constitucionais foram editadas, sendo a Emenda Constitucional 19/1998 e a Emenda Constitucional 45/2004. A primeira estabelecendo o princípio da eficiência da administração e a segunda positivando o direito fundamental de razoável duração do processo. Com estas medidas, observa-se que se tem confundido celeridade processual com a duração razoável do processo, o que implica a existência de uma colisão do princípio da eficiência da administração da justiça com o direito fundamental razoável do processo. Neste seguimento, o que se objetiva é estabelecer essa colisão e, a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, visualizar

* Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, SC; Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba, SC; Professor de Direito Processual Civil e Direito Tributário; Advogado; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; jeisonmedeiros@unc.br

** Doutor em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e Pesquisador da Universidade do Oeste de Santa Catarina; cristhian.demarco@unoesc.edu.br

a ponderação necessária. Na pesquisa bibliográfica levantada, fica demonstrado que a morosidade na entrega da prestação jurisdicional é fator de insegurança jurídica bem como de obstáculo ao direito humano de acesso à justiça. Contudo, a celeridade processual, quando realizada de forma desmedida, também gera insegurança jurídica e impedido de acesso à justiça. Nessa colisão, portanto, a ponderação deve se dar na busca de proteção e promoção de direitos fundamentais, com a entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável, de forma justa e plena.

Palavras-chave: Colisão de princípios. Duração razoável do processo. Direito fundamental. Eficiência da Administração. Ponderação.

1 INTRODUÇÃO

Duas grandes reformas na Constituição de 1988 resultaram com efeitos diretos e indiretos no sistema processual civil, em especial no âmbito recursal, visando proporcionar maior celeridade aos processos judiciais.

Em primeiro lugar efetivou-se a reforma administrativa implantada com a Emenda Constitucional de 1988, n. 19/1998, cuja principal alteração em relação ao sistema processual civil brasileiro foi a implantação do princípio da eficiência, que resultou no princípio da eficiência da administração da justiça.

Posteriormente, em 2004, efetivou-se a Emenda Constitucional n. 45, que implantou diretamente uma reforma no Judiciário, mas que trouxe a positivação do direito fundamental de razoável duração do processo.

Com referidas reformas, os processos judiciais têm sofrido significativas transformações em seus procedimentos, onde se verifica o interesse em torná-los cada vez mais céleres, ou seja, busca-se desafogar o Judiciário com a rápida entrega da prestação jurisdicional estabelecendo, ainda, uma maior previsibilidade nas decisões.

No afã de alcançar estes resultados, medidas vem sendo efetivadas, em especial em nível recursal no sistema processual ci-

vil, com a criação de súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recursos, incidente de recursos repetitivos, sentenças vinculantes, e ainda a valorização das decisões jurisprudenciais como forma de consulta e reprodução nas decisões judiciais, quando sem a devida fundamentação, podem ser motivo de violação ao direito fundamental de razoável duração do processo, posto que prioriza a celeridade em detrimento da qualidade.

Assim, a problemática sobre a necessidade de se observar o direito fundamental à razoável duração do processo, será analisada pela ótica da valorização dos precedentes judiciais em decorrência da necessidade do Estado em cumprir com o princípio da eficiência da administração da justiça, o que leva à seguinte problematização:

É possível afirmar uma colisão entre o princípio da eficiência da administração da justiça e o direito fundamental da razoável duração do processo em face das recentes reformas no sistema recursal cível brasileiro?

De forma superficial, o que se percebe é que o princípio constitucional da eficiência da administração da justiça motiva as recentes reformas do sistema recursal cível brasileiro, gerando uma valorização dos precedentes como uma de suas molas mestras na busca de uma maior previsibilidade nas decisões judiciais no sistema jurídico brasileiro. Contudo, o resultado dessas reformas tem demonstrado a existência de colisão entre aquele princípio e o direito fundamental da razoável duração do processo o que deve levar à busca de meios eficazes da tutela jurisdicional.

Para responder a essa questão, se faz necessário analisar por meio da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy a colisão entre o princípio da eficiência da administração da justiça e o direito fundamental da duração razoável do processo.

Isso justifica a análise do estado da arte das recentes reformas promovidas no sistema recursal cível brasileiro, com foco específico na valorização dos precedentes e, no mesmo seguimento, aferir

de que forma tais alterações são capazes de implicar em necessidade de ponderação entre o Princípio da Eficiência na Administração da Justiça e o Direito Fundamental da Razoável Duração do Processo e, por fim, verificar quais as possibilidades de ponderação diante da colisão estabelecida entre o Princípio da Eficiência na Administração da Justiça e o Direito Fundamental da Razoável Duração do Processo a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Robert Alexy.

Isso tudo tendo em vista que as inovações que foram implantadas no sistema processual civil brasileiro, com a edição das Emendas Constitucionais 19/1998 e 45/2004 vem enfatizando uma maior valorização dos precedentes judiciais num sistema onde a lei é tida como fonte primária de direito.

Frente a tal situação, tem-se verificado que ante a necessidade de se entregar a prestação jurisdicional em tempo célere ou mesmo desafogar os Tribunais, direitos fundamentais, como da duração razoável do processo estão sendo preteridos, relegados, o que enfatiza a busca pela efetivação do princípio da eficiência da administração da justiça.

Portanto, com a presente pesquisa, o que se busca de modo geral é buscar entender se ocorre, quando e aonde a colisão entre o direito fundamental de duração razoável do processo e o princípio da eficiência da administração da justiça.

2 O ESTADO DA ARTE DAS RECENTES REFORMAS PROMOVIDAS NO SISTEMA RECURSAL CÍVEL BRASILEIRO E A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Hodiernamente, dois regimes jurídicos, derivados do direito romano, e que surgiram em momentos históricos diferentes, consti-

tuem o direito levando ao surgimento de distintas tradições jurídicas e com institutos próprios,¹ denominados como *Cível Law*² e *Common Law*.³

O direito brasileiro adota o primeiro regime, tendo a lei por fonte primária de direito a regular as condutas entre pessoas a elas submetidas, “ficando ao judiciário a função de aplicar a lei ao caso concreto, não podendo inovar ou mesmo criar novo direito”.⁴

Para isso a lei deve ser clara e coerente, regular de forma plena e satisfatória todos os casos possíveis, não deixando, assim, dúvidas nem lacunas na sua interpretação,⁵ nem possibilidades de ar-

¹ No conjunto extraordinário de circunstâncias e fatores culturais, responsáveis pela derrocada no mundo medieval e formação do mundo moderno, é possível identificar alguns deles mais diretamente responsáveis pela continuidade dos esquemas procedimentais herdados do direito privado romano. Antes de mais nada é indispensável ter em conta que tanto o sistema jurídico da Europa Continental quanto a *common law* são de certa forma descendentes do direito romano [...] (SILVA, 1997, p. 102).

² A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contract Social* (REALE, 2002, p. 142).

³ René David explica que o termo *common law* surgiu como *comune ley* na língua normanda, justamente porque o “direito comum” inglês nasceu após a conquista da Inglaterra, em 1066. Era “comum” porque era originário das sentenças dos Tribunais de Westminster, que valiam em toda a Inglaterra em oposição aos direitos costumeiros e particulares de cada uma das tribos que formavam o povo da ilha (RAMIRES, 2010, p. 63).

⁴ De acordo com Montesquieu, o “poder de julgar” deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, cognitiva, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o poder de julgar. Nesse sentido o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei” (MARINONI, 2011, p. 53-54).

⁵ Os Códigos deveriam ser claros e completos. O medo do arbítrio judicial, derivado da experiência do *Ancien Regime*, não apenas exigia a separação entre o poder de criar o direito e o poder de julgar, como também orientava a arquitetura legislativa desejada (MARINONI, 2011, p. 55).

bítrio do julgador,⁶ proporcionando, assim, maior previsibilidade nas decisões judiciais.

Diferentemente, o sistema jurídico denominado *common law* adota o direito costumeiro, aplicando a jurisprudência como fonte primária de direito, o qual é “[...] coordenado e consolidado em precedentes judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios.” (REALE, 2002, p. 141).

O que diferencia sobremaneira esse sistema do sistema da *civil law* é a *doctrine of stare decisis*,⁷ além do fato de existir a obrigação de respeito às decisões judiciais pronunciadas em casos passados.

Contudo, nos países que adotam a lei por fonte de direito, a Constituição é sua principal base de partida e, diante de tal circunstância, o julgador, ao aplicar o direito em casos concretos na solução de conflitos de interesses, deve procurar a interpretação que melhor amoldar a lei com a Constituição.

Com o pós-guerra, ficou demonstrada a necessidade dos Estados em repensarem suas Leis Fundamentais, visando reconhecer e assegurar, proteger e efetivar a dignidade da pessoa humana bem como direitos e garantias fundamentais, levando a uma nova forma de aplicar a lei aos casos postos à apreciação do Judiciário.

Por “[...] essa nova forma de pensar e interpretar o Direito surgiu o neoconstitucionalismo”,⁸ que culminou em um protagonismo

⁶ Karl Engisch já defendia que com o objetivo de impedir o arbítrio judicial e garantir a segurança da liberdade civil, as leis haveriam de determinar-se de tal modo que a função judicial reduzir-se-ia à pura aplicação do texto legal (SILVA, 1997, p. 104).

⁷ A expressão *stare decisis* é uma redução da frase latina “*stare decisis et non quieta movere*” que se pode traduzir por “ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto”. A palavra *doctrine*, por sua vez, é mais bem transcrita neste contexto por “regra”, de modo que a *doctrine estare decisis* representa a regra segundo a qual as coisas devem ficar como foram decididas pelos juízes e pelas Cortes do passado (RAMIRES, 2010, p. 65).

⁸ Lembre-se que a força do constitucionalismo e a atuação judicial mediante a concretização das regras abertas fez surgir um modelo de juiz completa-

do Poder Judiciário que, ao aplicar o direito aos casos postos à sua apreciação, passou a observar os comandos constitucionais através de princípios e garantias de direitos fundamentais.⁹

Isso também se deve em decorrência do aumento das demandas judiciais, caracterizados pela ampliação do acesso à justiça após a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como da ausência do legislativo em regular questões mais complexas que têm surgido dia após dia, cabendo ao Judiciário a solução, já que é princípio constitucional que o juiz não deixará de aplicar o direito pela ausência de lei.

Neste contexto, observa-se o que se tem chamado de “ativismo judicial”¹⁰ que acaba por ultrapassar aquela ideia anterior de

mente distinto do desejado pela tradição do *civil law*. De modo que o *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz dos livros ou das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes (MARINONI, 2011, p. 100).

⁹ O fim da Segunda Guerra Mundial apresentou à humanidade um prato de difícil digestão: a banalidade do mal, produzindo efeitos variados nas diferentes áreas do conhecimento humano. No direito em geral e, no constitucional em particular, esses eventos representaram o ápice do processo de superação do positivismo jurídico, que havia se tornado dominante nas primeiras décadas do século, e um retorno à ideia [sic] de valores. Voltou-se a reconhecer, humildemente, que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que humana e na experiência civilizatória dos povos (BARCELLOS, 2002, p. 23-24).

¹⁰ A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 7).

que o Judiciário seria o “boca da lei”, pois que, nessa nova postura da função jurisdicional, em interpretar e aplicar a Constituição, tem-se o Judiciário criando normas jurídicas e exigindo sua obediência pelos demais Poderes e pelos particulares. Pode-se citar como exemplo a faculdade de edição de Súmulas Vinculantes, atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

Apesar desse expansionismo da jurisdição constitucional, o sistema jurídico brasileiro ainda é o considerado de *civil law*, porém, deixando evidente a crescente aproximação do regime anglo-saxão ao estabelecer aos precedentes judiciais força vinculante e previsibilidade em seus julgamentos.

Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law* (MARINONI, 2011, p. 100).

A partir disso, no Brasil, a nova ordem jurídica que vem sendo estabelecida desde a Emenda Constitucional 19/1998, que implantou a reforma administrativa nos Poderes da União e foi reforçada com a Emenda Constitucional 45/2004 que tratou da reforma do judiciário, busca implantar maior previsibilidade na prestação jurisdicional.¹¹

“Nesse contexto, a previsibilidade efetivamente importa quando se percebe que de um mesmo texto legal pode ser extraído várias interpretações ou normas jurídicas.” (MARINONI, 2014, p. 109)

Para atender essa previsibilidade da prestação jurisdicional, com as reformas mencionadas, foram criados os institutos da Súmula Vinculante, da Repercussão Geral como requisito de admissibilidade

¹¹ Há alguma preocupação, na ordem jurídica brasileira, com a previsibilidade. Neste sentido, podem ser citadas as normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de “afirmar” o sentido das normas constitucionais (MARINONI, 2011, p. 127).

de recursos extraordinários no STF, da Súmula Impeditiva de Recursos e do Incidente de Recursos Repetitivos, no âmbito do STJ.

Por estas “alterações no sistema recursal cível brasileiro”,¹² vislumbra-se o objetivo de se estabelecer maior previsibilidade na prestação jurisdicional por meio da nova ordem jurídica que vem sendo implantada no sistema jurídico brasileiro e que, conseqüentemente, resulta numa valorização dos precedentes judiciais.

4 A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Desde que iniciadas as reformas visando amenizar a “crise do Poder Judiciário”¹³ derivada do crescente número de processos, e que culmina numa maior morosidade processual, o legislador vem buscando meios de resolução desse problema, fenômeno este que acaba por afetar a própria credibilidade do Poder Judiciário quando se percebe que a qualidade na prestação jurisdicional vem sendo preterida em face da celeridade processual.

Para tanto, foram editadas duas Emendas Constitucionais visando a resolução de tal problema, sendo a Emenda Constitucional 19/1998, que trata da reforma administrativa e a Emenda Constitucional 45 de 2004 que tratou da Reforma do Judiciário.

Em 1998 foi implantado através da Emenda Constitucional 19/1998 o princípio da eficiência da administração pública, buscando

¹² Isso quer dizer que para a previsibilidade não resta alternativa a não ser a unidade do direito, derivada do exercício da função das Cortes Supremas (MARINONI, 2014, p. 109).

¹³ A tão falada crise do processo e da jurisdição não nasceu no vazio, mas sim em um contexto histórico em que novos direitos foram surgindo em decorrência de fatores culturais, econômicos, políticos e sociais que, somados, produziram novas categorias de demandas para as quais as estruturas processuais não podiam dar resposta satisfatória (SALDANHA, 2010, p. 676).

dar maior dinamismo e efetividade às suas atividades sem, contudo, descuidar da qualidade da atividade prestacional, que resultou na denominada reforma administrativa.

Com a positivação desse princípio, almejou-se dar uma resposta à população que ansiava por uma administração desburocratizada e rápida, mas que, na entrega de sua atividade fim, o fizesse com qualidade, de forma imparcial e transparente.¹⁴

Pelo princípio da eficiência, que deve ser observado por todos os Poderes da União, “[...] impõe-se ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar”, porém, deve ser pautado pela conjugação harmônica com os demais princípios que regem a administração pública e que estão previstos no art. 37 da CF/88 (DI PIETRO, 1998, p. 73-74).

Da mesma forma que a reforma administrativa implantada com a Emenda Constitucional de 1998 visava atender a necessidade de desburocratização do serviço público, em todas as esferas do Poder, também foi implementada no Judiciário, tendo em vista a já turbulenta morosidade processual derivada do acúmulo de processos no Judiciário.

Aí surge o princípio da eficiência da administração da justiça, pelo qual deve o Judiciário assegurar e velar pela entrega da prestação jurisdicional de forma “[...] célere, desburocratizada,

¹⁴ A Mensagem Presidencial n. 886/95, convertida em proposta de Emenda Constitucional n. 173/95 e, posteriormente, aprovada como Emenda Constitucional n. 19, trazia em sua exposição de motivos suas pretensões, dentre elas “[...] incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte” e “[...] enfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessárias, repercutirá na melhoria dos serviços públicos.” (MORAES, 2011, p. 348).

transparente, imparcial, neutra, visando o bem comum, atendo, assim, o princípio da eficiência.”¹⁵

Trata-se de um conjunto de deveres-poderes imposto ao Poder Judiciário visando a satisfação das necessidades e interesses públicos, ou seja, para que a entrega da tutela jurisdicional seja efetuada dentro de um tempo célere, para que o processo, como instrumento de aplicação do direito material, atinja seu fim.

Ao lado de sua típica função jurisdicional, o Poder Judiciário também exerce funções atípicas, como de legislar e administrar. Legisla quando edita normas internas e regimentais dispendo sobre organização judiciária bem como funcionamento de seus órgãos.

A função administrativa é exercida na medida em que possui independência e autonomia, necessitando gerir seu corpo funcional e, assim, dar qualidade e efetividade à função jurisdicional, para que a prestação jurisdicional seja elaborada e entregue de forma justa, adequada e célere.¹⁶

¹⁵ O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade (MORAES, 2011, p. 348).

¹⁶ Não obstante essa íntima relação [entre direito processual e organização judiciária], em si mesma a organização judiciária tem natureza preponderantemente administrativa. As normas que a regem integram o direito administrativo da Justiça e das instituições judiciárias. Têm por objeto a disciplina destas e das relações entre o juiz e o Estado. Aqui não se trata, como em direito processual, das relações entre Estado-juiz e os sujeitos litigantes - mas entre o Estado e esse corpo orgânico que é a Magistratura. Lá os juízes aparecem como meros agentes impessoais do Estado, no exercício de atividade que este só pode exercer mediante a atuação de pessoas físicas; aqui, como sujeitos de deveres, ônus, faculdades, prerrogativas e direitos, bem como destinatários de garantias e impedimentos (DINAMARCO, 2001, p. 353-354).

Contudo, deve ser ressaltado que celeridade processual pode resultar em “[...] decisões injustas”,¹⁷ na medida em que princípios constitucionais podem ser inobservados, como o devido processo legal, o contraditório, ampla defesa e até o “[...] direito fundamental a uma decisão judicial devidamente fundamentada.”¹⁸

Neste sentido, é importante mencionar que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que estabeleceu importantes alterações no sistema processual civil brasileiro, em especial no sistema recursal cível, também positivou o direito fundamental à razoável duração do processo.

Com isso, restou demonstrando que mesmo diante da necessidade de uma prestação jurisdicional ágil, valores fundamentais do processo, com a observância de princípios do acesso à justiça, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, ampla defesa e contraditório e a uma decisão judicial fundamentada¹⁹ devem ser preservados.

Trata-se o direito fundamental à razoável duração do processo de um direito humano, derivado do direito de acesso à justiça, vinculado a “[...] um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (CAPELLETTI, 1988, p. 5).

Esse acesso à justiça, que se caracteriza como direito humano fundamental, deve ser apto a trazer uma solução justa, rápida e

¹⁷ Com as reformas que incidem sobre a morosidade sistêmica podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã (SANTOS, 2008, p. 27).

¹⁸ A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado [...] Ainda, porém que não houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido, o princípio da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 227-228).

¹⁹ A duração razoável do processo, assim, será aquela em que melhor se puder encontrar o meio-termo entre definição segura da existência do direito e realização rápida do direito cuja existência foi reconhecida pelo juiz (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 29).

concreta ao caso em análise, sem deixar de observar demais direitos fundamentais relacionados com princípio do devido processo legal.²⁰

O Estado deve assegurar meios eficazes de promover o acesso à justiça, com observância de direitos e situações que o tornem eficaz para a entrega da tutela jurisdicional.

Pelo princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário, todos que tiverem alguma ameaça ou lesão a direito podem recorrer ao Estado para que, através de sua função jurisdicional, possa aplicar a solução ao caso em concreto.

Identifica-se aí um verdadeiro “direito humano fundamental”,²¹ na medida que possibilita o “direito de resolução jurídica”²² de conflitos mediante a busca da verdade para a submissão das partes ao direito, preservando, assim, a boa conduta entre os jurisdicionados.

²⁰ O direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras de contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e disreartear sobre o valor e resultado de causas e outras (CANOTILHO, 2002, p. 433)

²¹ [...] o princípio da proteção judiciária se constitui um direito humano fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa. E o acesso à justiça é o garantidor de todos os demais direitos, pois ao seu redor convergem todos os princípios e as garantias constitucionais, razão pela qual é uma maneira de assegurar a efetividade aos direitos de cidadania. Dessa forma, é um direito de suma importância, por ser um direito elementar do cidadão, pelo qual ocorre a materialização da cidadania e a efetivação da dignidade da pessoa humana (SCHIEFELBEIN DA SILVA; SPENGLER, 2015, p. 134).

²² O direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras de contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e disreartear sobre o valor e resultado de causas e outras (CANOTILHO, 2002, p. 433).

Até porque, “[...] o problema já não está mais em prever normativamente a asseguaração ao acesso à justiça, mas em como este modelo de sistema jurídico moderno e igualitário fará para garantir e efetivar e não somente proclamar os direitos de todos.” (MAILLART e SANCHES, 2012, p. 585).

Neste seguimento, “dentre outros obstáculos”²³ que devem ser superados para assegurar um efetivo acesso à justiça, é de fundamental importância a observância da duração razoável do processo, que também se trata de um direito fundamental estampado na Carta Constitucional de 1988 visando, assim, combater o problema da morosidade processual.

“É que a prestação jurisdicional tardia é fator de insegurança, na medida em que contribui para a intranquilidade do que seja, efetivamente, o sentido do Direito para os cidadãos.” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 27).

Além disso, a morosidade processual gera intranquilidade em relação ao desenvolvimento do País, que acaba por afastar investidores gerando desestímulo econômico.²⁴

Contudo, o termo “razoável duração” é aberto e não exprime concretamente o que efetivamente venha ser um processo tramitando em duração de tempo razoável.

²³ Os obstáculos referentes ao acesso à justiça estão situados nos mais variados setores: econômico, social, político, cultural e burocrático, como especificados anteriormente. Esses fatores, por sua vez, trazem reflexos para a noção de desenvolvimento tanto econômico quanto desenvolvimento como liberdade (MAILLART; SANCHES, 2012, p. 591).

²⁴ Em relação à falta de agilidade dos litígios, o relatório do Banco Mundial sobre o Desenvolvimento Mundial de 1997 especifica que um processo leva em média 1.500 dias para ser concluído em países, como o Brasil e o Equador, contra apenas 100 dias na França [...] Quando existem judiciários fortes, independentes, imparciais, ágeis e previsíveis, há o estímulo ao investimento, à eficiência e ao progresso social e tecnológico (MAILLART; SANCHES, 2012, p. 594).

Somado a isso, apesar de se tratar de um direito fundamental, e, portanto, possuir aplicação imediata, não há previsão legal que regulamente essa duração razoável do processo, bem como não há previsão legal eficaz para o caso de sua inobservância, ainda que o Código de Processo Civil traga previsões de penalidade para os casos de litigância de má-fé, previsto nos arts. 14 a 17 e seus incisos.

Neste viés, não é possível confundir a duração razoável do processo com celeridade processual, posto que com celeridade “[...] podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã.” (SANTOS, 2008, p. 27).

Aí surge a necessidade de se estabelecer uma ponderação entre o princípio da eficiência da administração da justiça que, como já demonstrado, busca realizar a entrega da prestação jurisdicional de forma célere, desburocratizando os meios de tramitação do processo e o direito fundamental da razoável duração do processo, o qual, da mesma forma, busca uma tramitação do processo em tempo razoável, mas com um procedimento que preza pelo devido processo legal.

Isso porque o tempo do processo deve ser respeitado, pois “[...] o direito deve seguir seu tempo normal, sem uma aceleração exacerbada e desmotivada que prejudicaria e muito a natural preservação de um direito em sua essência máxima.” (OST, 1999, p. 39)

“A duração razoável do processo, assim, será aquela em que melhor se puder encontrar o meio-termo entre definição segura da existência do direito e realização rápida do direito cuja existência foi reconhecida pelo juiz.” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 29).

A morosidade processual não pode ser um obstáculo de acesso à justiça nem um convite à litigiosidade, o que, infelizmente, vem ocorrendo nessas duas vertentes.²⁵

²⁵ Mancuso (apud COUTO, 2012, p. 371) menciona que isso favorece a percepção, pelo jurisdicionado (efetivo ou virtual), de que a judicialização dos conflitos é o caminho natural ou o mesmo necessário para todos os interes-

Assim, o acesso à justiça deve ser amplo e possível a todos os jurisdicionados, em igualdade de condições. Deve ser pleno e efetivo, gerando a garantia da tutela jurisdicional entregue de forma justa, com observância e respeito ao princípio do devido processo legal e ainda de forma rápida, dentro de prazo razoável a amadurecer o provimento almejado, pois de nada adianta a garantia de acesso à justiça se a morosidade tornar ineficaz a entrega da prestação jurisdicional almejada.

5 AS POSSIBILIDADES DE PONDERAÇÃO NA COLISÃO ESTABELECIDADA ENTRE O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Quando se fala em princípio da eficiência da administração da justiça e de direito fundamental de razoável duração do processo, ambos visando tornar o processo mais célere, inevitavelmente remete-se ao direito de acesso à justiça, por estarem amplamente relacionados.

O direito de acesso à justiça é reconhecido como direito humano fundamental, posto que visa promover a dignidade da pessoa humana que, da mesma forma, deve ser reconhecida, protegida e promovida pelo Estado, seja através de condutas negativas, visando não a cercear nem a degradar, seja por meio de condutas positivas, ou seja, buscando meios de sua promoção em prol do ser humano.

ses contrariados ou insatisfeitos; passa a (falsa) ideia de que toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita deve ser resolvida por uma decisão de mérito, a ser oportunamente estabilizada pela coisa julgada; desestimula a busca pela solução alternativa dos conflitos, alvitre até hoje percebido com certa relutância pela população, *acostumada* à liturgia e à majestade da tradicional Justiça togada .

“A dignidade da pessoa humana deve ser assim respeitada tanto como princípio moral essencial como enquanto disposição de direito positivo. Respeitar a dignidade do homem exige obrigações positivas.” (SARLET, 2005, p. 86).

Assim, quando cabe ao Estado a promoção da dignidade da pessoa humana deve-se ter em mente que lhe é dada a tarefa de desenvolver meios que assegurem condições dignas de vida a seus cidadãos através do que é chamado de mínimo existencial, noção esta que está intimamente relacionada com a dignidade da pessoa humana e se transforma nas condutas positivas que o Estado deve adotar em relação à dignidade do homem.²⁶

A evolução de seu conceito tem se relacionado com a concepção de que a pobreza e marginalidade são assuntos relacionados ao Estado e, desde então, tem-se trabalhado na sua inserção e relação com a dignidade e os direitos fundamentais. Pode-se até buscar sua fundamentação na ideia do “contrato social”.²⁷

Relacionado a direitos básicos de que necessita uma pessoa para sua sobrevivência no meio social em que se situa está o direito ao mínimo existencial, o qual deve ser promovido pelo Estado através

²⁶ A dignidade da pessoa humana e o assim chamado mínimo existencial são atualmente noções tidas como indissociáveis, cuidando-se, ademais, de figuras praticamente onipresentes no atual debate (pelo menos é o que se observa no caso brasileiro) sobre os fundamentos e objetivos do Estado Constitucional sobre o conteúdo dos direitos fundamentais (com destaque para os direitos socioambientais) e mesmo no que diz com o papel da Jurisdição Constitucional (SARLET, 2013, p. 305).

²⁷ O contrato social é obra da vontade dos homens e tem uma finalidade: criar a ordem jurídica. A ordem jurídica, por sua vez, como fruto da vontade dos homens, tem uma finalidade: cuidar de sua liberdade. O contrato nasce da liberdade para a liberdade. Disso resulta a importante consequência: o direito não existe por si e para si, mas para a liberdade. Superar a “liberdade selvagem” - “o que não é renunciar à liberdade inata externa” - por uma liberdade dependente da lei que decorre da própria vontade de quem a ela se submete é constituir um Estado, cuja finalidade é guardar o direito (SALGADO, 2012, p. 209).

de condutas positivas mediante ações sociais que inclui “[...] a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados na sua vida social não apresentando condições de prover sua própria subsistência.”²⁸

Tendo em vista a íntima relação com a dignidade da pessoa humana, não há como se estabelecer um rol taxativo do que e quais são os elementos que compõe um mínimo existencial, sendo que com as mudanças e evoluções por que passa a sociedade, necessidades vão surgindo diante das relações sociais cada vez mais complexas, o que exige a necessidade de reconhecimento de direitos básicos tidos como um mínimo existencial para os cidadãos.²⁹

Contudo, o que se verifica é que não se trata mais do que e quais são os direitos fundamentais que compõe o mínimo existencial, mas de que maneira os efetivar!

Neste entendimento, deve-se frisar que no mínimo existencial, relacionando à dignidade da pessoa humana, está o direito de acesso à justiça, já que por este direito é que poderá o cidadão buscar a proteção do Estado, na sua função jurisdicional, para fazer valer demais direitos básicos ali compreendidos.³⁰

²⁸ [...] Trecho extraído da decisão publicada em BVrfGE (Coletânea oficial das decisões do Tribunal Constitucional Federal) (SARLET, 2013, p. 311).

²⁹ Com variações mais ou menos visíveis, como nos episódios do reconhecimento de cada dimensão de direitos fundamentais, o direito ao mínimo para a existência humana evoluiu até que se reconhecesse que este mínimo deve deferência e está associado à dignidade da pessoa humana (LEAL; BOLESINA, 2013, p. 545).

³⁰ Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* tem procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na

Neste interim, pode ser citado como exemplos o direito à saúde, a benefícios da previdência social, à educação, dentre outros que compreendem um mínimo necessário para assegurar às pessoas uma existência digna em meio ao grupo que vivem, visando erradicar a pobreza e marginalidade. O próprio direito de que o ordenamento jurídico seja cumprido e respeitado pelos demais e pelo próprio Estado.

O acesso à justiça passa a ser um direito componente do mínimo existencial do ser humano, tendo em vista se tratar de um direito básico que deve ser garantido e promovido pelo Estado e pela sociedade para que possa o cidadão buscar a efetivação de seus direitos, principalmente os demais direitos necessários a viver com dignidade, com qualidade de vida e que podem ser enquadrados na categoria de “mínimo existencial”.

Portanto, o direito de acesso à justiça, formal e material, quando efetivamente garantido e oportunizado promove a dignidade da pessoa humana, pois que proporciona meios de efetivação de mais direitos subjetivos, inclusive aqueles previstos como necessário ao um mínimo existencial.

Por este motivo, cabe ao Estado a implementação de ações que busquem promover o acesso à justiça em seu conceito substancial e não apenas formal, promovendo a entrega da prestação jurisdicional de forma eficaz, justa e em tempo razoável, posto que a morosidade processual acaba se tornando obstáculo a esse acesso.

Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 20).

ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11).

Para isso, deve editar medidas, “prestações”³¹ “fáticas”³² e “normativas”³³ visando a persecução de objetivos necessários à realização da justiça, “[...] uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.” (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11).

O que se observa é que o Estado, visando atender seus objetivos de realizar estas prestações fáticas e normativas, tem tomado providências de ampliar o acesso à justiça, disponibilizando a criação de varas especializadas e de pequenas causas com a possibilidade de, em alguns casos, atuar sem o acompanhamento de advogados, assistência judiciária aos economicamente desfavorecidos, possibilidade de realização de divórcio e inventário, conforme requisitos legais, em cartórios extrajudiciais, entre outras.

Contudo, no que tange às recentes reformas recursais cíveis - Súmula Vinculante, repercussão geral, súmula impeditiva de recursos e incidente de recursos repetitivos - o que se verifica nestas prestações positivas normativas é que o Estado, visando atender a celeridade processual, tem editado medidas condizente com o princípio

³¹ Quando se fala em ‘direitos a prestações’ faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam também ser realizadas por particulares, devem ser designados com direitos a prestações em sentido estrito. Mas além destes direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como direitos a prestações em sentido amplo (ALEXY, 2011, p. 202).

³² Trata-se de um direito a uma ação positiva fática quando se supõe um direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções, quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial ou quando se considera uma pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades (ALEXY, 2011, p. 202).

³³ Direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas (ALEXY, 2011, p. 202).

da eficiência da administração pública, porém contrários ao direito fundamental de razoável duração do processo.

Assim, havendo a colisão entre um princípio e um direito fundamental, a interpretação e adequação deve ser efetivada como na colisão entre dois princípios,³⁴ ou seja:

Cuando dos principios entran en colisión - tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y según otro principio está permitido - uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar invalido al principio desplazado ni que em el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedência puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que em los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo em lá dimension de lá validez; lá colision de principios - como solo pueden entrar em colisión de principios válidos - tiene lugar más allá de dimension de lá validez, em lá dimensión de peso. (ALEXY, 1993, p. 89).

Por possuírem natureza de princípios, na colisão dos direitos fundamentais com outros princípios constitucionais, deve-se obser-

³⁴ Se o titular de um direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (s) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, em relação a *a*, o dever de realizar *h*. sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de um direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito [...] Essa exigibilidade, caracterizada por Wolff como 'perfeita', é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um caráter *prima facie*, ou seja, natureza de princípios (ALEXY, 2011, p. 445-446).

var a máxima proporcionalidade, com suas três máximas parciais - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 588).

Neste seguimento, deve ser verificado o que se torna mais condizente com o direito de acesso à justiça, se a celeridade processual apenas, atendendo assim o princípio da eficiência do Estado ou o direito fundamental da razoável duração do processo, buscando a entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável, porém respeitando demais direitos fundamentais como os decorrentes do devido processo legal.

“A duração razoável do processo, assim, será aquela em que melhor se puder encontrar o meio termo entre a definição segura da existência do direito e realização rápida do direito cuja existência foi reconhecida pelo juiz.” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 29).

Neste seguimento, tanto o legislador quanto o julgador, ao se depararem com a colisão entre o princípio da eficiência da administração da justiça e o direito fundamental de razoável duração do processo, devem, ao sopesá-los, ponderar na sua aplicação de forma a adequá-los à real situação da crise que vive o judiciário hoje, enquanto sistema processual, observando a necessidade de se entregar uma tutela jurisdicional justa e rápida, prevalecendo, assim, o direito fundamental em evidência, posto que refletirá a utilização da proporcionalidade no seu sopesamento, fundamentado na racionalidade.

Portanto, o reconhecimento da razoável duração do processo como direito fundamental, reflete em impor limites à atuação do Estado de não interferência e violação a outros direitos fundamentais que dali decorrem como a ampla defesa, o contraditório, de se obter uma decisão judicial fundamentada, enfim, do devido processo legal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão problema do presente trabalho foi verificar se é possível afirmar a existência de uma colisão entre o princípio da eficiência da administração da justiça e o direito fundamental da razoável duração do processo, tendo em vista as recentes reformas no sistema recursal cível brasileiro.

Pela pesquisa até então levantada, pode-se concluir que efetivamente há uma colisão entre referidos princípios.

Neste seguimento, e levando em consideração que os direitos fundamentais são normas de defesa contra o Estado e também que impõe ao Estado que adote condutas positivas, e portanto se revestem de princípios, há a necessidade de se estabelecer uma ponderação nessa colisão identificada, posto que, apesar de ambos os princípios estarem respaldados no direito de acesso à justiça, quando visam trazer mais celeridade aos processos, deve ser ponderado que esta celeridade não pode cercear ou violar outros direitos fundamentais, como o devido processo legal, ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões judiciais entre outros.

Quando as Emendas Constitucionais em destaque trazem reformas no sistema processual civil, em especial no âmbito recursal, com nítida valorização de precedentes judiciais, é fato que o que se almeja é uma maior previsibilidade do Judiciário e, conseqüentemente, do direito.

Diante disto, ainda que se busque essa previsibilidade, a ponderação extraída da colisão existente entre os princípios destacados, deve refletir meios que tornem o processo um verdadeiro instrumento de efetividade do direito material, um instrumento de acesso à justiça, que proporciona alcançar a tutela jurisdicional de forma justa, plena e em tempo razoável.

Portanto, a Teoria dos Direitos Fundamentais, proposta por Robert Alexy, quando apresenta a ponderação para a colisão existen-

te entre princípios, proporciona que essa ponderação seja efetuada com racionalidade e isso será efetuado à medida que se observar a proteção que o Estado deve dar aos direitos fundamentais derivados do devido processo legal com medidas fáticas e normativas, o que, certamente, ampliará o acesso à justiça.

Tal questão reflete a relação existente entre o acesso à justiça e a duração razoável do processo, onde deve o Estado proporcionar medidas que devem ser tomadas para eficácia, tanto horizontal como vertical desse direito humano fundamental.

Na forma horizontal, deve o Estado buscar efetivar meios que realizem o acesso à justiça e o tornem efetivo de forma ampla, com resolução plena da questão posta em apreciação e entrega da tutela jurisdicional, como no caso dos institutos de mediação e arbitragem, e as próprias alterações a nível recursal já existentes, mas que devem ser efetivadas a não cercear o acesso à justiça.

Por outro lado, de forma vertical, deve o Estado buscar efetivar medidas que visem regular, com direitos, obrigações e sanções, as condutas das partes envolvidas nos processos, visando evitar a procrastinação do processo o que, certamente é fator agravante da duração razoável do processo.

Portanto, da colisão existente entre princípio da eficiência da administração e o direito fundamental de razoável duração do processo, a ponderação deve se dar na busca de proteção e promoção de direitos fundamentais, com a entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável, de forma justa e plena.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *La institucionalización de La justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria do Discurso do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2006.

BAEZ, Narcizo Leandro Xavier. A expansão multicultural dos Direitos Humanos Fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narcizo Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIÚNCULA, Marcelo (Org.). *A problemática dos direitos humanos na América Latina e na Europa - desafios materiais e eficáciais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

BARRETO, Vicente de Paulo; RECKZIEGEL, Janaína. *Dignidade Humana, Experiências Científicas e Direitos Humanos*. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcizo Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45*, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. *Lei n. 5.896*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 06 out. 2014.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: [s.n.], 1988.

COUTO, Mônica Bonetti. A duração razoável do processo como Direito Fundamental no Brasil: mecanismos e alternativas à sua implementação. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido (Org.). *Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jvspodium, 2011.

GONÇALVES, Diego da Silva. O sistema de precedentes como garantidor da segurança jurídica, da previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1006-o-sistema-de-precedentes-como-garantidor-da-seguranca-juridica-da-previsibilidade-e-estabilidade-das-decisoes-judiciais->>. Acesso em: 05 out. 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; BOLESINA, Iuri. Mínimo existencial versus mínimo vital: uma análise dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na sua garantia e no controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte de direito*: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 10 out. 2014.

MAILLART, Adriana Silva; SANCHES, Samyra Dal Farra Napolini. O direito fundamental de acesso à justiça e suas implicações para o direito fundamental ao desenvolvimento. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery; SMORTO, Guido (Org.). *Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Juiz de Fora: Estação Científica*, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. Edição Especial Direito. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654374/artigo%205%20revisado.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Delimitación Conceptual de los Derechos Humanos en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, España: Tecnos, 1991.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos.asp?ordem1=artigo>>. Acesso em: 12 out. 2014.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant*. Seu fundamento na liberdade e na igualdade. 3. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2012.

SANDKÜHLER, Hans Jörg. A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos. O exemplo da Constituição da República Federal da Alemanha. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: MAURER, Béatrice et al. (Org.). *Dimensões da Dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet; Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade humana, mínimo existencial e jurisdição constitucional. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

SCHIEFELBEIN DA SILVA, Queli Cristiane; SPENGLER, Fabiana Marion. O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico. *Espaço Jurídico: Journal of Law*, v. 16, n. 1, p. 131-148, nov. 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/2555/3776>>. Acesso em: 10 maio 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE COMO UM TODO

Moisés João Rech*
Renan Zenato Tronco**

RESUMO

O artigo tem como objetivo analisar o direito fundamental ao meio, entendido como um direito subjetivo e, desde a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, como um feixe de posições jurídicas. A problemática central do estudo está na hipótese de identificação do direito fundamental ao meio ambiente como um direito subjetivo, utilizando a teoria dos direitos subjetivos como posições jurídicas, desenvolvida por Robert Alexy em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Empregando a metodologia analítica, é possível, a partir da tese alexiana de direito subjetivo como um feixe de posições jurídicas, concluir que o direito fundamental ao meio ambiente que está constitucionalmente previsto no artigo 225 juntamente com os seus incisos se constitui de um feixe de posições jurídicas que exigem do Estado tanto ações positivas quanto negativas, ou seja, tanto ações comissivas quanto omissivas, com o objetivo fundamental de preservação e manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras-chave: Meio ambiente. Posições jurídicas. Direitos subjetivos. Direito fundamental.

* Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Advogado; mjrech7@gmail.com

** Mestrando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Advogado; Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130, 95070-560, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil; renanztucs@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

O artigo tem como tema central o direito fundamental ao meio ambiente como direito subjetivo, aplicando a teoria do direito subjetivo de Robert Alexy. O artigo analisa o direito fundamental ao meio ambiente como um todo, ou seja, como um feixe de posições jurídicas que exigem do Estado ações positivas e negativas. Utilizando da metodologia analítica, em um primeiro momento são analisadas as diversas teorias do direito subjetivo, tais como a teoria da vontade, a teoria do interesse, a teoria eclética e a teoria kelseniana. Em um segundo momento é analisada a teoria de Robert Alexy em sua obra *Teoria do Direito Fundamentais*, para que, ao final, seja possível aplicar a teoria alexiana ao direito fundamental ao ambiente. No terceiro momento do artigo é analisada a aplicação da teoria de Alexy ao direito fundamental ao meio ambiente, entendido como um direito fundamental ao meio ambiente como um todo, como um feixe de posições jurídicas que os indivíduos detêm em face do Estado, para que esse cumpra seu dever de ações positivas e negativas. A presente pesquisa possui relevância científica uma vez que se justifica em virtude de seu estudo desenvolver a noção de direito fundamental ao meio ambiente como um direito subjetivo, e de acordo com a teoria alexiana, como um feixe de posições jurídicas que exigem do Estado ações comissivas como ações omissivas, atuando para além do discurso teórico, sendo efetiva na realidade empírica.

2 DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

O direito positivo constitui-se por ser o conjunto sistemático de normas que se destinam a disciplinar a conduta dos indivíduos em determinado período histórico e espaço territorial. Tais normas são asseguradas pela coerção exercida pelo Estado, constitui-se, portanto, o direito positivo de cada povo. Contudo, como salienta Ráo

(1999, p. 191), considerando o direito positivo, é possível identificar uma clivagem fundamental entre a norma considerada em si e a faculdade que ela confere aos indivíduos, ou seja, “[...] entre a norma que disciplina a ação (*norma agendi*) e a *faculdade* de agir de conformidade com o que ela dispõe (*facultas agendi*).” (RÁO, 1999, p. 191).

A *norma agendi* é entendida como mandamento e vive fora do sujeito, fora do titular da faculdade conferida e constitui-se como direito objetivo; por outro lado, a *facultas agendi* é a materialização, a realização do direito objetivo na forma de direito subjetivo. Em outras palavras, o direito objetivo é o complexo de normas gerais que se impõe às ações humanas, em suas relações intersubjetivas e feitas valer pela autoridade do Estado, com o intuito de garantir a convivência pacífica em comunidade (RÁO, 1999, p. 191). O direito subjetivo, por outro lado, é a faculdade concedida aos indivíduos de agir em conformidade com a norma garantidora de seus fins e interesses.

Relaciona-se ao direito objetivo a prescrição de conduta. Tomemos o seguinte exemplo: o artigo 145 do Código Civil afirma que são os negócios jurídicos anuláveis por dolo quando este for a sua causa. Tal norma atribui ao prejudicado pelo dolo a faculdade de anular o negócio jurídico, corrigindo os defeitos do ato viciado. A faculdade, em contrapartida à prescrição, é um poder de ação cujo exercício depende apenas da vontade do indivíduo titular do direito. Tanto a prescrição como a faculdade nascem no mesmo instante, em virtude de que a outorga de faculdades é uma das finalidades essenciais da norma jurídica (RÁO, 1999, p. 192).

Contudo, como afirma Ráo (1999, p. 193) o nascimento jurídico de uma faculdade não corresponde com ao seu exercício efetivo, pois a faculdade nasce com a norma, muito embora possa ser exercida a qualquer momento, desde que seja dentro do limite da existência da norma que a criou e no limite de prazo extintivo do direito subjetivo. Após a cessação da vigência da norma estatuidora da faculdade subjetiva do indivíduo, ou mesmo após sua revogação,

os poderes que a norma conferiu ao indivíduo continuam a pertencer-lhe como direito adquirido. Sua extinção apenas dar-se-á com eventual não exercício, somado ao prazo extintivo do direito.

As origens da clivagem entre direito objetivo e direito subjetivo teria sua origem, segundo Nader (2011, p. 305), no século XIV pela obra de Guilherme de Occam na discussão com o Papa João XXII, a respeito dos bens que a Ordem Franciscana detinha em sua posse. Enquanto que para o Sumo Pontífice a ordem não era proprietária dos bens, embora fizessem anos que os detinham em sua posse e fazia uso deles. Para o papado os verdadeiros proprietários dos bens era a Santa Sé, em virtude de que era impossível, segundo o Papa João XXII, o uso sem a propriedade do bem. Além disso, afirmava que o uso de fato de algum bem não é possível sem que se pressuponha algum direito sobre ele. A consequência disso é de que a ordem franciscana detinha em sua propriedade os bens ou fazia uso ilícito deles (SORIANO, 1993, p. 177).

Em defesa dos franciscanos, Occam abandona a distinção clássica romana de Direito como *id quod iustum est* (aquilo que é justo) de clara conotação objetiva e externa ao sujeito, e substitui pela de direito como potestade. Occam contra-argumenta que há uma distinção entre o simples uso e o verdadeiro direito sobre a coisa, o poder para usar a coisa e o poder de reivindicá-la em juízo, recebe o nome respectivamente de *ius poli* e *ius fori*. Conforme Soriano (1993, p. 177), o verdadeiro direito não pode ser desfeito, com exceções em casos especiais, hipótese essa em que o titular poderia reclamar seu direito em juízo. Occam, afirma Nader (2011, p. 306), teria diferenciado o poder de agir e a condição de reclamar em juízo. Desse modo, os franciscanos possuíam o *ius poli*, o direito de uso sobre a coisa, porém o *ius foli* que constitui o direito de propriedade que é contrária aos votos de pobreza da ordem.

Occam conceituará o direito subjetivo como “[...] o poder humano principal de reivindicar em juízo um bem temporal e de

tratá-lo de qualquer modo que não seja proibido pelo direito natural.” (SORIANO, 1993, p. 178). Posteriormente, foi no período renascentista da escolástica espanhola de tradição tomista, com especial atenção em Francisco Suárez e Luis de Molina, que desenvolveu-se o conceito de direito subjetivo não sem implicações teológicas embora como ponto de referência seja constituído do sujeito autônomo, em que pese seja a ordem divina o ponto definitivo de referência. Suárez definiu-o como “[...] certo poder moral que alguém possui sobre coisa própria ou ao que lhe é devido; como o proprietário de uma coisa tem direito sobre a coisa e o trabalhador tem direito ao salário.” (apud SORIANO, 1993, p. 179). Continua Nader (2011, p. 306) afirmando que o direito subjetivo sempre se apresenta em uma relação jurídica. Enquanto o sujeito ativo da relação jurídica detém o direito subjetivo, o sujeito passivo detém o dever jurídico. O direito subjetivo não se opõe propriamente ao direito objetivo, mas sim ao dever jurídico.

O direito subjetivo apresenta dois elementos essenciais, a licitude e a liberdade. A licitude faz com que o indivíduo se movimente dentro dos limites impostos pelo ordenamento. Conforme Siches (1981, p. 141) não se deve afirmar que se possui o direito de fumar, mas sim de que se tem o direito de agir livremente sem ser impedido, ou seja, é o reverso material dos deveres jurídicos de outros sujeitos, e conforme Nader (2011, p. 307), significa afirmar que a existência do direito decorre do dever jurídico de se respeitar a liberdade individual, dever esse que todos os indivíduos possuem. A pretensão, por outro lado, é a faculdade de que o direito subjetivo oferece ao indivíduo para recorrer à via judicial com o objetivo de forçar o sujeito passivo a adimplir seu dever jurídico.

Em virtude de decorrer da incidência de normas jurídicas sobre fatos sociais, o direito subjetivo pode ser afirmado como a “[...] possibilidade de agir e de exigir aquilo que as normas de Direito atribuem a alguém como próprio.” (NADER, 2011, p. 307). De fato, é o direito objetivo que define os contornos do direito subjetivo, este

decorrendo daquele, embora tanto a *facultas agendi* como a *norma agendi* nasçam ao mesmo tempo. Ao requerer-se uma decisão judicial não se fundamenta o pedido na ordem natural das coisas, ou no bem moral, mas sim nos dispositivos compositivos do ordenamento jurídico.

Apresentadas linhas gerais acerca do direito objetivo e direito subjetivo, passa-se ao estudo da natureza do direito subjetivo desenvolvido pelas correntes teóricas iniciadas pela teoria da vontade, de Bernhard Windscheid. A *teoria da vontade* desenvolvida pelo jurista Windscheid, que pertenceu à escola germânica dos pandectistas voltada ao estudo do Direito Privado a partir do Direito Romano, afirma que, inspirado na noção de *facultas agendi*, o direito subjetivo é uma expressão da vontade do indivíduo, ou seja, uma faculdade psicológica. Enquanto o homem sabe, quer e age, afirma Reale (2000, p. 253), ele situa-se no âmbito das regras de direito e, portanto, o direito subjetivo é a vontade juridicamente protegida.

A tese de Windscheid é um desdobramento das teorias de Savigny, que possuem bases kantianas da escola histórica do direito e mesmo hegelianas. Conforme Kant (2008, p. 76), o direito, ou melhor, “[...] qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.” É dizer, um conjunto de condições que fazem possível a conjugação da vontade de cada um com os demais, segundo uma lei de liberdade. Do mesmo modo Hegel defende o direito abstrato sob a forma de vontade livre, cujas primeiras implicações normativas são a personalidade e a liberdade. Muito embora falem os dois autores sobre vontade como causa motora do direito, suas *vontades* são diferentes, em Kant há uma vontade concreta, em Hegel abstrata e metafísica. Posteriormente, Friedrich Carl von Savigny, um dos juristas de maior destaque da escola histórica, afirma que o direito subjetivo é a vontade do sujeito de direito, tese desenvolvida por Windscheid.

Windscheid parte da crença de que o homem é titular de direitos naturais, que são inerentes ao seu ser, independentemente de seres tais direitos naturais reconhecidos ou não pelo Estado, ou seja, de acordo com o jusnaturalismo de Windscheid o direito subjetivo é uma faculdade que dimana da própria natureza humana e que a norma jurídica apenas o reconhece formalmente, porém não o cria. Segundo Soriano (1993, p. 170), a finalidade das normas de direito positivo, para o jusnaturalismo, é a proteção dos direitos subjetivos do indivíduo, que são anteriores ao direito objetivo no tempo e como valor. O juspositivismo, por outro lado, afirma que o direito subjetivo é o reflexo do direito objetivo. Segundo Soriano (1993, p. 184), “[...] a vontade se move desta maneira no mundo do direito porque a norma jurídico a permite, a ser uma vontade protegida pelo direito.” Afirmará Windscheid em seu *Manual de direito das Pandectas* que o direito subjetivo é “[...] um poder ou senhorio da vontade concedido pelo ordenamento jurídico.” (apud SORIANO, 1993, p. 184).

O homem, afirma Reale (2000, p. 253), “[...] tem um *poder de querer* que, entre outras, assume a forma de poder de querer segundo regras de direito, para a realização de fins próprios numa convivência ordenada.” O direito subjetivo, na teoria da vontade de Windscheid, vincula-se ao ser humano entendido como ser racional e volitivo. As críticas dirigidas a essa teoria são feitas especialmente por Jhering e Kelsen. Na tese de docência intitulada *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen lança uma série de objeções à teoria da vontade, e uma das críticas consiste em afirmar que o direito subjetivo existe e continua a existir independentemente da vontade do titular ou mesmo contra a vontade do titular. O credor de um título de crédito que não deseja cobrá-la, embora o ordenamento jurídico possibilita sua cobrança judicialmente. Já Jhering, em sua obra *Der Zweck im Recht*, critica a tese da vontade por seu excesso de formalismo, e afirma que se o direito subjetivo é a vontade, então o que

são os direitos dos indivíduos que não possuem vontade? (SORIANO, 1993, p. 185).

É possível extrair outro exemplo da insuficiência da teoria da vontade quando voltamos a atenção para os incapazes que, muito embora não possuam vontade em sentido real e jurídico, possuem, entretanto, direitos subjetivos como ser proprietário, herdar etc. Poderá ainda haver direitos subjetivos sem mesmo que o titular tenha conhecimento, como é o caso da transferência de bens para o herdeiro no caso de falecimento, mesmo ignorando o fato da morte. Mesmo os nascituros possuem direitos subjetivos, embora não possuam vontade, e em caso de renúncia de direitos trabalhistas, a vontade irá contra a existência do direito subjetivo. Demonstrada as críticas à teoria de Windscheid passe-se à teoria do interesse de Rudolf von Jhering.

Jhering desenvolveu a *teoria do interesse* que centra o direito subjetivo no elemento interesse em sentido amplo, indicando o interesse tanto para as coisas concretas como para as coisas intelectuais. Em outras palavras, o direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido. Para Jhering, afirma Reale (2000, p. 255), na relação jurídica existe um interesse que se identifica com o núcleo da relação. A forma protetora identifica-se com a norma jurídica, no sentido de proteção estatal à ação. Portanto, o interesse, entendido como o elemento material, é juridicamente protegido pela norma jurídica, elemento formal. Em outras palavras, em todo direito existem dois elementos, um formal e um material. O elemento material é o interesse, e o formal é a proteção jurídica. Segundo Soriano (1993, p. 187), “[...] um interesse não é jurídico se não conta com procedimentos para sua proteção judicial; será outra classe de interesses: filosófico, social, político, etc.” Porém, igualmente à teoria da vontade, a teoria do interesse recebeu críticas.

A primeira crítica é a indeterminação da expressão interesse, uma vez que muitas coisas interessam de serem protegidas juridicamente, como por exemplo determinadas paisagens, e determina

normas sancionatória para sua proteção. Contudo, em que pese ser o interesse estético das paisagens protegido, o direito subjetivo não designa facilmente quem o detém. Do mesmo modo, os incapazes não têm interesses mas mesmo assim gozam de determinados direitos. O exemplo mais clássico de crítica à teoria do interesse é que existe a hipótese de serem promulgadas leis de proteção aduaneira à indústria nacional, pois as empresas nacionais têm interesse na alta tributação de produtos estrangeiros, mas não possuem direito subjetivo a isso.

A terceira corrente sobre o direito subjetivo foi a teoria eclética desenvolvida por Georg Jellinek na obra *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, cujo objetivo foi a união da teoria da vontade com a teoria do interesse. Jellinek afirma que o direito subjetivo é ao mesmo tempo a união entre vontade e interesse, e afirma que “[...] o direito subjetivo é o poder da vontade humana em direção a um bem ou interesse, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico.” (apud SORIANO, 1993, p. 189). Ou seja, para Jellinek o direito subjetivo é o direito que se protege juridicamente com a vontade atuante do sujeito. Os elementos vontade e interesse são ambos necessários e complementares. Em que pese o desenvolvimento da tese de Jellinek, não foi possível superar as críticas e as mesmas objeções feitas a Windscheid e Jhering são feitas a Jellinek.

A última grande teoria acerca do direito subjetivo, antes de passar ao estudo da teoria de Alexy, é a teoria kelseniana do direito subjetivo como reflexo do direito objetivo. Em sua obra capital *Reine Rechtslehre* (Teoria Pura do Direito), critica as concepções de direito subjetivo com elementos extrajurídicos que reduzem o direito subjetivo a um caráter psicológico ou sociológico. O motivo da crítica kelseniana é que tais conceitos extrajurídicos não são suscetíveis de ser objeto de análise da ciência do direito. Ao avançar sobre a teoria dos direitos subjetivos, Kelsen supera o dualismo entre direito objetivo e direito subjetivo ao afirmar que o direito subjetivo é o mesmo direito objetivo visto do ponto de vista do sujeito.

Afirma Kelsen (2009, p. 143) que “[...] se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como ‘direito’, este direito é apenas um reflexo daquele dever.” Em outras palavras, para Kelsen, o direito subjetivo nada mais é que a subjetivação do direito objetivo, a única e verdadeira realidade jurídica. Para que exista o direito subjetivo, deve pressupor o direito objetivo em virtude de que este é anterior àquele. Nesse sentido, o direito subjetivo é um mero reflexo do direito objetivo.

3 DIREITO SUBJETIVO EM ROBERT ALEXY

O presente tópico tem como objeto de estudo a teoria dos direitos subjetivos de Robert Alexy, esboçada em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*. Alexy afirma que o direito subjetivo pode ser visto a partir de três diferentes aspectos: o normativo, o empírico e o analítico. O aspecto normativo diz respeito a questões ético-filosóficas e a questões jurídico-dogmáticas. As questões ético-filosóficas independem da validade do sistema jurídico, enquanto as questões jurídico-dogmáticas dependem. Nesse sentido, Alexy (2008, p. 181) se pergunta por que os indivíduos têm direitos e que direitos eles têm.

Utiliza como resposta a tese de Kant segundo a qual a liberdade, entendida como a independência de ser coagido por outrem, é o direito único, universal e conferido a todo o indivíduo por força de sua humanidade, o que significa dizer que deriva do fato de ser o ser humano racional. Conforme Larenz (apud ALEXY, 1967, p. 60): “Nós entendemos que a relação jurídica fundamental é o direito de alguém a ser respeitado por todos como pessoa e, ao mesmo tempo, o seu dever, em relação aos outros, de respeitá-los como pessoas [...]” Pelo elemento jurídico-dogmático, pressupõe-se a validade de um sistema normativo. No momento em que se indaga se um determinado sujeito possui direito subjetivo, estar-se-á no âmbito jurídico-dogmático, e

não mais no ético-filosófico. Duas questões podem ser levantadas no âmbito jurídico-dogmático, primeiro, no caso de uma norma *N* seja aplicada a o caso de *a*, não há dúvidas de que a norma *N* confere direito subjetivo a *a*; segundo, caso *N* seja aplicada ao caso de *a*, não há garantias de que *n* confere direito subjetivo a *a*. Em tais casos, saber se uma norma confere um direito subjetivo é um problema normativo, e esse problema surge quando o texto normativo deixa a questão em aberto. Por fim, este é um aspecto da questão acerca dos direitos subjetivos, passasse ao segundo aspecto.

O aspecto empírico restringe-se ao estudo das proposições do surgimento do direito subjetivo, sobre a história do conceito de direito subjetivo e sobre a função social dos direitos subjetivos. Enunciados empíricos sobre a história, sobre as consequências sociais e as funções do direito subjetivo, a partir disso, contudo, nada é possível deduzir para a problemática jurídico-dogmática, me vista de se tratarem de âmbitos de estudo diversos.

O terceiro e mais importante aspecto é o aspecto analítico dos direitos subjetivos tratados por Alexy. Primeiramente Alexy (2008, p. 184-185) diferencia norma jurídica de posição jurídica, ao afirmar que uma norma é “[...] aquilo que um enunciado normativo expressa” e ainda como “qualificação de pessoas ou ações”, afirma assim que uma norma universal, como por exemplo: todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações; pode-se derivar a seguinte norma individual: *a* tem, em face do Estado, o direito de exigir uma ação *b*. Desse modo, é possível concluir que *a* encontra-se, em face do Estado, em uma posição que consiste exatamente no direito que *a* tem um direito a *G* em face de *b*; ou ainda, *a* tem em face de *b* um direito a *G*.

Considerando, portanto, os direitos subjetivos como posições jurídicas expressadas por relações normativas tais como as anteriormente citadas, Alexy (2008, p. 185) distingue entre a) razões para os direitos subjetivos; b) direitos subjetivos como posições jurídicas; c) a impositividade jurídica dos direitos subjetivos. Deve-se distinguir entre fundamentação do direito subjetivo e o direito que se adquire por meio dessa fundamentação. A fundamentação do direito subjetivo encontra sua guarida no interesse do titular no objeto do direito e a possibilidade do livre exercício desse direito. A relevância desta diferenciação é de que é possível fundamentar direitos subjetivos não apenas em bens individuais, mas igualmente em bens coletivos, como é o caso do bem ambiental.

Entendido o direito subjetivo como posições e relações jurídicas (ALEXY, 2008, p. 185), em linguagem formalizada as posições como relações jurídicas expressam-se da seguinte maneira: *a* tem um direito a *G* em face de *b*. A partir da teoria analítica dos direitos, Alexy (2008, p. 193) estabelece uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como: a) direito a algo; b) liberdades e c) competências. O objeto de estudo do presente artigo centrar-se-á no item direito a algo, a fim de que seja possível fundamentar o direito ao ambiente como um direito fundamental como um todo, é dizer, como feixe de posições jurídicas, que, por sua vez, subdivide-se em direito a ações positivas e direito a ações negativas. Antes de explicar acerca das posições jurídicas que originam direito a algo, será abordado o direito fundamental como um todo.

Afirma Gavião Filho (2005, p. 45) que “[...] um direito fundamental como um todo é um feixe de posições fundamentais jurídicas reunidas, por uma disposição de direito fundamental, em um direito fundamental.” No caso do direito fundamental ao meio ambiente, este configura-se como um conjunto de posições jurídicas que exigem, por um lado, prestações fáticas, e por outro, prestações normativas. No caso do direito fundamental ao meio ambiente, é facilmen-

te perceptível que se trata de um direito constituído por um feixe de posições jurídicas, como por exemplo: a) um direito a que o Estado omita determinadas intervenções ao ambiente (direito de defesa); b) um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra a intervenção de terceiros, lesiva ao ambiente (direito à proteção); c) um direito a que o Estado permita ao titular do direito a participação em procedimentos relevantes para o ambiente, (direito ao procedimento); um direito a que o Estado realize medidas fáticas de proteção ao ambiente (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 47).

A forma universal de um direito a algo é *a* tem, em face de *b*, um direito a *G*. A relação é triádica afirma Alexy (2008, p. 194), sendo primeiro elemento o portador ou o titular do direito, o segundo elemento é o destinatário do direito e o terceiro elemento é o objeto do direito. O direito a algo subdivide-se, na teoria de Alexy (2008, p. 193) em direitos a ações negativas e direitos a ações positivas. Sobre o direito a ações negativas, Alexy divide-o em subitens, quais sejam: a) direito ao não embaraço de ações; b) direito à não-afetação de características e situações; c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas. Sobre o direito a ações positivas, Alexy divide em: a) direito a ações positivas fáticas; b) direito a ações positivas normativas.

Quanto aos direitos a ações negativas, ou também, direitos de defesa, são direitos que os cidadãos têm em desfavor do Estado às ações estatais negativas, ou seja, a abstenção de ações por parte do Estado. Subdividem-se em: a) direitos ao não-embaraço de ações, que significa afirmar que o Estado não deve embaraçar a liberdade dos indivíduos, como a liberdade de locomoção, a manifestação da crença, a expressão da opinião, a educação dos filhos, criações artísticas, escolha de profissão etc.; b) direitos à não-afetação de características e situações, é a posição jurídica que o indivíduo tem frente ao Estado para que este, segundo Alexy (2008, p. 199) “[...] não afete determinadas características ou situações do titular do direito.” Como exemplo temos a inviolabilidade de domicílio e o de viver e

ser saudável; c) direitos a não-eliminação de posições jurídicas: o último grupo de direitos a ações estatais negativas corresponde a não eliminação de posições jurídicas, tal como eliminar a posição jurídica do proprietário.

O direito a ações positivas corresponde à posição jurídica do indivíduo a que o Estado faça algo, e subdivide-se em dois grupos: a) ações fáticas significam ações que o Estado deve fazer para cumprir determinado dispositivo de lei, como exemplo temos o auxílio estatal por meio de subvenções; b) ações normativas significa a posição jurídica que o indivíduo tem contra o Estado para que este crie normas jurídicas que regulem determinado setor de importância para o indivíduo (ALEXY, 2008, p. 201).

4 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO UM TODO

O direito fundamental ao ambiente como um direito a algo é “[...] a chave para a compreensão da estrutura normativa do direito ao ambiente.” (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 48). A partir dessa perspectiva, o direito fundamental ao ambiente tem como objeto ações negativas e positivas por parte do Estado. Nas ações negativas o Estado deve omitir-se na prática de qualquer ato concreto que lesione o meio ambiente, ainda, omitir qualquer prática que impeça o desfrute do ambiente ecologicamente equilibrado, por fim, a última posição jurídica que corresponde a ações negativas do Estado diz respeito a não afetar a situação jurídica titulada por todos que têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Segundo Gavião Filho (2005, p. 49), “[...] o que é devido pelo Estado é a omissão de afetar a qualidade de vida das pessoas de uma determinada comunidade [...]”

Há o dever do Estado de não reduzir as posições jurídicas já previstas no ordenamento jurídico, seja em âmbito constitucional ou infraconstitucional. Obstando tanto a supressão como o esvaziamento das normas constitucionais, esta proibição inclui todas as posições

jurídicas consolidadas constitucionalmente como infraconstitucionalmente, além disso, em rápida análise da legislação constitucional brasileira, a combinação do artigo 5º, inciso II, artigo 60, § 4º e artigo 250, é possível afirmar que é vedada a proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais.

Mas além de ações negativas, o direito fundamental ao meio ambiente também exige condutas ativas do Estado, sejam elas de natureza fática ou normativa. Segundo Gavião Filho (2005, p. 50), nas ações fáticas “[...] o direito fundamental ao ambiente se realiza com a prestação material de um fato.” O que importa no caso de prestação fática é a realização de um ato por parte do Estado, como por exemplo, para a recuperação de determinada área seja exigido do Estado a prestação *a*, *b*, e *c*. Na hipótese de prestações normativas, significa nada mais que o direito fundamental ao meio ambiente atribuí ao Estado o dever de legislar sobre direito ambiental, ou seja, “[...] o direito fundamental ao meio ambiente realiza-se na medida e que são concedidas normas jurídicas com o objetivo de assegurar a todos um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.” (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 50).

O direito de prestação, em contrapartida ao direito de omissão por parte do Estado deve ser entendido como um direito a algo, ou seja, a um direito de atuação positiva do Estado. O direito a prestação é o inversamente oposto do direito de defesa, entendido como a abstenção estatal. O direito a prestação, portanto, está subdividido em três subitens em vista justamente do fato de ser o direito fundamental ao meio ambiente um feixe de posições jurídicas distintas. Como posições jurídicas, é possível destacar três atos positivos do Estado, a saber: a) direito à proteção, que consiste num direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental frente a intervenção de terceiros lesiva ao meio ambiente; b) direito ao procedimento, consiste num direito a que o Estado permita ao titular do direito fundamental ao ambiente participar em procedimentos relevantes para o ambiente; c) direito a prestação fática, consistente na reali-

zação de medidas fáticas por parte do Estado que visem melhorar o meio ambiente. Resumidamente, os direitos a prestação podem ser resumidas da seguinte maneira: a) direitos à proteção; b) direitos à organização e ao procedimento; c) direitos a prestações em sentido estrito (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 51).

O direito à proteção do ambiente é o direito, afirma Gavião Filho (2005, p. 53), ao qual todos “[...] aqueles que têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado frente ao Estado no sentido de que este os proteja contra as intervenções de terceiros lesivas ao ambiente.” Ou seja, é um direito ao qual o Estado deve realizar ações positivas fáticas ou jurídicas que delimitem a esfera jurídica de atuação de um terceiro. Em atenção ao direito de proteção do ambiente, acha-se o Estado autorizado a normatizar condutas e atividades que julga serem lesivas ao ambiente, criminalizando condutas, combinando sanções penais com sanções administrativas. Um bom exemplo do direito de proteção é o direito penal e o direito administrativo, e mesmo a função social da propriedade como limitadores da conduta lesiva ao ambiente.

O direito à organização e ao procedimento são igualmente partícipes do direito fundamental ao meio ambiente como um todo, como um feixe de posições jurídicas. A organização e o procedimento são os meios pelos quais se chega ao fim precípua do direito fundamental ao meio ambiente, ou seja, “[...] a organização e o procedimento [...] tem igual ou até superior relevância para a efetividade do direito fundamental ao ambiente em relação àquelas modalidades que se reduzem ao cometimento de tarefas estatais [...]” (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 75). É como afirmar, em outras palavras, que apenas a Constituição Federal ou mesmo o Código Civil e Penal não alcançam a realidade empírica a ser normatizada, são necessárias normas de organização e procedimento, como o Código de Processo Civil e Código de Processo Penal que mediatizam a relação entre o direito material e sua eficácia social.

É necessário compreender que o direito fundamental ao ambiente revisto na ordem constitucional somente pode adquirir efetividade se encontrar uma regulamentação jurídica infraconstitucional mais precisa. Essa tarefa é competência do legislador, que deverá conformar a legislação infraconstitucional a partir do modelo do direito fundamental ao ambiente tratado na Constituição. (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 76).

Não se tratam, o direito à organização e ao procedimento, de direitos fundamentais processuais autônomos em relação a direitos fundamentais materiais, mas sim é a manifestação da dimensão procedimental do direito fundamental ao ambiente. Segundo Gavião Filho (2005, p. 77), a partir da noção de direito fundamental ao ambiente como um todo, ou seja, como um feixe de posições jurídicas, as posições procedimentais são tidas como parte da totalidade que é as posições jurídicas. As posições jurídicas de direito material são originárias do direito fundamental ao ambiente, do mesmo modo que as posições jurídicas de direito organizacional e procedimental.

No que ainda diz respeito aos direitos à organização sem estrito estrito, Gavião Filho (2005, p. 87) afirma que são os direitos à organização em sentido estrito do indivíduo os direitos que, em face do legislador, consubstanciam-se no direito de que o legislador edite normas de organização conforme o direito fundamental. Os direitos à organização em sentido estrito subdividem-se em quatro itens, a saber: a) competências de direito privado; b) procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito); c) organização em sentido estrito; d) formação da vontade estatal. Do mesmo modo, “[...] o direito ao procedimento em sentido estrito tem como objeto uma proteção jurídica efetiva, o que significa que o resultado do procedimento deve garantir a realização do direito material dos titulares do direito fundamental.” (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 92). Não é objeto de estudo, contudo, os pormenores da teoria do direito à organização

e ao procedimento, passasse, portanto, ao estudo do terceiro direito, o direito à prestação fática em sentido estrito.

Conforme lição de Gavião Filho (2005, p. 149) “[...] os direitos de prestações em sentido estrito são direitos frente ao Estado a algo, que se o indivíduo possuísse recursos financeiros suficientes e encontrasse no mercado uma oferta, poderia obtê-los também dos particulares.” Em outras palavras, tratasse de direitos frente ao Estado, ou seja, o Estado possui o dever a algo que, caso o indivíduo não possua recursos financeiros o suficiente para obtê-los no mercado, ao Estado incumbe tal tarefa. Ainda segundo Gavião Filho (2005, p. 149), “[...] o direito ao ambiente como direito a prestações em sentido estrito pressupõe a configuração de posição fundamental jurídica segundo a qual os titulares do direito fundamental ao ambiente podem exigir do Estado algo correspondente a prestações fáticas ou materiais.”

O direito fundamental ao ambiente como um todo, traduzido pela ideia de um feixe de posições jurídicas que conferem ao titular do direito o direito subjetivo, pode ser reproduzido como direito a algo por parte do Estado. O direito a algo subdivide-se em ações positivas e ações negativas. Pelas ações negativas temos a subdivisão em: a) direito ao não embaraço de ações; b) direito à não-afetação de características e situações; c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas. Sobre o direito a ações positivas, estas subdividem-se em: a) direito a ações positivas fáticas; b) direito a ações positivas normativas.

Sobre as ações positivas ou direitos de prestação em sentido amplo, subdividem-se em: a) direito à proteção, que consiste num direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental frente a intervenção de terceiros lesiva ao meio ambiente; b) direito ao procedimento, consiste num direito a que o Estado permita ao titular do direito fundamental ao ambiente participar em procedimentos relevantes para o ambiente; c) direito a prestação em sentido estrito, consistente na realização de medidas fáticas por parte do Estado que visem melhorar o meio ambiente. Por fim, o direito fundamental ao

ambiente pode ser considerado, segundo a teoria de Alexy, como um direito fundamental como um todo, entendido como um feixe de posições jurídicas conferidoras de direitos subjetivos aos indivíduos em face do Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A argumentação desenvolvida no artigo demonstrou a possibilidade do entendimento do direito fundamental ao meio ambiente como um todo, como direito subjetivo e, na perspectiva da teoria alexiana de direito subjetivo, como um feixe de posições jurídicas. Ao transitar pelas diversas teorias acerca do direito subjetivo, foi possível um entendimento mais amplo sobre a teoria das posições jurídicas de Alexy, considerando que o direito fundamental ao meio ambiente consiste em um feixe de posições jurídicas que são passíveis de exigência face o Estado. Cabe, portanto, ao Estado o dever de ações tanto positivas, entendidas aqui como direitos à proteção, direitos à organização e ao procedimento, direitos a prestações em sentido estrito; quanto ações negativas, como direito ao não embaraço de ações, direito à não afetação de características e situações, direitos à não eliminação de posições jurídicas. Desse modo, a teoria alexiana do direito subjetivo adequa-se ao direito fundamental ao meio ambiente instituído na Constituição brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; HECK, Luís Afonso. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 168 p.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso de Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 35. ed. México: Porrúa, 1984. 444 p.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 206 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 235 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 44. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 464 p.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. 534 p.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998. 637 p.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: M. Fontes, 2009. 427 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 422 p.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2004. 302 p.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 981 p.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 749 p.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 393 p.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. 6. ed. Mexico: Porrúa, 1981. 360 p.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 7. ed. México: Porrúa, 1981. 717 p.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Vida Humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1945. 615 p.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Apuntes de teoría del Derecho*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2008. 325 p.

SORIANO, Ramón. *Compendio de teoría general del derecho*. 2. ed. cor. y aum. Barcelona: Ariel, 1993. 350 p.

IDENTIFICAÇÃO DO GRUPO “CAMPONESES DO ARAGUAIA”: A HISTÓRIA ORAL, AS PROVAS E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXYS¹

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes*
Irene Gomes**

“A verdade de uma época é a história vivida que pode ser contada por quem dela participou com suas lembranças e esquecimentos.” (NUNES, C. R. P.)

RESUMO

Os acontecimentos trágicos do episódio que se tornou conhecido como “Guerrilha do Araguaia” se destaca pela maneira encoberta

* Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho; Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida; Professora e Pesquisadora do Centro Universitário de Barra Mansa; Rua Vereador Pinho de Carvalho, 267, Centro, 27330-550, Barra Mansa, Rio de Janeiro, Brasil; crpn1968@gmail.com

** Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa; Militante e Advogada em Anistia Política; ireneanistia@gmail.com

¹ O Projeto faz parte das produções intelectuais do PPGD UVA, na Linha de Pesquisa Direito, Constituição e Cidadania da Área de Concentração Única: Cidadanias, Internacionalização e Relações Jurídicas. A linha de pesquisa explora aspectos do Estado, sua dimensão tutelar e concentrada e as consequências resultantes para os direitos de cidadania brasileira, o que se reflete no Texto Constitucional por meio de ambiguidades, contrastes e dissonâncias de significados que se atualizam em várias legislações brasileiras, mais precisamente apreciadas em relação a categorias como a igualdade de tratamento jurídico, o acesso à justiça e ao direito e, também, à concepção de devido processo legal. Aspectos de prestação jurisdicional são amplamente investigados, assim como a tradição histórica cultural brasileira, seja através de seus pensadores seja em pesquisas históricas destinadas a registrar a formação de nossos institutos jurídicos. Destaca ainda a linha de pesquisa as modalidades em que foram e ainda são desempenhadas as funções sociais do Direito e dos Tribunais na sociedade brasileira da atualidade. E também faz parte do Grupo de Pesquisa Direito Desenvolvimento e Cidadania no DGP/CNPq reconhecido pelo Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Este projeto de pesquisa é financiado pelas duas IES: Universidade Veiga de Almeida (FUNADESP) e Centro Universitário de Barra Mansa (PIAP).

como se deu o combate das Forças Armadas contra os militantes do PC do B e pelo silêncio que se buscou impor sobre o tema durante anos. Tudo isso dificulta o estabelecimento de uma versão consolidada dos fatos, e o esclarecimento circunstanciado das violações de direitos humanos que ali tiveram lugar. Nesse esteio, resta a força da história oral para dar voz àqueles que, normalmente, não a têm. No caso em epígrafe, os camponeses são os esquecidos, os excluídos ou, retomando a bela expressão de um pioneiro da história oral, Nuno Revelli, “os derrotados”. Este trabalho tem por objetivo analisar se é suficiente a liberdade de expressão e da manifestação do pensamento, constitucionalmente garantido para que cada um dos sobreviventes e seus descendentes afirme a história deste fato social, na qualidade de sua autoafirmação e reconhecimento do grupo identitário dos camponeses do Araguaia - minoria que tem direitos fundamentais não reconhecidos, clamando por mecanismos de efetividade. Com os dados extraídos da Constituição, da doutrina especializada e dos requerimentos (autos) dos julgamentos dos camponeses e ex combatentes, ocorridos nos dias 17 de abril, em Palmas, TO, e dos autos do julgamento dos camponeses, ocorrido em 25 de agosto de 2015, em Brasília, pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, através do método denominado “estado da arte”, será examinada a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, destacando-se os aspectos e as dimensões do tema enfrentado.

Palavras-chave: Cidadania. Método e significado. Políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

A região do Rio Araguaia - próxima à fronteira entre os Estado do Pará e Tocantins (Municípios de São Domingos do Araguaia, São Geraldo do Araguaia, Brejo Grande do Araguaia, Palestina do Pará, todos no Pará, e Xambioá e Araguaatins em Tocantins) conhecida como “Bico do Papagaio” - tem contrastes sociais em que se denotam o denominado processo de “des”construção social da cidadania, pautado na desigualdade econômica, social e cultural, bem como no flagrante

desrespeito à dignidade da pessoa humana por força do fato social conhecido como “Guerrilha do Araguaia”.

Este trabalho justifica-se por divulgar a luta para o reconhecimento dos camponeses do Araguaia - conjunto de seres humanos agrupados minoritariamente, moradores da localidade acima indicada, cuja organização e afirmação se faz pelos seus saberes e fazeres, e cuja história só pode ser transmitida oralmente por força da destruição das provas de sua existência.

O objetivo geral da pesquisa é o de analisar a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, constitucionalmente garantido é suficiente para permitir que a cada um dos sobreviventes e seus descendentes afirme a história deste fato social, na qualidade de sua autoafirmação no esteio de auxiliar o reconhecimento do grupo identitário dos camponeses do Araguaia - minoria que tem direitos fundamentais não garantidos, clamando por mecanismos de efetividade, principalmente o da liberdade da manifestação da expressão, garantida constitucionalmente e que permite a cada um dos sobreviventes e seus descendentes afirmarem oralmente sua história.

Os objetivos específicos são: (i) conferir significado de história oral aos relatos sobre a ação do Estado contra os camponeses do Araguaia que, após a intervenção do Estado, transformou a região em um cenário de extrema miséria, violência e desolação, do século passado até os dias de hoje; e (ii) indicar a admissibilidade da prova oral prevalentemente nos julgamentos perante a Comissão de Anistia, já que as provas foram destruídas pelo próprio Estado, o que é afirmado pelas próprias Forças Armadas e é uma das premissas que conduz ao deferimento do pedido sobre o tema no Julgamento da Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos.

A abordagem metodológica é da revisão literária da doutrina especializada em Ciências Humanas e Sociais, além da obtenção de dados históricos com base em documentos legais como: Constituição e demais legislações aplicáveis, Relatório da Comissão Nacional da

Verdade e os dados obtidos no requerimento de alguns dos integrantes do grupo identitário, julgado e indeferido em 25 de agosto de 2015, perante a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, com a alegação de insuficiência de provas.

Ademais, com base no material histórico e antropológico, catalogado e por meio do método denominado “estado da arte”, examinar-se-á a aplicabilidade da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, destacando os aspectos e as dimensões do tema a serem enfrentados para realização do objetivo da pesquisa.

Os resultados esperados são os de reconhecer o grupo identitário dos camponeses do Araguaia a partir da organização e da afirmação de seus saberes e de seus fazeres, e, acima de tudo, respeitar esse grupo de seres humanos minoritários, que tem direitos fundamentais como qualquer outro grupo na sociedade brasileira.

2 O RECONHECIMENTO DO GRUPO IDENTITÁRIO: OS CAM- PONESES DO ARAGUAIA, COM BASE NA HISTÓRIA ORAL DE FATO SOCIAL: MÉTODO E SIGNIFICADO

Em 1966, o Partido Comunista do Brasil - PC do B, após deliberação na sua VI Conferência Nacional, aprovou o documento “União dos Brasileiros para Livrar o País da Crise, da Ditadura e da Ameaça Neocolonialista”, e decidiu estabelecer nessa localidade um foco de resistência ao Governo Militar, que, desde 1964, se instalara no poder do país, com a finalidade de promover o movimento político de implantação de uma “guerrilha rural”.

Entre março de 1972 e os primeiros meses de 1975, as Forças Armadas Brasileiras realizaram três campanhas para eliminação do “foco guerrilheiro”, sendo que na terceira e última fase de repressão, ocorrida entre 1973 e 1974, dão notícia de que 75 guerrilheiros teriam sido mortos no local - dados colacionados pelas Forças Armadas Brasileiras.

Conforme aponta o jornalista Carlos Hugo Studart Correia em sua obra *A Lei da Selva: Estratégias, Imaginário e Discurso dos Militares sobre a Guerrilha do Araguaia*,² - os combates ocorreram dentro da Floresta Amazônica, num polígono de, aproximadamente, 7.000 Km² entre o sudeste do Pará e o norte de Goiás (atual norte de Tocantins) e nessa área extensa, com características de selva, afastada dos centros vitais do país e de difícil acesso, havia *residentes* (CORREIA, 2006, p. 40-43). “Era uma população rarefeita, de baixa instrução e com precária situação econômica” (CORREIA, 2006, p. 55), conhecida neste trabalho de pesquisa como o grupo identitário: “os camponeses”.

O jornalista Studart Correia (CORREIA, 2006, p. 186), em sua obra referida acima, sinaliza que as Forças Armadas ordenaram aos membros do Centro de Informações de Segurança da Aeronáutica (CISA), a atear fogo em todos os documentos operacionais da Terceira Campanha, a “Operação Marajoara”. No Centro de Informações do Exército (CIE), mesma ordem teria sido dada (CORREIA, 2006, p. 186). Essa “limpeza” aparentemente se deu em relação a vestígios de documentos e corpos (CORREIA, 2006, p. 191).

Abaixo segue por ordem cronológica as atividades desenvolvidas pelo Estado no intuito de combater a Guerrilha do Araguaia, a saber:

Quadro 1 - *Modus operandi* das Forças Armadas Brasileira

Plano de Captura e Destruição da Guerrilha do Araguaia	
Data	Fato
Janeiro de 1970	Construção do Batalhão de Infantaria de Selva em Marabá
Outubro de 1970	Classificação de Marabá como Área de Segurança Nacional

² Foi agraciado com o Prêmio Vladimir Herzog de Anistia e Direitos Humanos, menção honrosa, e foi finalista do Prêmio Jabuti de 2007.

Ano de 1970	Operação Carajás
1971 - 1972	Inclusão de “Detetives” no Araguaia
Ano de 1971	Operação Mesopotâmia
1972 - 1973	<p>Identificação dos “terroristas” (paulistas militantes do PC do B) e do “apoio” (grupo identitário dos camponeses do Araguaia) da Guerrilha Araguaia:</p> <p>1) “apoios circunstanciais”, regionais que, “dentro do hábito de hospitalidade da área, ou premidos pela presença do grupo armado”, forneciam alimentação ou prestavam pequenos favores aos guerrilheiros;</p> <p>2) apoios por interesse, regionais que- “pelas mesmas razões dos anteriores, e também, por “promessas de cargos e função de destaque no futuro governo que já está se implantando”- colaborariam de maneira mais sólida com os guerrilheiros;</p> <p>3) apoios ideológicos, ou seja, pessoas que compartilhavam da ideologia dos guerrilheiros.</p>
Setembro de 1972	Operação Papagaio - obtenção de informações
Maio a outubro de 1973	Operação Sucuri - levantamento de informações e estruturação de estratégia
Outubro de 1973 a 1974	Operação Marajoara - operação de eliminação
Fevereiro de 1975 e 1976	Operação Limpeza - retirada de ossadas, destruição de provas e rastros que levassem ao acontecido

Fonte: adaptado de Correia (2006) e com base na Sessão Temática apresentada perante a Comissão de Anistia.

A essa população foi imposto o ônus de suportar a implantação de uma “guerrilha rural” e a eliminação do “foco guerrilheiro”. Esquecidos, excluídos ou, retomando a bela ex-

pressão de um pioneiro da história oral, Nuno Revelli, “derrotados” (JOUTARD, 2000, p. 321) que buscam até a data de hoje os seus Direitos Fundamentais e acreditam no Brasil.

Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. (BRASIL, 1988).

O papel representado pela história oral no desenvolvimento da sociedade é consubstanciar a verdade de um povo, no caso sob análise, desse grupo identitário. É de suma importância ouvir a todos que tiveram a experiência e conhecem a qualidade de certos diálogos, a justeza do tom e a riqueza dos testemunhos de uma época. É através da história oral que se pode apreender com mais clareza as verdadeiras razões de uma decisão; que se descobre o valor das escolhas políticas; que se entende a visibilidade das estruturas reconhecidas; que se penetra no mundo do imaginário e no simbólico, que é tanto motor e criador da história quanto o universo racional (JOUTARD, 2000, p. 322).

Não se pode esquecer que, mesmo no caso daqueles que dominam perfeitamente a escrita e deixa memórias registradas por cartas ou quaisquer outros documentos, o oral se revela sempre como o “indescritível” (JOUTARD, 2000, p. 324), ou seja, “[...] é toda série de realidades que raramente aparecem nos documentos, seja porque são consideradas insignificantes, inconfessáveis, ou porque são impossíveis de transmitir a emoção que foi vivenciada à época.” (JOUTARD, 2000, p. 325).

Será que o relatório escrito de um julgamento consegue traduzir o que realmente se passou no momento do ato jurisdicional ou qual foi a emoção exarcebada no depoimento da parte ou no relato da testemunha? E quando não há arquivos escritos ou estes são insuficientes para descrever e, sobretudo, para compreender uma realidade complexa quanto a que aconteceu na história da “Guerrilha do Araguaia”?

Faça-se o levantamento, em diversas histórias nacionais, de todos os acontecimentos importantes que foram deslanchados por rumores. E, nesta ótica, são necessários o tratamento crítico e a distância não só para sinalizar as distorções em relação à realidade passada, mas também para interpretá-la. Como interpretar o silêncio ou o esquecimento?

Assinale-se, ainda, que, para o caso do reconhecimento desse grupo identitário, estão sendo realizadas gravações em vídeo, o que permite capturar também gestos e expressões de cada um deles. O documento original é a gravação, que parcialmente sequer foi visualizada ou (não) apreciada na qualidade de prova na Comissão da Anistia e não foi admitida no julgamento realizado em 25 de agosto de 2015. A transcrição dos relatos não passa de acessório, não podendo substituir a gravação do DVD com a visão e a audição da verdade desse grupo identitário.

A história oral é o meio privilegiado para compreender os mecanismos do mundo da concentração. Porém, para que a pesquisa oral desempenhe plenamente seu papel, precisa reconhecer os seus limites e, até, fazer deles sua força.³ Para validar a história oral, é indispensável a análise da totalidade do depoimento ou testemunho e incluir a interpretação do significado das hesitações, silêncios, lapsos...

³ Aquilo que seus detratores chamam suas fraquezas são os esquecimentos da própria memória - a formidável capacidade de sobrevivência dos seres humanos em se esquecerem daquilo que mais os afligem (JOUTARD, 2000, p. 328). O que os historiadores positivistas consideram radicalmente como o ponto fraco do testemunho oral não apenas permite compreender melhor o “vivido”, mas também conhecer os motores da ação.

Esses “erros” nos apresentam uma forma de verdade. A verdade do grupo identitário, sob análise neste trabalho. Para a compreensão do significado de “terroristas”, “Exército” e “Guerrilha do Araguaia” para esse grupo identitário, seguem abaixo alguns trechos de testemunhos transcritos dos vídeos gravados em DVD com “os camponeses” em Marabá no ano de 2014,⁴ a saber:

Transcrição de partes da entrevista com FRANCISCA MORAES SERAFIM:

FAS - Qual o nome todo da senhora?

FMS - Francisca Moraes Serafim

FAS - Dona Francisca o que aconteceu com você durante a Guerrilha do Araguaia?

FMS - [...] Nós não apanhêmo, eu não apanhei, mas nós tinha uma terra, nós morava nessa terra na fortaleza e junto com nossa mãe e na época da guerra em 73 nóisti-vêmo que largar tudo pra trás e nós tinha muita fartura não tinha era gado né! A gente tinha muita fartura, muita criação e aí tiêmo que largar tudo pra trás.

FAS - Por quê?

FMS - Porque é o seguinte: quando o exército entrou eles entraram na primeira vez como detetive né e quando

⁴ Sabe-se que as transcrições são insuficientes para uma real constatação da dor e do flagelo imposto a esse grupo identitário e que a escolha dos trechos dos relatos de vida que descrevem apenas surras e perdas materiais se dá por escolha das autoras. Assim, a pesquisa poderá ser publicada sob licenças da *Creative Commons*, sem chocar o leitor. Situações de tratamento ainda mais degradantes aos seres humanos - depoentes e testemunhas desse grupo identitário - encontram-se em teor completo nas entrevistas realizadas nos DVD apresentado no Requerimento nº 2006.01.52036, que tramita perante a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. Nesse Requerimento, cada um dos Camponeses do Araguaia descreve oralmente a atividade exercida à época da ditadura, a perda ou o prejuízo, em todos os sentidos, impostos pelo Estado à época, e o ônus que está suportando até a presente data, por ter sido acusado sem provas ou julgamento como apoio dos “guerrilheiros”, ou por ter mantido contato verbal ou alimentado, por humanismo e não por ideologia política, com os paulistas - militantes do PC do B.

eles vieram já vieram sabendo de tudo né! A gente morava perto. A gente conhecia aquele pessoal como os paulistas né! E aí o exército quando ele entrou já foi desacatando todo mundo sabe? A gente teve que largar lá e sair correndo porque eles tocavam fogo em tudo mermo pras pessoa que chegava na casa da gente com fome pra não dá comida sabe e não dá mantimento de nada e os homens largaram tudo porque os homem tiveram que correr e os que não foram preso tiveram que correr e se esconder porque eles batia eles levava amarrava eles levava pra base na Bacaba e ficava só as mulher e eles ameaçava que tinha que largar lá e a gente tinha que largar como larguêmo e viêmo e nessa época eu tinha uma casinha. Eu era casada mas nessa época eu tava separada do meu marido sabe... Inclusive essa família de gente todinha que morava na roça que era da minha família veio tudo pra dentro dessa casinha.

FAS - Quantas pessoas ficaram nessa casa e quem eram essas pessoas? A senhora lembra?

FMS - Lembro! Era a família do Frederico era na época a minha mãe, era a minhas irmãs. Era a Rita, Socorro veio todo mundo a família toda dos que moravam na roça e vieram porque ninguém tinha casa na rua então tinha que ficar aos monte porque era pequenininho e a gente dormia tudo era no chão por que na época aqui era a cidade do terror! Viu! Aqui era assombrado e a gente... Ficou assim uma cidade quase desabitada você não tinha gente porque quando dava a noite nesse tempo não tinha energia era motor de luz né aí quando dava a noite o motor de luz apagava cedo e ficava aquelas viatura tudo preta na rua...E todo mundo tinha medo, pois é.

FAS - Botaram fogo na casa de vocês na roça?

FMS - Na roça eles tocava fogo em tudo (referindo-se ao exército) Eles tocavam fogo! E quando a gente saía ele iam a trás e eles queimava tudo!

FAS - E vocês saíram? Eram quantas pessoas?

FMS - Nós era cinco irmão que morava nessa época dentro de casa e minha mãe e meu pai que era paralítico.

FAS - Vocês chegaram a reaver as terras que vocês abandonaram por medo?

FMS - Não, não assim por que quando a guerra esfriou assim que acabou porque muitos anos as pessoa... Muitos anos a gente tinha medo né! Todo mundo era assombrado! Aí depois que esfriou esse negócio da guerra... Nessa época as terra era devoluto assim... Quando a gente foi pra recorrer pra ficar com a terra o INCRA já tinha tomado de conta e já era tarde já tinha medido e quem era dono dessas terra era o Fórum.

FAS - Então vocês perderam as terras?

FMS - Perdêmo nós perdeu aí ficâmo morando na rua...

FAS - A senhora pode lembrar o que tinha na terra e o que vocês plantavam?

FMS - Nós plantava arroz nós plantava feijão tinha muita mandioca tinha fava e nós fazia farinha sabe!

FAS - Tinha paiol?

FMS - Tinha paiol nessa época tudo era do paiol nós criava muito porco nós tinha muita galinha, nós tinha animal nós não tinha era gado sabe? Mas fartura e o que comer nós tinha muito! Pois é! Nós fazia uns paiolão de arroz.

FAS - Você lembra o tamanho das terras?

FMS - Lembro, lá era uma base de 73 pra 76 mais ou menos isso de terra que nós tinha.

FAS - Em qual localidade exatamente que ficava essa terra?

FMS - Na Fortaleza.

FAS - Você sabe me contar com detalhes o dia em que saíram e em que circunstâncias e por quê?

FMS - O dia mesmo eu não sei faz muito tempo... Em 73

FMS - Eles (o exército) chegava na casa da gente pegava e falava que nós tinha que desocupar e sair! É por que tava muito perigoso na roça e a gente ficava assombrado sabe? E aí agente tinha que sair.. E quando eles chegavam era de turma né, não era de um nem de dois e tudo armado né! E chegava e falava sério que tinha que desocupar e sair de lá aí nós tivemos que sair e viêmo aí

agente saía e a gente não tinha como tirar nada de lá e tinha era que deixar tudo pra trás e quando a gente saía eles queimava!

FAS - E a senhora teve contato com alguém do povo da mata? Conheceu alguém do povo da mata?

FMS - Conheci.

FAS - Quem que a senhora conheceu?

FMS - Eu conheci a Sônia. Eu conheci vários, mas assim com quem a gente tinha mais contato era com a Sônia, eu conheci o Osvaldão e inclusive eu presenciei a prisão da Rosinha, pois é a Rosinha foi pega aqui! Nós já tava aqui na rua né... E vi também a prisão do Piauí. O Piauí foi preso com o filho de uma vizinha que se chamava Joana...

FAS - Da família da senhora teve alguém que foi preso?

FMS - Teve assim! Teve o cunhado, o Vanú.

FAS - O Vanú era seu cunhado?

FMS - Era meu cunhado na época sabe e minha irmã morreu e o Frederico que foi preso e que enlouqueceu!

FAS - O Frederico já faleceu?

FMS - Não tá vivo ainda, mas ta doente ele tá em cadeira de roda, ta doente, mas ele ainda é vivo! Quem morreu foi a minha irmã, mulher do Vanú.

FAS - O Frederico você acredita que tenha ficado doente por conta do que aconteceu com ele naquela época?(referindo-se ao fato do Frederico encontrar-se muito debilitado)

FMS - Eu acho... Porque muita gente já morreu. Por que foi judiado! Muita gente porque inclusive esse meu cunhado mesmo disse que penduravam ele pelo saco sabe? Muita gente naquele tempo eles judiavam mesmo! Sem pena eles judiava!

FAS -Como a senhora acha que seria a sua vida hoje se tudo isso não estivesse ocorrido?

FMS - Eu acho que teria sido melhor porque nós era dona das nossas terra e nós como naquela época todo mundo tinha garra pra trabalhar e era jovem né, nós todo mundo era novo naquele tempo eu acho que nós era bem

melhor de condição sim, por que por nada nós tinha nossa fazendinha né!”

Transcrição de partes da entrevista com AGENOR MORAES SILVA:

“SCKC - Qual o seu nome? O que aconteceu com você durante a Guerrilha do Araguaia?

AMS - Agenor Moraes Silva. Na época da guerrilha eu morava vizinho com os guerrilheiros! E eu perdi tudo que tinha! Eu saí de casa, porque mandaram que eu saísse e abandonasse. Eu fechei as porta da casa e eles não me deram mais o direito de eu poder voltar pra minha casa e aí depois eles botaram fogo na casa com tudo que tinha dentro! Eu ia correndo com medo da equipe!

SCKC - Que equipe?

AMS - Equipe do exército. Aí eu deslizei com os pé e caí em cima de uma raiz! [...] Passei uma noite prostrado e cresceu uns caroço!

SCKC - Houve alguma alteração nos seus interesses, hábitos, comportamento ou personalidade?

AMS - Houve sim! Eu depois da guerrilha eu fiquei com trauma de ficar escondido.

SCKC - Faz algum tratamento de saúde?

AMS - Não! Não tenho condição! Hoje eu vivo nas terra alheia!

SCKC - Alguém da sua família foi presa?

AMS - Foi... Foi meu cunhado, que hoje ele vive na cadeia de rodas. Tem um outro cunhado que chama Manuel Leal Lima, que foi preso também! [...] Eu dava de comer pro pessoal da mata.

SCKC- Quem é o pessoal da mata?

AMS - Era os que eles chamavam de terrorista. Eu ajudava eles com comida, roupa usada, óleo diesel. Aí eu tinha saído da minha morada. Fui para uma fazenda abandonada e lá foi onde o Curió me achou! E lá foi onde eu fui detido duas vêiz! Fui pra base.

SCKC - O que aconteceu com sua família durante este período?

AMS - Aconteceu que meu pai, passou um medo muito grande, ele já era doente e ele morreu!

SCKC - A terra em que morava era de sua família?

AMS - Aterra era minha!

SCKC - O que aconteceu com a terra?

AMS - A terra eles disseram que eu não podia voltar mais lá! E lotiaram, o INCRA loteô e deu pro povo dele.

SCKC - O que aconteceu com a casa, com as plantações e os animais?

AMS - A casa tocaram fogo! [...] O exército tocou fogo... Saímos correndo de lá! Tocaram fogo em tudo!

SCKC - Quem saiu correndo?

AMS - Eu com a minha família! Saímos todo mundo correndo!

SCKC - O que planejava?

AMS - Nós planejava de trabaiá e de ser fazendeiro né!

SCKC - Isso foi em que ano?

AMS - Isso foi em 72 e em 73!”

Os relatos históricos podem variar em função do tempo, suas deformações, seus equívocos, a tendência do ser humano para esquecer o real e fixar-se na lenda e no mito (JOUTARD, 2000, p. 326). Estes limites constituem um dos principais aspectos de interesse da história oral. Pois, sem contradição nem provocação, tais omissões, voluntárias ou não, suas deformações, são tão úteis para o pesquisador quanto às informações que se verificam exatas. Elas introduzem ao cerne das representações da realidade que cada um dos seres humanos.

A história oral é uma via de acesso à história antropológica da “Guerrilha do Araguaia”, bem como um mecanismo de reconhecimento desse grupo identitário. A história oral desse grupo foi ratificada pelo trecho do relatório da Comissão Nacional da Verdade,⁵ no

⁵ A ratificação da história oral na Comissão Nacional da Verdade foi aniquilada no Julgamento de 25 de agosto de 2015 na Comissão da Anistia, do

seu capítulo 14, item 43, que expõe o terror vivenciado pelo pelos camponeses do Araguaia (no texto descrito como *moradores* ou *locais*) à época:

43. Os relatos de moradores (grupo identitário dos camponeses do Araguaia) e guerrilheiros sobreviventes apontam a existência de várias bases militares que funcionavam como centros de triagem e torturas. Entre as citadas estão a Base do Exército em Xambioá, a Delegacia de Araguaína, ambas situadas, à época, no estado de Goiás, e a Base da Bacaba, em São Domingos, no estado do Pará. Além dessas, destaca-se o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), em Marabá, no Pará. O local, que servia de fachada para operações do Exército, ficou conhecido pelos prisioneiros como Casa Azul, um dos mais emblemáticos centros clandestinos do aparato repressivo montado na região a partir de 1964. Todo esse aparato militar de repressão, montado pelo Estado, foi responsável por torturas, assassinatos e ocultação de cadáveres. As cruéis atividades de tortura eram estendidas aos moradores locais (grupo identitário dos camponeses do Araguaia), igualmente presos como parte da metodologia de minar o apoio local. (com inclusão de texto entre parênteses pelas autoras).

Com a destruição de quase todas as provas documentais pelas Forças Armadas (CORREIA, 2006, p. 23), foram encontrados apenas alguns documentos oficiais pelos historiadores e jornalistas, Taís Morais e Eumano Silva⁶ (2005, páginas diversas), que se encontram, atualmente, disponíveis no Arquivo Nacional.

Ministério da Justiça.

⁶ Os autores publicaram o livro *Operação Araguaia - os Arquivos Secretos da Guerrilha*, com foto de parte dos documentos encontrados nas pesquisas para a obtenção de provas documentais realizadas nos fundos do antigo Serviço Nacional de Informações (SNI).

Fotografia 1 - Plano e Equipe de Captura e Destruição da Guerrilha do Araguaia



Fonte: Moraes et al. (2005).

Diante dessas dificuldades, a grande maioria dos desaparecidos, “terroristas” ou “camponeses”, ainda não foi localizada. Ora há insuficiência de informações, ora há a pluralidade de relatos sobre um mesmo fato. Resta então, como prova robusta, a história oral “dos Camponeses” os quais podem, por meio dela, terem o reconhecimento de quem são e buscarem as garantias da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002.

3 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA VISÃO DE ROBERT ALEXY⁷ APLICADA AO *MODUS* PROBATÓRIO DAS QUESTÕES JURÍDICAS RELACIONADAS À GUERRILHA DO ARAGUAIA E AO RECONHECIMENTO DE GRUPO IDENTITÁRIO

Os Direitos Fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88, no Título II representam a categoria dos direitos dos seres humanos reconhecidos e positivados nas Cartas Magnas dos outros países também.

A apresentação dos Direitos Fundamentais dicotomicamente como civis e sociais⁸ tem por finalidade enquadrar o tema estudado, em conformidade com as diretrizes canônicas de metodologias de pesquisa científica e torna-se funcional para a redação científica da pesquisa.

Esta bipartição possibilita o enquadramento da liberdade de expressão e manifestação de pensamento, garantida constitucionalmente, como um Direito Fundamental Civil, o que permitirá, ao final, comprovar que cada um dos sobreviventes e descendentes dos camponeses do Araguaia tem o direito de afirmar oralmente sua história, ao mesmo tempo, que o grupo identitário, como uma minoria de seres humanos - coletividade -, cuja organização e afirmação se faz pelos seus saberes e fazeres e cuja história só pode ser transmitida oralmente por força da destruição das provas de sua existência, tem o direito de ser reconhecido como tal.

⁷ Este capítulo está, precipuamente, fundamentado no fichamento, estudo e análise do livro Teoria dos Direitos Fundamentais, editado no ano de 2011 e citado entre as referências bibliográficas. O livro foi objeto de intensas discussões no Núcleo de Pesquisa, onde as autoras trabalham e será à base desse item do trabalho, sob a abordagem metodológica da revisão literária e do estado da arte. Outras obras foram, também, analisadas nesse trabalho.

⁸ Ressalva-se que, a classificação dos Direitos Fundamentais é um tema polêmico.

3.1 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS NO BRASIL

Sucintamente, ocorreram quatro eventos mundiais relevantes para que ocorresse o reconhecimento e a busca da eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais civis, a saber: (i) Revolução Gloriosa, com a assinatura do *Bill of Rights* (1688 e 1689); (ii) Independência das 13 Colônias Americanas e com a assinatura da Declaração de Direitos da Virgínia (1776); (iii) Revolução Francesa (1789), na qualidade de emblemático fato histórico - ao disseminar a outros continentes a necessidade da defesa dos direitos dos homens face aos abusos do poder absolutista e à economia mercantilista⁹ -; e (iv) Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1791).

Nesta pesquisa, os Direitos Fundamentais Civis têm por base normativa o fato de serem estabelecidos ou atribuídos no Direito Constitucional e referirem-se aos estudos científicos cujo principal objeto seja as liberdades individuais, direitos civis, direitos cívicos, em seu sentido amplo (SANTOS, 2005, p. 18). Ressalva-se que, a liberdade de expressão e manifestação de pensamento (Art. 5º, inciso IV, da CRFB/88) é o objeto de estudo neste item do trabalho.

⁹ Portanova (2005, p. 58) afirma que a Revolução Francesa impulsionou as conquistas dos direitos fundamentais: “[...] pela primeira vez na história do homem pôde sentir-se como o verdadeiro artesão de seu destino. Ele podia escrever a história com suas próprias mãos, e não aceitar a determinação dogmática de leis estabelecidas pela natureza religiosa das mesmas, superiores ao homem e, portanto, inquestionáveis por estes. Nós) estávamos diante de um novo fato que viria a modificar para sempre a forma de agir politicamente [...]. Estávamos dando os primeiros passos na direção da cidadania.”

3.2 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL

O termo - Direitos Fundamentais Sociais - é adotado, nesta pesquisa, em seu sentido amplo, conforme o Art. 6º da CRFB/88¹⁰ e compreende os Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Esses são estabelecidos por força da evolução científica da humanidade e foram surgindo como novos direitos a serem amparados pelas Cartas Magnas de diversos países.

Sucintamente, a proteção desses direitos passou de uma pessoa individualizada, no âmbito dos Direitos Fundamentais Cívicos, para uma coletividade e desta para os grupos indeterminados (PIOVESAN, 2009, p. 52). Esses direitos não se sujeitam a qualquer critério temporal nem se sujeitam a nenhuma hierarquia (BOBIO, 1992, p. 17). Esses direitos dependem da contextualização histórica, social, econômica e política de cada Estado para haver o seu reconhecimento e desenvolvimento.

Ressalva-se que, o reconhecimento de uma coletividade (que pode ser uma minoria, como no caso sob análise) traz a difusibilidade e a participatividade desses direitos (PIOVESAN, 2009, p. 52).

¹⁰ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

3.3 O *MODUS* PROBATÓRIO DAS QUESTÕES RELACIONADAS À GUERRILHA DO ARAGUAIA NA QUALIDADE DE MECANISMO DE EFETIVIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O RECONHECIMENTO DO GRUPO IDENTITÁRIO DOS CAMPONESES DO ARAGUAIA¹¹

No Brasil, vivencia-se, com a instalação da Comissão Nacional da Verdade, o resgate da história de uma época - Anos de Chumbo. Os mecanismos mais utilizados por esta Comissão são: (i) a releitura da história por meio da oralidade (depoimentos, testemunhos e informações); e (ii) a análise de documentos e fotos da época encontrados esparsamente, por pesquisadores, historiadores, antropólogos, sociólogos, jornalistas investigativos e demais interessados no tema.

Como afirma Arendt (2010, p. 24), “[...] os direitos humanos não são um dado, mas um constructo, uma intervenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.” Logo, o objetivo primordial dos Direitos Fundamentais é o de garantir a dignidade aos seres humanos (ALEXY, 2008) e a sua coexistência na biosfera dentro de um contexto evolucionista histórico, social, econômico e político. Contudo, de forma diferente, em cada país.

Assim, a codificação da liberdade de expressão e manifestação do pensamento pela CRFB/88, com sua indicação como Direito Fundamental agravam os problemas dos direitos do homem. Somente agora se torna visível em toda sua dimensão, o que o eleva a hierarquia constitucional e acresce o seu caráter obrigatório (BRASIL, 1988).

Note-se que correspondem ao artigo 5º, inciso IV preceitua “a manifestação dos pensamentos como livre” e ao inciso XXXIII, que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de

¹¹ Faz-se mister estudar a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, destacando-se que as questões formais não podem ter o condão de impor injustiça a minoria - grupo identitário dos camponeses do Araguaia.

seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade”. Ambos são incisos da CRFB/88 e Direitos Fundamentais Cíveis institucionalizados. Sendo assim, é de crucial importância a ponderação desses dois dispositivos legais como parte do exame de proporcionalidade, o que é o problema nuclear da dogmática dos direitos fundamentais institucionalizados, na concepção de Robert Alexy.

A ponderação é a razão principal para a abertura dos catálogos de direitos fundamentais; é a “força rompante da interpretação constitucional” resultante dos três extremos: o “escalão hierárquico supremo”, a força de “concretização suprema” e o “conteúdo sumamente importante”.

Quando a Comissão de Anistia, no julgamento de 25 de agosto de 2015, ponderou sobre a importância dos Direitos Fundamentais, ao decidir desfavoravelmente ao reconhecimento do grupo identitário por meio da história oral, tornou a sua concepção sobre “coisas sociais e políticas” sumamente importantes, praticamente partes integrantes da Constituição e, com isso, tomou “a ordem do dia” política. Estabelecendo que o árbitro na luta do reconhecimento de uma minoria não é o povo, senão esta Comissão.

Isso não é compatível com o princípio democrático, cujo cerne, foi estatuído no artigo 1º, parágrafo único, da CRFB/88, assim como também não é compatível com o seu Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]” (BRASIL, 1988).

Afirma Robert Alexy que, os direitos do homem parecem converter-se em um problema para a democracia quando são levados a sério e de um mero ideal tornado em algo real. Isso quer dizer que as manifestações orais - no caso, a história oral da “guerrilha do Araguaia” emanada das lembranças dos integrantes do grupo identitário dos camponeses e relatadas em DVD e transcritos, precisam ser acei-

tas como verdadeiros, inclusive as informações individuais auto declaradas na qualidade de autoafirmação que não podem ser provadas por documentos, de interesse coletivo ou geral, que teriam que ser emitidos pelos órgãos públicos, mas que não o são por força da destruição dos mesmos pelas Forças Armadas, conforme autodeclaração perante a Comissão Nacional da Verdade ou qualquer outro Tribunal.

Corroborando com as autodeclarações dos camponeses do Araguaia, e afirmações do livro Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, o voto do Juiz *ad hoc*, Dr. Roberto de Figueiredo Caldas, consignado na sentença da Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos - CIDH (2010, p. 124) esclarece que:

É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas.

A unilateralidade das declarações dos camponeses do Araguaia e a ausência de prova documental, por ação e omissão do Estado, não pode ser obstáculo ao deferimento de Direitos Fundamentais e o exercício de direitos dispostos em legislação infraconstitucional. Pois, a análise da eficácia da liberdade de expressão e da manifestação do pensamento, no caso, como mecanismo de reconhecimento do grupo identitário dos camponeses do Araguaia, considerados como os seres humanos passíveis de identificação por seus saberes e fazeres, identificáveis de forma coletiva, pelo registro descritivo de sua cultura ma-

terial oralmente é um *modus probatório* notório do fato social “guerrilha do Araguaia”.

4 DIREITO DE TRANSIÇÃO: ANÁLISE DO ART. 8º DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS E DA LEI Nº 10.559, DE 13 DE NOVEMBRO DE 2002

É consenso que o art. 8º, do ADCT¹² é uma norma constitucional porque foi elaborada pelos constituintes em 1988 e pelo fato de ser alterado por Emenda Constitucional.

A expressão “transitória” do termo tem por função a transição do ordenamento jurídico antigo para o atual. Nesse sentido, Barroso (1993, p. 310), ao falar das disposições transitórias, explica: “[...] a influência do passado com o presente, a positividade que se impõe com aquela que se esvai.” Pelas palavras do referido autor, fica claro que o mesmo entende que a função maior da ADCT é justamente fazer uma transição entre o ordenamento jurídico que se vai com o ordenamento jurídico que chega, sendo esse também o entendimento de Paul Roubier, ao escrever em sua obra que as disposições transitórias: “[...] têm por finalidade estabelecer um regime intermediário entre duas leis, permitindo a conciliação das situações jurídicas pendentes com a nova ordem legislativa.” (apud FERRAZ, 1999, p. 56).

Consequentemente, nos termos da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002, são declarados anistiados políticos aqueles que, no pe-

¹² Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18/09/46 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15/12/61, e aos atingidos pelo Decreto-lei nº 864, de 12/09/69, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

período de 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, foram estabelecidos no artigo 2º, a saber:

- I - atingidos por atos institucionais ou complementares, ou de exceção na plena abrangência do termo (inclui-se o grupo identitário dos camponeses do Araguaia);
- II - punidos com transferência para localidade diversa daquela onde exerciam suas atividades profissionais, impondo-se mudanças de local de residência (inclui-se o grupo identitário dos camponeses do Araguaia); etc.

O enquadramento do grupo identitário dos camponeses do Araguaia está descrito em outro trecho do Relatório da Comissão Nacional da Verdade - capítulo 14, item 50, 57 e 58:

50. Para os moradores mais antigos da região do Araguaia (inclui-se o grupo identitário dos camponeses do Araguaia), a experiência da guerrilha teve início com a chegada dos primeiros militantes comunistas, no ano de 1966, e com a instalação sucessiva de grandes contingentes militares, a partir de 1970. Até aquele momento, a convivência com os militantes do PC do B, os “paulistas”, como eram chamados, era pacífica e amistosa. Contudo, com o começo dos combates entre guerrilheiros e militares no primeiro semestre de 1972, a rotina da região foi completamente alterada e os camponeses (inclui-se o grupo identitário dos camponeses do Araguaia) passaram progressivamente a integrar as listas de vítimas das violações cometidas pelos agentes do Estado brasileiro.

[...]

57. Em 1973, com o avanço das operações de contra-guerrilha, isto é, com a mudança da operação de levantamento de informações (Operação Sucuri) para a operação de eliminação (Operação Marajoara), o combate à guerrilha passou a ser composto, também, pelo en-

carceramento e pela submissão dessa parcela da população (inclui-se o grupo identitário dos camponeses do Araguaia), que era considerada pelos órgãos de inteligência militar como parte da rede de apoio guerrilheira. Essa era a chamada “neutralização da rede de apoio”. Conforme fora planejado, a operação foi desencadeada no dia 7 de outubro de 1973, com entrada simultânea na área (PA) pelo sul e pelo norte. O inimigo foi surpreendido com a rapidez e forma como foi executado o desembarque e infiltração das patrulhas na mata. Em três dias, 70% da rede de apoio estava neutralizada. No fim de uma semana, o inimigo sofria as primeiras quatro baixas, e já havia perdido três depósitos na área da Transamazônica. 58. Nesse sentido, destaca-se, na documentação produzida pelo próprio Exército, a qualificação da rede de apoio que fora “neutralizada”. Transcrição: “Até o presente momento [Operação Marajoara, 1973], foram presos 161 apoios segundo distribuição percentual: Apoio circunstancial: 90 por cento, apoio por interesse: 10 por cento e Apoio ideológico: 0 por cento” (o termo apoio inclui o grupo identitário dos camponeses do Araguaia). (com inclusão de texto entre parênteses pelas autoras nos três itens acima transcritos).

Mesmo assim, apesar de todas as manifestações da sociedade civil e seus órgãos de representação, seja na esfera nacional ou internacional, em reconhecimento a existência de tenebrosa injustiça, e a condenação pública dos atos praticados no Araguaia pela Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos, o Estado, em dissonância com o momento histórico, político e social atual, não reconhece o grupo identitário dos camponeses do Araguaia.

Esse grupo que ainda sente a presença das Forças Armadas - fato que perpetua o assombro e instiga a lembrança do grupo - são seres humanos, que serviram como massa de manobra entre poderes antagônicos, cuja lembrança mantém viva é a presença do medo por

seus saberes e fazeres, por terem sido os moradores locais e seus filhos mais velhos contemporâneos a essas forças. Atualmente, sem o devido reconhecimento são apenas páreas sociais, o que afronta ao Art. 1º, inciso III, da CRFB/88¹³ - fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

5 CONCLUSÃO

Os relatos da Comissão Nacional da Verdade e as autodeclarações dos camponeses do Araguaia comprovam a existência de grupo identitário denominado Camponeses do Araguaia ainda não reconhecido, cuja organização e afirmação se faz pelos seus saberes e fazeres, e cuja história só pode ser transmitida oralmente por força da destruição das provas dos maus tratos sofridos e de sua própria existência.

Os camponeses do Araguaia - na qualidade de grupo identitário - são pessoas que, nas palavras dos próprios agentes das Forças Armadas -, “[...] dentro do hábito de hospitalidade da área, ou premiados pela presença do grupo armado” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014), “[...] ocasionalmente forneciam algum tipo de alimento aos guerrilheiros.” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014). Os camponeses do Araguaia “[...] inadvertidamente, vinham apoiando a ação guerrilheira.” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014).

Comprova-se que o grupo identitário dos camponeses do Araguaia era absurdamente injustiçado e preso, “[...] da mesma maneira que os próprios guerrilheiros, postos, imediatamente, sob tortura com base na acusação de terem sido elementos de apoio circunstancial das forças guerrilheiras” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014) e, por isso, devem ser declarados anistiados políticos, em con-

¹³ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

formidade com a hipótese estabelecida no Art. 2º da Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002.

Sendo assim, o grupo identitário dos camponeses do Araguaia tem os mesmos direitos que os militantes do PC do B, diga-se, guerrilheiros (ex-combatentes) da “Guerrilha do Araguaia” - direito de obter os benefícios constantes do Art. 1º da legislação infraconstitucional aludida acima por força do princípio da isonomia e com base no art. 5º, inciso I, da CRFB/88:

I - declaração da condição de anistiado político; e
II - reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada, asseguradas a readmissão ou a promoção na inatividade.

Contudo, o grupo identitário dos camponeses do Araguaia não tem obtido êxito em suas proposituras administrativas individuais perante a Comissão da Anistia, do Ministério da Justiça. Isso se dá pelo fato das provas relativas às questões relacionadas à Guerrilha do Araguaia, serem consideradas insubsistentes ou insuficientes para a identificação dessa minoria e dos atos autoritários por eles suportados. As provas constantes dos autos administrativos - Requerimentos -, em quase sua totalidade, são orais (depoimentos, informantes e testemunhas) e autoafirmativas. Essa espécie de prova, dentro do livre convencimento dos membros da Comissão, está intrinsecamente vinculada à característica de unilateralidade probatória.

No entanto, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy auxilia ao entendimento de que é cabível a autoafirmação de uma minoria - no caso do grupo identitário dos camponeses do Araguaia - pelo exercício do princípio da liberdade de expressão e da manifestação do pensamento em ponderação com o princípio estatuído no art 5º, inciso XXXIII, da CRFB/88. O reconhecimento da verdade

pela história oral é condição *sine qua non* para o reconhecimento dessa minoria e a efetividade dos mecanismos políticos, sociais e jurisdicionais, que possibilitará a aplicação da política de anistia, como decorrência de um dos processos de elaboração.

Espera-se que, no Brasil, seja feita Justiça, antes tarde do que nunca!

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. triagem. São Paulo: Malheiros. 2011.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOSI, Ecléa. *O tempo vivo da memória: ensaios de psicologia social*. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.559, de 13 de novembro de 2002. Conversão da MP nº 65, de 2002 - Regulamenta o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 nov. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10559.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. Voto fundamentado do juiz *ad hoc* com relação à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil. 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Documentos sobre a Guerrilha do Araguaia*. 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/todos-volu-me-1/658-documentos-sobre-a-guerrilha-do-araguaia.html>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

CORREIA, Carlos Hugo Studart. *A Lei da Selva: estratégias, imaginário e discurso dos militares sobre a Guerrilha do Araguaia*. São Paulo: Geração Editorial, 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. A Transição Constitucional e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 05.10.1988. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 7, p. 54-68, jan./mar. 1999.

JOUTARD, Philippe. Desafios à história oral do século XXI. In: FERREIRA, Marieta de Moraes; FERNANDES, Tania Maria; ALBERTI, Verena (Org.) *História oral: desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Fiocruz; Casa Oswaldo Cruz; CPDOC - FGV, 2000.

MORAIS, Taís; SILVA, Eumano. *Operação Araguaia: os arquivos secretos da guerrilha*. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição de 1988. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A globalização das ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

