

DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA¹

Caroline Ferri.²

O jurista alemão Robert Alexy se mostra como um dos principais autores da chamada escola do constitucionalismo. Suas teses envolvem questões que permeiam a teoria e a filosofia do direito, em razão da discussão por ele promovida acerca da tese dos direitos fundamentais e a forma e as conseqüências das práticas argumentativas que os envolvem. Em razão de seu destaque teórico, possui vários debates com autores como Ronald Dworkin e Jurgen Habermas, dentre outros.

O que se propõe para esta resenha não é a realização de uma espécie de resumo das teses por Alexy apresentadas na obra em destaque, mas a demonstração do aparato teórico exposto pelo autor neste livro, a fim de constituir uma tentativa de exemplificação daquilo que se constitui como um dos fundamentos da tese de Alexy acerca do papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica da modernidade.

A obra a ser analisada nesta resenha se constitui de quatro ensaios de Alexy que envolvem a sua investigação acerca dos conceitos dos direitos fundamentais e da teoria da argumentação jurídica, caracterizada pelo autor como um caso especial da argumentação prática geral, sujeita à lei e relacionada com os precedentes judiciais. Aqui não se fará uma exposição em separado dos ensaios, mas uma demonstração geral da obra, dado que, desta forma, espera-se que seja possível uma compreensão, ainda que sintetizada, do processo teórico proposto pelo autor para a análise de questões próprias da esfera do direito.

A tese de Alexy acerca de direitos fundamentais não versa sobre definições políticas, filosóficas ou sociológicas de tais direitos, mas os trata segundo parâmetros de juridicidade. Corresponde a afirmar, dessa forma, que o autor não se preocupa em discutir como definir o que são direitos fundamentais, bem como a sua fundamentação metafísica. Seu objeto é uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais.

A distinção entre princípios e regras, considerada esta um dos alicerces para a estrutura da teoria dos direitos fundamentais, fundamenta-se no aspecto referente à relação classificatória entre tais categorias normativas. Não se diferenciam, como as teses fundamentais do positivismo jurídico, normas de princípios, tampouco podem os princípios serem ditos contrapostos às regras, mas ambos são considerados partes integrantes de uma esfera normativa.

Dentre os diversos critérios utilizados para se distinguir princípios de regras está aquele denominado generalidade. Argumenta-se, segundo este fundamento, que as normas dotadas de cunho principiológico são portadoras de uma gradação de generalidade considerada alta e, a seu turno, as regras seriam dotadas de uma generalidade considerada como baixa.

Entretanto, este critério não pode ser considerado decisivo para a distinção entre princípios e regras em razão de ser ele um comando que diferencia as instâncias normativas exclusivamente em função de seu grau. Esta diferenciação acaba por impedir que seja realizada uma separação conceitual clara e precisa acerca do que são regras e do que são princípios. O critério distintivo entre princípios e regras, fundado na generalidade, pode ser dito como uma "tese frágil de separação", já que, por

meio deste critério, apenas se obtém a idéia de que princípios e regras são diferentes somente por um elemento de gradação.

Dessa forma, para que seja estabelecido um critério distintivo preciso entre princípios e regras faz-se necessário um observar para os conceitos que perfazem estas duas espécies normativas. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro de um marco de possibilidades jurídicas e empíricas. Regras, por sua vez, não possuem esta caracterização de poderem ser realizadas na maior medida possível. Significa, então, que somente podem ser cumpridas ou não. São, portanto, mandados definitivos.

A distinção entre regras e princípios, estabelecida segundo as espécies de mandados, pode ser melhor vislumbrada quando das observações das divergências entre as normas. Comum a conflitos entre regras e colisões entre princípios é o fato de que as normas, se aplicadas de maneira independente, acabam por conduzir a resultados que, em si mesmos, são incompatíveis, ou seja, são contraditórios. A forma de solução das divergências é que permite a observação dos elementos dos princípios e das regras.

Uma divergência entre duas regras se desenvolve no plano da validade da ordem jurídica. Indica que, em havendo um conflito de normas incompatíveis, ou seja, que indicam a realização de comportamentos excludentes, o sistema exige ou a exclusão de uma delas ou até mesmo de ambas, no caso da inexistência de uma cláusula de exceção que permita a preservação das normas no sistema jurídico.

Uma colisão de princípios, para ser resolvida, não exige que uma das normas envolvidas seja excluída do ordenamento jurídico, tampouco reclama pela introdução de uma cláusula de exceção para dirimir o conflito. Dessa forma, tem-se que os direitos fundamentais estabelecidos sob a forma de princípios, por estarem inseridos nas constituições, possuem um caráter vinculante. E mesmo em conflito, por serem princípios, não são excluídos da ordem do direito.

As colisões entre princípios, portanto, entre direitos fundamentais, são superadas quando da imposição a um dos princípios em tela ou a ambos os princípios certas restrições, o que acaba por minimizar o seu grau de aplicabilidade. Assim, a discussão acerca dos confrontos entre direitos fundamentais é uma querela sobre qual deve ser o modo de determinação de qual princípio será suplantado em detrimento de outro (a relação de precedência condicionada).

A maneira de determinação de uma relação de precedência condicionada consiste em uma indicação acerca das condições sobre as quais se define que um princípio deve prevalecer sobre outro. Nesse sentido, trata-se de discutir qual dos direitos fundamentais será efetivado e qual deles deve recuar em benefício do outro.

Da caracterização de regras e princípios até aqui enunciada pode-se inferir outra temática pertinente ao problema da diferenciação entre tais normas jurídicas. Tanto regras quanto princípios possuem a característica de serem ditos dotados de um caráter *prima facie*. Em sendo os princípios mandados de otimização, possuem sua realização regulada por meio das suas possibilidades fáticas e jurídicas. Ainda, não são dotados, em sua estrutura, de um caráter dito definitivo. Daí a existência de um outro argumento referente ao caráter não absoluto de princípios jurídicos, já que a esta possibilidade corresponderia a própria impossibilidade dos direitos fundamentais.

As regras, por sua vez, também podem receber o caráter de *prima facie*, mas de uma maneira diferenciada daquela definida para os princípios. Dado que para as regras existe uma exigência de que seja o comando fático por elas preconizado cumprido, possuem uma determinação específica no âmbito das suas possibilidades fáticas e jurídicas. Entretanto, esta caracterização é minimizada quando da introdução da cláusula de exceção, já que esta vem a permitir que a regra, ainda que em conflito com outra, permaneça na ordem jurídica.

Aspecto importante relacionado com a própria definição dos princípios é a necessidade do estabelecimento de uma máxima da proporcionalidade. Isto em razão de que entre uma teoria de princípios e a máxima da proporcionalidade há uma estreita relação, dado que uma categoria acaba por implicar a outra. Tal implicação se deve ao próprio conceito de princípio como mandado de otimização, já que este exige uma discussão acerca dos argumentos referentes a cada princípio no que tange à lei da colisão.

A máxima da proporcionalidade possui três máximas parciais, que são: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, também denominada como ponderação. Significa, então, que quando princípios entram em colisão com princípios opostos, está ordenada uma ponderação.

Princípios são mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. As máximas parciais da proporcionalidade vão abarcar estas questões das possibilidades referentes aos princípios. A referência às suas possibilidades fáticas dos princípios leva à adequação e à necessidade. Já as suas possibilidades jurídicas implicam uma lei de ponderação, que expõe que quanto maior for o grau de não cumprimento de um princípio, maior deve ser a importância da realização do outro.

A adequação, primeira máxima parcial componente da proporcionalidade, faz referência ao meio que se utiliza em situação fática para a obtenção de uma finalidade qualquer, ou seja, há uma verificação se este fim é de fato apropriado. No que tange à necessidade, busca-se a escolha do melhor meio para que seja o fim almejado obtido.

Não sendo suficiente a aplicação das máximas da adequação e necessidade para se ter solucionado o conflito entre princípios, há que se recorrer à terceira parte componente da proporcionalidade, ou seja, a ponderação. Esta máxima expõe que quanto maior é o grau de não satisfação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro. Significa, pois, que há a configuração de uma necessidade de se adentrar no conteúdo dos princípios para que seja possível a verificação da precedência de um em relação ao outro.

Expõe-se, aqui, o caráter de necessidade de uma teoria da argumentação jurídica, para que seja possível, no conjunto dos melhores argumentos expostos, respeitadas as regras do discurso, a obtenção de uma solução para um caso de colisão de princípios jurídicos. Significa afirmar, pois, que uma teoria de princípios somente se faz efetiva ao ser a ela associada uma teoria da argumentação jurídica que, para Alexy, é compreendida como um caso especial do discurso prático racional. O procedimento do discurso, a despeito da discussão envolvendo as formas de limitação que proporciona, mostra-se importante nas teorias do direito contemporâneas.

Na teoria da argumentação jurídica são dispostas regras que representam uma espécie de código geral de razoabilidade. Isso não significa que a aplicação dessas regras irá conduzir a uma única solução para um caso qualquer, já que os princípios são semanticamente indeterminados, mas que as decisões neste processo tomadas podem ser consideradas como sendo justificadas racionalmente por meio do procedimento argumentativo.

São vigentes no ordenamento jurídico normas de direito fundamental. Estas, pelo motivo de serem constituídas eminentemente sobre a forma de princípios, estão, em geral, sujeitas ao procedimento de ponderação. O procedimento de ponderação, ainda que disposto sob a égide da razão, controlado por suas três máximas e pelos procedimentos discursivos, não oferece uma única solução para cada caso. Isso o torna, em certo sentido, como um procedimento aberto. A consequência disso é fazer com que o sistema jurídico como um todo, em razão dos direitos fundamentais estarem nele presentes, mostre-se, também, como um sistema aberto.

Tal abertura, por sua vez, compreende uma acepção moral. Significa afirmar que o direito é um sistema aberto a concepções de moralidade. Esta abertura, verificada no âmbito dos princípios jurídicos, conduz a uma discussão acerca dos problemas de justiça que envolvem uma ordem de direito. Em razão das dificuldades sempre presentes na filosofia para determinar teorias morais materiais e também em face das necessidades discursivas do direito contemporâneo, esta abertura para a ordem moral se vincula a uma idéia de procedimentalização.

A abertura semântica dos princípios implica a necessidade de um procedimento de ponderação. Este método se caracteriza por ser um procedimento racional onde a solução que ele aponta para certos conflitos depende de valorações tais que não são controladas pelo próprio procedimento de ponderação. Esta dimensão da ponderação e do sistema jurídico como procedimentos abertos implica uma discussão acerca de quais fundamentações utilizadas no procedimento de ponderação são corretas ou falsas. A teoria que pretende dar conta de tal questão trata da argumentação jurídica, caracterizada pelas condições restritivas para a atividade argumentativa, essencialmente a submissão à lei, aos precedentes e a dogmática jurídica.

Dada a multiplicidade de teorias morais materiais que concedam uma única resposta para certas temáticas, a questão moral que adentra no direito deve ser tratada segundo uma perspectiva teórica procedimental, ou seja, uma teoria moral procedimental que venha a formular regras ou condições para a argumentação utilizada na esfera jurídica. A versão utilizada no universo do direito é o discurso prático racional.

A teoria da argumentação jurídica proposta por Alexy possui certas particularidades, estas estabelecidas em grande parte em função da sua tese acerca dos direitos fundamentais presentes na ordem constitucional e o modo como os conflitos entre estes direitos podem ser resolvidos. A tese central de sua concepção da argumentação jurídica é a consideração de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, ou seja, do discurso moral.

São várias as regras que definem o discurso prático racional, algumas permitindo, proibindo e, também, obrigando certos comportamentos. Dentre tais regras, há aquelas que definem o comportamento a ser seguido dentro do discurso prático racional, e outras que determinam os passos a serem seguidos para se atingir a outras regras do discurso.

As regras fundamentais do discurso prático geral e as regras da razão que a ele são associadas, se utilizadas de modo irrestrito, poderiam acarretar o próprio bloqueio da estrutura argumentativa. Isto ocorre em razão de que a possibilidade de todos problematizarem qualquer asserção permite que sejam sempre repetidos os mesmos questionamentos, dado que se poderia formular perguntas ou dúvidas sem mesmo ter que se dar razões para tais atitudes. Para evitar este problema, faz-se necessário acrescentar às outras regras um terceiro grupo, as regras sobre a carga da argumentação, cujo caráter mais técnico intenta facilitar a argumentação.

Além destes três grupos de regras acerca do discurso prático geral há um outro grupo constituído pelas formas dos argumentos do discurso prático. O objeto imediato do discurso prático são as proposições normativas singulares (N), que podem ser formuladas de duas maneiras. No primeiro modo a referência utilizada é uma regra (R) pressuposta como válida; na segunda forma se assinalam as conseqüências (F) de se seguir a ordem implicada na proposição normativa.

A importância de se definir as regras do discurso prático é justamente a busca pelos limites tais que são fornecidos por tais regras, sejam eles positivos ou negativos (situações em que as regras podem fornecer um controle e situações onde elas não definem os limites possíveis).

O fato é que a utilização das regras do discurso prático, a despeito de aumentarem a probabilidade de ser obtido um acordo quanto às questões práticas, não garante que seja possível alcançar, bem como resolver, cada questão prática que é colocada em voga, assim como não estabelecem garantias de que qualquer acordo alcançado seja definitivo e irretocável.

Este limite imposto ao discurso prático se fundamenta, essencialmente, no fato de que especialmente as regras de razão não podem ser cumpridas de modo pleno, que nem todos os passos da argumentação estão determinados e que todo discurso parte de certas concepções que são historicamente dadas e, portanto, passíveis de mudanças pelo próprio transcurso do tempo.

Se os resultados que são encontrados por meio do procedimento discursivo não podem pretender serem dotados de uma certeza definitiva, então é mister que os seus resultados possam sempre ser objetos de revisão. Para isso, tem-se o uso das regras de razão, quando estabelecem que qualquer participante pode, em qualquer momento, atacar qualquer regra e qualquer proposição normativa.

Um argumento contra a pertinência do discurso jurídico como parte do discurso prático geral é que ele não traz em si a exigência de correção. A refutação a esta crítica se fundamenta na tese de que a exigência de correção implícita nos discursos jurídicos é distinta daquela que se encontra presente nos discursos práticos gerais. A exigência para as afirmações realizadas nos discursos não é o seu caráter de absolutamente racional, mas que possa ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica.

A exigência de correção está baseada no fato de que toda pessoa que venha a justificar algo, está, ainda que implicitamente, exigindo que não somente esta justificação, mas que a própria afirmação seja correta. Não é possível, tanto nos discursos jurídicos quanto nos discursos práticos, que seja realizada uma afirmação com a negativa de justificar o argumento sem dar qualquer razão para isso. Isto traz por conseqüência a exigência de correção dos discursos jurídicos.

Face a exposição destes argumentos, é possível retomar os elementos não positivistas já enumerados para discutir as relações entre direito e moral. Se para a teoria positivista a relação entre direito e moral deve ser afastada, o argumento não positivista assume que esta conexão não é somente possível mas necessária.

A resposta da pergunta acerca da existência de conexões entre direito e moral possui consequências de longo alcance, que vão desde a definição do próprio sistema jurídico até a teoria da argumentação. Trata-se, pois, de uma questão acerca do modo como é compreendido o direito e de como se desenvolve a prática jurídica como um todo.

Todas as teorias positivistas argumentam no sentido de uma tese da separação. Pressupõe esta teoria que o conceito de direito é definido de modo a não ter em si incluso qualquer elemento de moralidade. Isto significa que para uma teoria positivista são elementos que definem a sua estrutura, a questão do modo de decisão das autoridades e o elemento da efetividade social.

Diversamente, as teorias chamadas não positivistas argumentam favoravelmente para a tese da conexão. Esta tese possui por objeto definir o direito de modo a incluir elementos de moralidade. Não positivistas não excluem dos elementos de decisão da autoridade e de efetividade social questões referentes à moral.

O principal argumento em favor da tese positivista da separação é a inexistência de uma ligação necessária entre a esfera do direito e a esfera da moral. Já a tese da conexão se baseia no fato de que o direito deve ser definido com a utilização de elementos de moralidade. Tanto a tese da separação quanto a tese da conexão se sustentam por meio de argumentos normativos, quando se destaca que é necessária a exclusão ou inclusão de aspectos morais no direito.

O positivismo jurídico, ao fazer uso da tese da separação, determina que o conceito de direito deve ser definido de tal modo que venha a excluir elementos morais em todas as suas aplicações. Para o positivismo sustentar a tese da separação é preciso justificar que existem melhores razões para uma definição do direito que seja independente de uma definição moral.

Já o não positivista terá êxito na defesa da tese da conexão se puder refutar a tese positivista de que não há conexão entre direito e moral e que existem argumentos fortes para que o direito seja definido de maneira separada da idéia moral. A tese não positivista da conexão precisa mostrar que existe de fato uma conexão necessária entre direito e moral, qualquer que seja esta, e que existem razões positivas para buscar uma definição do direito em conjunto com definições morais.

A tese da conexão, ao fazer referência ao sistema jurídico como um sistema de normas, aponta para as normas como resultados ou produtos de algum processo de criação normativo. Dessa forma, a tese de conexão acaba por se referir aos elementos externos do sistema jurídico. Para que sejam envolvidos aspectos internos do sistema jurídico é que esta tese acaba por propor a existência de conexões necessárias entre o sistema jurídico enquanto procedimento e a moral.

Uma perspectiva é aquela adotada pelo indivíduo que vislumbra o direito exclusivamente como um sistema de normas, que assume o ponto de vista do observador e busca uma conexão definitiva. Este tipo de conexão é buscado quando se quer verificar, se por razões conceituais, uma violação de um critério moral retira da norma ou do sistema jurídico o caráter de normatividade. Quem queira argumentar esta questão positivamente tem que demonstrar que as normas ou sistemas de normas perdem necessariamente seu caráter jurídico quando ultrapassam certos limites de injustiça. Este tipo de consideração quanto ao próprio direito recebe a nomenclatura de argumento de injustiça.

Outra perspectiva é caracterizada pelos conceitos de procedimento, de participante e de conexão qualitativa. Para que seja possível demonstrar uma conexão conceitual necessária entre direito e moral a partir desta perspectiva deve mostrar que nos processos de criação e aplicação do direito os participantes têm, necessariamente, uma pretensão de correção, a qual inclui uma pretensão de correção moral. Este pode ser denominado como argumento de correção.

A objeção que é feita para o argumento da correção é que o direito não estaria vinculado diretamente a tal pretensão. Como uma tentativa de superar esta objeção há que se considerar um exemplo mencionado por Alexy.

Um determinado Estado (Estado X) vivencia uma situação política onde a minoria oprime a maioria. Esta minoria deseja continuar desfrutando das vantagens obtidas com tal opressão, porém,

de maneira honesta. A assembléia constituinte deste Estado, então, aprova um artigo na Constituição com a seguinte formulação:

(1) X é um estado soberano, federal e injusto.

Seria possível pensar que este artigo é defeituoso em razão de não ser funcional, dado que ele visa garantir uma situação injusta. A falha é uma questão de técnica jurídica. Entretanto, não é suficiente para explicar o equívoco desta formulação.

Há uma outra explicação acerca do caráter defeituoso deste artigo, que compreende uma questão moral. Esta explicação se baseia no fato de que tal artigo acabaria por lesionar uma convenção difundida acerca da redação dos textos constitucionais. Entretanto, esta não é uma explicação suficiente, dado fazer ela referência a uma prática constitucional. Isto se verifica com mais clareza quando da observação de um outro artigo que pode ser dito redundante nas constituições:

(2) A constituição de X é justa.

Os atos sancionadores de uma Constituição estão ligados de modo necessário com a pretensão de correção que, neste caso, faz referência a uma pretensão de justiça. Isto significa, pois, que o artigo da Constituição do Estado X que estabelece que tal Estado é injusto não se coaduna com a pretensão de correção necessária do direito, devendo ele não ser considerado como pertencente à esfera do direito.

Com estes exemplos Alexy pretende ter demonstrado que os participantes do discurso jurídico, bem como o próprio direito, formulam uma pretensão de correção. Na medida em que esta pretensão possui implicações morais, mostra-se que há uma conexão necessária entre direito e moralidade.

Notas

- 1 ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. Traducción de Manuel Atienza et al. 2 ed. Colonia del Carmen: Fontamara, 1998.
- 2 Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, Campus São José. Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Professora da UNIVALI, Campus São José. **E-MAIL:** caroline.ferri@univali.br.