

Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Semestre de inverno de 2003

Para uso em aula – UFRGS – Faculdade de Direito

## **I. AS REGRAS DO DISCURSO PRÁTICO GERAL**

### **1. As regras fundamentais**

1. Nenhum falante pode contradizer-se.
2. Cada falante somente pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita.
3. Cada falante, que aplica um predicado F a um objeto a, tem de estar disposto a aplicar F também a todo outro objeto que se iguala ao a em todos os pontos de vista relevantes.
4. Cada falante somente pode afirmar tais juízos de valor e de obrigação que ele, em todas as situações que são iguais àquela, na qual ele os afirma, em todos os pontos de vista relevantes, igualmente iria afirmar.
5. Falantes distintos não podem usar a mesma expressão com significados distintos.

### **2. As regras da razão**

1. Cada falante tem de, a pedido, fundamentar aquilo que ele afirma, a não ser que ele possa alegar fundamentos que justifiquem denegar uma fundamentação.
- 2.1. Cada um que pode falar pode participar em discursos.
- 2.2.a. Cada um pode problematizar cada afirmação.
  - b. Cada um pode introduzir cada afirmação no discurso.
  - c. Cada um pode manifestar suas colocações, desejos e carências.
3. Nenhum falante pode, por coação dominante no interior ou fora do discurso, ser impedido nisto, salvaguardar seus direitos determinados em 2.1. e 2.2.

### **3. As regras da carga da argumentação**

1. Quem quer tratar uma pessoa A de outra forma como uma pessoa B está obrigado a fundamentar isso.

2. Quem ataca uma declaração ou norma, que não é objeto da discussão, tem de para isso indicar um fundamento.
3. Quem alegou um argumento está obrigado a outros argumentos somente em um argumento contrário.
4. Quem introduz uma afirmação ou uma manifestação sobre suas colocações, desejos ou carências no discurso, que não está relacionada, como argumento, a uma manifestação precedente, tem de, a pedido, fundamentar, porque ele introduz essa afirmação ou essa manifestação.

#### **4. As regras da fundamentação**

1. Cada um tem de poder aceitar as consequências da regra, pressuposta em uma declaração normativa por ele afirmada, para a satisfação dos interesses de cada uma pessoa particular também para o caso hipotético que ele esteja na situação dessa pessoa.
2. As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada particular têm de poder ser aceitas por todos.
3. Cada regra tem de ser aberta e universalmente ensinável.
4. As regras morais, que estão na base das concepções morais do falante, têm de poder resistir à revisão em uma gênese histórica crítica. Uma regra moral não resiste a uma tal revisão,
  - a. se ela, sem dúvida, originalmente podia ser justificada racionalmente, entretantes, porém, perdeu sua justificação;
  - b. se ela já originalmente não podia ser justificada racionalmente e também nenhuns fundamentos novos suficientes para ela deixam alegar-se.
5. As regras morais, que estão na base das concepções morais do falante, têm de poder resistir à revisão da sua história da origem individual. Uma regra moral não resiste a uma tal revisão se ela foi aceita somente em virtude de condições de socialização que não podem ser justificadas.
6. Os limites faticamente dados da realizabilidade devem ser observados.

#### **5. As regras de travessia**

1. É, a qualquer hora, a cada falante possível passar a um discurso (empírico) teórico.
2. É, a qualquer hora, a cada falante possível passar a um discurso analítico-idiomático.
3. É, a qualquer hora, a cada falante possível passar a um discurso teórico-discursivo.

## **II. AS REGRAS DO DISCURSO JURÍDICO**

### **1. As regras da justificação interna**

1. Para a fundamentação de uma sentença judicial tem de ser citada, pelo menos, uma norma universal.
2. A sentença judicial tem de resultar logicamente, pelo menos, de uma norma universal juntamente com outras declarações.
3. Sempre então, quando é duvidoso, se a é um T ou um M<sup>I</sup>, deve ser indicada uma regra que decide essa questão.
4. São necessários tantos passos de desenvolvimento que se chegue a tais expressões, das quais não é mais discutível que elas podem aplicar-se ao caso duvidoso.
5. Devem ser indicados tantos passos de desenvolvimento quanto possível.

### **2. As regras da justificação externa**

#### **1. Regras de interpretação**

1. Cada uma das formas de argumento a ser incluída entre os cânones da interpretação deve ser saturada.
2. Argumentos que expressam uma vinculação ao texto da lei ou à vontade do legislador histórico têm a preferência sobre outros argumentos, exceto se se deixam alegar fundamentos razoáveis para isto, conceder aos outros argumentos a primazia.
3. A determinação do peso de argumentos de formas distintas tem de realizar-se segundo regras de classificação.

4. Todos os argumentos da forma, a ser incluída nos cânones da interpretação, que possivelmente poderiam ser alegados, devem ser considerados.

## **2. Regras da argumentação dogmática**

1. Cada proposição dogmática tem de, se ela é posta em dúvida, ser fundamentada com o emprego de, pelo menos, um argumento prático geral.

2. Cada proposição dogmática tem de poder resistir tanto a uma revisão sistemática no sentido restrito como também a uma revisão sistemática no sentido amplo.

3. Se argumentos dogmáticos são possíveis, eles devem ser usados.

## **3. As regras mais gerais do emprego dos precedentes**

1. Quando um precedente pode ser alegado a favor ou contra uma decisão, ele deve ser alegado.

2. Quem quer desviar de um precedente arca com a carga da argumentação.

## **4. Formas de argumento jurídicas especiais**

1. As formas de argumento jurídicas especiais devem ser saturadas.

Fonte: ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983. Seite 361 ff. Esse livro também se encontra traduzido: *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: centro de estudios constitucionales, 1997. Página 283 e seguintes. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo; *Teoria da argumentação jurídica*. 2 ed. São Paulo: landy editora, 2005. Página 283 e seguintes. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão de Cláudia Toledo.

## PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA

Bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em "ponderação de bens" precipitada ou até "ponderação de valor" abstrata, um ser realizado à custa do outro. Antes, o princípio da unidade da constituição põe a tarefa de uma otimização: a *ambos* os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar à eficácia ótima. Os traçamentos dos limites devem, por conseguinte, no respectivo caso concreto, ser proporcionais; eles não devem ir mais além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos. "Proporcionalidade" expressa, nessa conexão, uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz o melhor aquela tarefa de otimização, não uma relação entre uma "finalidade" constante e um "meio" variável ou vários.

Obs.: aspas e acentuação no original.

Fonte: HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. neubearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1995. Seite 28, Rn. 72. Esse livro também se encontra traduzido: *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1998. Página 66 e seguinte, número de margem 72. Tradução de Luís Afonso Heck.

## PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, tem suas raízes no princípio do estado de direito e, portanto, é dele derivado; nesse sentido, o princípio da proporcionalidade tem hierarquia constitucional.

Ver, com mais indicações: Heck, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. Página 176 e seguintes.

A composição do princípio da proporcionalidade compreende três (3) subprincípios:

a) idoneidade significa que a condição, que o estado cria pela intervenção, e a condição, na qual a finalidade perseguida deve ser considerada como realizada, estão em uma conexão proporcionada por hipóteses provadas sobre a realidade. Dito concisamente: o meio tem de fomentar o fim.

b) necessidade significa que não existe outra condição, que o estado, sem grande esforço, igualmente pode criar, que para o cidadão é menos agravante e que está em conexão, igualmente proporcionada hipóteses provadas sobre a realidade, com a condição, na qual a finalidade perseguida deve ser considerada como realizada. Dito concisamente: a finalidade não pode ser obtível por um meio igualmente eficaz, mas menos agravante.

c) ... proporcionalidade em sentido restrito ... pede que a intervenção ou o prejuízo, que a intervenção significa para o particular, e a finalidade, perseguida pela intervenção, esteja para com a outra em uma relação classificada certa e bem ponderada ...

Fonte: PIEROTH, Bodo und SCHLINK, Bernhard. *Staatsrecht*. 16 Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2000. Seite 66 f., Rn. 283, 285 und 289.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada aos direitos

fundamentais soa: quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam.

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve suceder em três fases. Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio.

Fonte: ALEXY, Robert. Grundrechtskollision und Grundrechtsverwirklichung im sozialen Rechtsstaat. Essa palestra se encontra traduzida: colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217. Página 77 e seguinte, jul./set. 1999. Tradução de Luís Afonso Heck; *Revista da faculdade de direito da UFRGS*, vol. 17. Página 278. 1999. Tradução de Luís Afonso Heck.

### **Nota**

O princípio da proporcionalidade desempenha também um papel importante não só na interpretação da constituição, ou seja, dos direitos fundamentais, mas também na limitação de direitos fundamentais, a cada vez.

**Obs.:** Pablo Castro Miozzo, em seu trabalho de doutorado - Soziale Grundrechte ohne Prinzipien und Abwägung, Duncker & Humblot, 2022, afirma na Seite 122, III: A imprestabilidade da teoria dos princípios como modelo interpretativo dos direitos sociais no Brasil.<sup>1</sup>

Ele agradece, nisso, no prefácio, ao seu professor acadêmico Ralf Poscher. A Friedrich Müller, pelo exame de projetos e manuscritos.<sup>2</sup> No escavador aquele aparece como orientador, este como coorientador.

---

<sup>1</sup> A teoria dos princípios, - *nota bene* - no quadro dos direitos fundamentais, mencionada é a de Robert Alexy.

<sup>2</sup> Seja lembrado: Müller, até onde se sabe, *nunca* respondeu as objeções que Alexy fez à sua teoria da norma de direito fundamental (de Müller). Ver Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2 Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 63 ff. Versão brasileira: *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, página 76 e seguintes.

Pergunta-se: *realmente?* Uma simples olhada na legislação federal sobre pandemia já coloca em questão essa afirmação. De um lado está o direito à saúde (artigo 6, CF), de outro, por exemplo, o direito à liberdade de locomoção (artigo 5, XV, CF). Este cedeu àquele.

Na *opinião* de Miozzo, essa legislação deve, então, ser classificada como nula! Miozzo é procurador da república. O exercício desse cargo, por sua vez, pressupõe opinião ou saber?<sup>3</sup>

Sua permanência na Alemanha foi financiada pelo DAAD, portanto, mais uma vez, pelo contribuinte alemão.

Não por último: no dia 7 de março de 2022, Miozzo foi entrevistado por José Conrado Kurtz de Souza (desembargador, TJ/RS) e Leandro Mota Cordioli (prof. PUC/RS) (YouTube), ambos orientados, entre outros, por Draiton Gonzaga de Souza, decano de filosofia da PUC/RS, vice-diretor do CEDEA, entre outras coisas.<sup>4</sup> Segundo isso, a seguinte questão, sem rodeios, tem de ser colocada: o que esses irmãos maristas, ao fim e ao cabo (PUCs, assim, França), no seu âmbito, têm, *atualmente*, a oferecer, *cientificamente*, no plano jurídico, como equivalente à teoria dos direitos fundamentais, impugnada por Miozzo, no Brasil?<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Ver verbete opinião neste site (marcadores).

<sup>4</sup> Para isso, Heck, Luís Afonso. A pós-graduação de direito no Brasil. Discussão e oportunidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2019, página 149. Mais além, é, nisso, extremamente instrutiva, sobretudo, porque indicativa, a cooperação de Draiton, exposta no YouTube, de 12 de setembro de 2013, com Miozzo e Streck.

<sup>5</sup> Essa questão também vale para a companhia de Jesus (jesuítas), em cujo quadro, entre outros, Streck está a serviço (UNISINOS).