

**PARA O FINAL DO CAPÍTULO DOS DIREITOS E GARANTIAS  
FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL  
(GRADUAÇÃO)**

**I. Ponto de partida: teoria da verdade clássica, teoria do consenso de Habermas (terceiro volume da teoria da atuação comunicativa).**

1. teoria da correspondência: lógica formal, silogismo. A justificação de uma afirmação depende da verdade do afirmado. Isso indica o plano semântico. Para o direito isso significa subsunção e prova. Pode dizer-se, também, o legalismo. Ex.: constitucionalismo legalista.

Obs.: aqui pode ser lembrado Pontes de Miranda: regra e suporte fático, ou seja, incidência e consequência. Quanto maior o vício do suporte fático, tanto mais intensa seria a nulidade (Tratado do direito privado).

2. teoria do consenso: lógica do discurso, ou seja, as qualidades formais de conexões de argumentação (aqui entra o trabalho de Toulmin (The uses of argument) com o qual Habermas se ocupa). A verdade da afirmação deve depender da justificação da afirmação. A verdade de declarações empíricas corresponde à correção de manifestações normativas. Isso indica o plano pragmático. Para o direito isso significa ponderação e argumentação. Pode dizer-se, também, o discursivo. Ex.: constitucionalismo discursivo.

**II. Consequências:**

1. ao número I. 1 corresponde a norma como regra (no sentido de Alexy: regras são normas que sempre somente ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. Regras contém determinações no espaço do possível fática e juridicamente). Em outras palavras, trabalha-se com interpretação, com os cânones da interpretação (gramatical, sistemática, teleológica, histórica), com dedução.

2. ao número I. 2 corresponde a norma como princípio (no sentido de Alexy: princípios se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em graus diferentes e que a medida de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O âmbito do possível juridicamente é determinado por princípios e regras em sentido contrário). Em outras palavras, trabalha-se com ponderação, com argumentação. Mais precisamente: norma está escrita; dela distingue-se o que se afirma a favor ou contra ela. Esse afirmar depende de justificação que, para ser verdadeira, deve poder ser universalizada.

3. a questão da divisão da norma em regra e princípio. Três teses (Alexy, Teoria dos direitos fundamentais, cap. 3).

1. Toda tentativa de divisão é malograda. Os critérios, dos quais alguns permitem apenas uma distinção segundo o grau, são combináveis à vontade. Além disso, os critérios, tomados em si, de novo, são de tipos muito diferentes. Aqui vale o critério da semelhança de família, de Wittgenstein.

2. Admite a divisão, mas sustenta que a diferença é apenas de grau. Aqui vale o critério da generalidade.

Obs.: generalidade de uma norma deve ser distinguida da universalidade de uma norma. Normas de graus de generalidade diferentes expressam normas universais. Ex.: cada um goza de liberdade de crença e cada preso tem o direito de converter seus colegas. O contrário de uma norma universal é a norma individual e o conceito contrário de generalidade é o conceito de especialidade. A primeira norma pode ser tida como relativamente geral e a segunda como relativamente especial.

3. Admite a divisão e sustenta que a diferença é de qualidade. Essa é a tese de Alexy. Essa tese é também pressuposta no número II. 4. Sem ela não pode haver uma teoria de barreira adequada, nem uma doutrina das colisões que satisfaz, nem uma teoria sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Ela forma o elemento fundamental não só para a dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também para a dos direitos de proteção, organização e procedimento e de prestações em sentido restrito. Problemas como o efeito perante terceiros de direitos fundamentais e a divisão de competências entre tribunal constitucional e legislador podem, com seu auxílio, ser tornados mais

claros. Ela também é um ponto de partida da resposta sobre a questão da possibilidade e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Ela é um pilar da construção da teoria dos direitos fundamentais.

### **III. Algumas observações ao livro Teoria dos princípios, Ed. Malheiros, do Humberto Ávila.**

1. Situa-se na segunda tese (plano pragmático). Assim, está no âmbito do I. 2. e do II. 2. Comparar com RTJ 199, 2 (597); RTJ 204, 3 (1181); RTJ 208, 2 (667 e seguinte); RTJ 209, 1 (395); RTJ 214 (214); RTJ 215 (133 e seguinte).

2. Trabalha, porém, com os pressupostos da I. 1 e II. 1 (plano semântico). Muda somente a terminologia (postulados). Deveria, para isso, ter satisfeito o princípio da inércia, de Perelman (que está na base do precedente americano): quem quer mudar carrega a carga da argumentação. Se tivesse feito isso, certamente se teria dado conta da sua falta de conhecimento filosófico. (Aristóteles, Euclides e Kant). Além disso, ao não informar o autor do princípio da concordância prática, que é Hesse (Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 66 e seguinte (tradução Luís Afonso Heck), por exemplo, torna-se suspeito de plágio, uma vez que Ávila assume a concordância prática.

3. Não menciona cláusulas gerais e conceitos indeterminados, do direito privado, o que comprova o dito no III. 1 (generalidade), e, nesse sentido, também não a teoria interna e externa, nem tipo restrito e tipo amplo (ver Apresentação de Heck, in Maria Clúdia Cachapuz. Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006). Assim, ele também não alcança a questão atual sobre organização criminosa. Ela também se situa no I. 2 e II. 2.

4. A estrutura (2. até 2.3.3; 3.) e as expressões são praticamente todas de Alexy, aliás, uma e outras são alemãs. Lembro, aqui, as seis normas principais de Arne Naess para a troca de opiniões objetiva, ou seja, como regras concretas para uma prática científica e jurídica qualificada (Theorie der juristischen

Argumentation, S. 227, Fußnote 17; versão espanhola, p. 180, nota de pé de página 17).

5. Na introdução menciona que regras também se ponderam e que elas não contêm determinações sobre o fático e juridicamente possível. Existe, aqui, primeiro, uma confusão entre discurso de fundamentação e de aplicação, que pretende ser a colocação da questão. Cada discurso de aplicação necessariamente abarca um discurso de fundamentação. Eles não são duas formas de discurso independentes (ver Klaus Günther (Der Sinn für Angemessenheit, que parte de tal divisão) e Alexy (fundamentação de normas e aplicação de normas, n. 2, Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. Tradução: Luís Afonso Heck) que comprova o erro disso); Diz Alexy: “Acertada também é a sua comprovação que »a tarefa de justificar a conveniência da situação de uma fixação de significado em relação a outras variantes de significado não (se) (distingue) da tarefa de justificar a conveniência da situação de uma norma em relação com outras normas aplicáveis«. Tanto no caso de indeterminação como no de colisão, a decisão sobre a conveniência em uma situação concreta abarca, no plano das normas, modificações suscetíveis e carentes de fundamentação” (p. 54).

Existe, segundo, um desconhecimento da jurisprudência dos interesses, de Philipp Heck, especificamente, das expressões “interesses” e “ponderação” (ver Das Problem der Rechtsgewinnung; drei Arbeitsbegriffe der Methodenstreits (na nota de pé de página 11 encontra-se a ponderação entre interesses públicos e privados, que Ávila, em um artigo em 1999, apresentou como dele "Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular"; mais um plágio?); die richterliche Fallentscheidung nach den Grundsätzen der Interessenjurisprudenz; die Problemlösung der Interessenjurisprudenz).

Terceiro: não se pondera a regra, mas o princípio que está na sua base. (ver Heck, L. A., prefácio, p. 10, in: Trois Neto, Paulo Mário Canabarro. Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011).

Existe, quarto, a confusão já mencionada, entre o plano da semântica e plano da pragmática. Ver Alexy, *Theorie de Grundrechte*, S. 76, Fußnote 25; versão portuguesa: p. 87, nota de pé de página 25.

Em outras palavras: também regras permitem um grau de otimização, como, por exemplo, o dever de cuidado. Ela pode ser preenchida em graus diversos. Além disso, também na interpretação habitual podem ser feitas ponderações, por exemplo, quando uma interpretação restritiva de um conceito leva a uma proteção de direito fundamental mais fraca e uma ampla a uma mais forte." (Mesmo autor, mesma obra, S. 145; p. 166.) Um exemplo disso encontra-se em Hart. *The concept of law*, 2. ed., 1994, p. 128 f. Tanto lá como aqui se trata de generalidade, portanto, de interpretação e de subsunção e não da fundamentação de uma proposição de preferência condicionada.

6. Ele não alcança também a common law, uma vez que lá não existem cânones de interpretação. Lembro, aqui, a questão sobre as línguas declináveis (latim e alemão) e a diferença entre o direito natural deles e o do continente. Contudo, ao dizer, também na conclusão, que princípios são normas finalísticas, parece indicar, com isso, para o conceito de policy, elaborado por Dworkin. Dworkin distingue entre policy e princípio. Policy abarca finalidade, princípio, não. (*Taking rights seriously*, p. 22 e seguintes.)

7. Ao afirmar que o princípio da proporcionalidade é uma metanorma comete duas falhas. A primeira está em negar o acerto da posição do tribunal constitucional federal alemão, sem, contudo, provar o seu erro. Ver Heck, *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 174. Ele deriva do princípio do estado de direito.

A segunda está na ignorância do prefixo meta. Ele indica o que está acima de algo, superior a ele, ou atrás de algo. O princípio da proporcionalidade não está acima do direito e nem atrás do direito. Ele é parte do direito. Ele é uma regra que deve ser observada na realização do direito. Ele, portanto, não fala sobre o direito ou é fundamento do direito. Ele não está perante o direito.

Metaregra: é uma regra sobre regras, por exemplo, uma regra de procedimento para a regulação da sequência de aplicações de outras regras, como, por exemplo, no código de processo penal ou na gramática.

8. Diante disso, o livro também parece demonstrar o desconhecimento de uma regra de interpretação que já vem dos gregos, ou seja: a relação entre parte e todo (ver Gadamer, *Wahrheit und Methode*. 6. Aufl. 1990, S. 296; versão portuguesa, p. 385 e seguinte). Parece que começou do lado errado. Em outras palavras: assim como a compreensão do sentido de uma frase depende do conhecimento de suas partes, isto é, da gramática (isso é bem claro em línguas declináveis), a construção de uma teoria depende do conhecimento de suas partes (partes). A *Techne* aprendida e a *Techne* por experiência (Gadamer, mesma obra, S. 320 f.; p. 415 e seguinte), assim como a teoria do arco do erro de Kuhn (*A estrutura das revoluções científicas*), por um lado, e a ausência dos livros, que deveriam ter sido citados e trabalhados, isto é, a falta do pé de página qualificado (Hesse e Heck, por exemplo, porque são, no caso, as fontes verdadeiras – se o autor do livro em questão não soubesse ler em alemão, talvez somente um milagre explicaria como ele teve, simultaneamente, acesso a ideias, apresentadas por ele, que foram trabalhadas por homens diversos, em épocas diferentes, que tiveram colocações de problemas distintas), também prova isso. Sob esse último aspecto, Schopenhauer (*Parerga e paralipomena*) é atualíssimo.

#### **IV Ponto de vista científico**

Alguns autores, por exemplo, diante do I e do II, tornam-se duvidosos cientificamente. Assim,

1. Pedro Lenza (PUC SP), *Direito constitucional esquematizado*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- p. 217 e seguintes menciona a omissão.
- p. 588 menciona direitos fundamentais (geração ou dimensões).
- p. 592 menciona eficácia horizontal.
- p. 595 menciona colisão e ponderação de interesses.

- p. 651 e seguintes trata do MI.

Obs.: confusão de terminologia, mal-entendido sobre direitos e liberdades, sobre colisão e ponderação, ignorância de autores, teorias, etc.

2. Ingo Sarlet (PUC RS), A eficácia dos direitos fundamentais, 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

- p. 151 faz valer Robert Alexy: sistema de posições fundamentais jurídicas (direito a algo, liberdades e competências).

- p. 207 e seguintes, 264 e seguintes, apoia-se, entre outras coisas, na teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, de José Afonso da Silva.

Obs.: confusão de terminologia, mal-entendido sobre normas de direitos fundamentais, ignorância de autores, teorias, etc.

3. Luis Roberto Barroso. Curso de direito constitucional, 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

- p. 86, nota 33. Trabalha com a distinção entre regras e princípios. Cita Alexy.

- p. 205, nota 60: para os critérios de distinção, cita Alexy e Ávila sem nenhuma observação. Devia ter chamado a atenção que Ávila usa o critério da generalidade, portanto, de grau. Alexy usa o critério da qualidade.

- p. 206, nota 65: afirma que Ávila tem críticas a elementos da teoria dos princípios adotada por Barroso.

- p. 257, nota 34: trata do nome do princípio da proporcionalidade. Diz que Alexy adota a máxima. Está errado. Partiu da tradução espanhola. Cita também Ávila, que o chama de postulado. Na p. 303, nota 85, Barroso menciona a concordância prática dando como fonte Hesse e Ávila. Será que se deu conta da suspeita do plágio?

- p. 334 e seguinte apresenta o que chama de ponderação e cita Ávila. Aqui mostra mais uma vez que não sabia o que estava expondo, como já indicado na p. 205, nota 60. O critério de generalidade não permite a distinção de estruturas entre regras e princípios. Mais além, a citação de Ávila indica a confusão deste entre norma como enunciado normativo e norma como significado do enunciado normativo. A apresentação de Barroso é, por fim, uma versão pessoal, por se assim dizer, do princípio da proporcionalidade em seus três subprincípios. Por isso, confusa e desorientadora.

- p. 335, nota 79 aceita a ponderação das regras, ponto de vista do Ávila. Na p. 393, nota 121, nega a ponderação das regras, ponto de vista da Ana Paula.

- p. 365, nota 44: menciona a distinção entre proposição normativa e norma, portanto, o modelo semântico de Alexy. Ele não cita Alexy, mas F. Müller, que não aceita o modelo semântico. Ver *Theorie der Grundrechte*, S. 63, p. 73. Além de no exemplo dado nessa nota basear-se em Alexy, sem citar, mostra, de novo, que não sabe o que está expondo.

- duvidoso é o seu cap. VII, intitulado "Normas constitucionais". Cheira a elogio próprio, ano 1985 (p. 216). O texto de Hesse da interpretação em espanhol é de 1983. Além disso, mostra contradições com o apresentado no cap. III, intitulado "interpretação constitucional". O cap. VII, na verdade, não faz sentido diante do cap. III.

- p. 267 e seguintes. Trata da interpretação constitucional. Tem-se a impressão que a base e a estrutura é de Hesse, *Elementos de direito constitucional...* p. 53 e seguintes. Texto espanhol em 1983. Mas Hesse não é citado na nota 1.

4. Ingo W. Sarlet, Luiz G. Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: RT, 2014.

- p. 173 e seg. Sarlet continua assumindo a ideia da norma programática. Não apresenta e nem refuta, todavia, as objeções de Virgílio e, além disso, modifica, mais uma vez, seu entendimento a respeito, sem contudo, remeter ao anterior. Ver também p. 330, nota 221.

- p. 348, cita Ávila, *Teoria do princípios*, que diz que não basta identificar os valores em jogo, mas construir e lançar mão de critérios que permitem aplicá-los racionalmente. Ocorre que no livro do Ávila tais critérios não existem. Ele simplesmente, com palavras diferentes, apresenta o que existe no direito alemão, ou seja, concordância prática, princípio da proporcionalidade. Ver p. 756 e seg. onde também é mencionada a razoabilidade. Existe aí uma confusão, porque a decisão que o Ávila cita do STF trabalha com a razoabilidade americana e o Ávila baseia seu texto em literatura italiana. Marinoni e Mitidiero sequer se dão conta disso.

Essa questão dos valores foi tratada por Alexy na *Theorie der Grundrechte*, S. 125 ff. p. 138 seguintes. Ou seja, em vez de informar, Sarlet esconde. Lembro

que ele é juiz estadual. Já diante da ética judicial e do artigo 93 IX CF muito duvidoso. Isso mostra, antes, despreparo e incompetência.

- p. 829 e seguintes. Aqui Marinoni trata do controle de constitucionalidade. Primeiro, assemelha-se a uma petição inicial, ou seja, muita citação de jurisprudência do STF; segundo, a literatura é americana, portanto, alheia às fontes das leis 9868/99 e 9882/99.

Em conjunto: determinados autores citados, por exemplo, Streck, Ávila, Canotilho, Barroso, José Afonso (Aplicabilidade das normas ...), Eros Grau, mostra que Sarlet, Marinoni e Mitidiero não estão interessados na correção de teorias e, portanto, na compreensão correta da CF e sua consequente aplicação racional. Isso parece dizer pouco ou nada a eles. Esses senhores, portanto, não fazem ciência do direito, mas política do direito, ou seja, a justificação do existente pelo direito constitucional. Este é um mero meio para sua política, não o objeto do conhecimento científico.

5. Outros autores, além disso, apoderam-se do bem espiritual criado por outros. Isso não indica para um plágio? Por exemplo, Lênio Luiz Streck (Unisinos, promotor de justiça, RS), Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (UFMG, PUC MG) e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (UFC). A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional (artigo na Internet), VI. Aportes finais, 3 parág., que apresenta isso; comparar com p. 57, 3 parág., do Alexy, Direito, razão, discurso. Estudos para a filosofia do direito. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. Tradução: Luís Afonso Heck. Mais além, existe, por exemplo, um erro na primeira frase desse parág. dos aportes: a questão, qual norma universal é correta, é assunto do discurso de fundamentação, não de justificação (Alexy, Direito ..., p. 57, parág. 3).

**Obs.:** é triste esse quadro oferecido ainda pelo estado brasileiro, pela companhia de Jesus e pelos irmãos maristas. Funcionários públicos existem que, embora se intitulem, os três, pesquisadores, apoderam-se até de bens espirituais. Um quadro medieval, do ponto de vista científico e estrutural.

Chama a atenção que os órgãos competentes não percebem nenhuma conexão entre o nível de fundamentação das sentenças do STF, o nível dos candidatos

das provas da OAB, por exemplo, com essa contribuição das confessionais. Isso mostra uma ignorância do artigo 1, caput (estado de direito), e do III (dignidade da pessoa humana) - kantianamente entendida -, e do artigo 218 (o estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa ...), todos da CF. Não deve surpreender, portanto, quando se lê na RTJ 215 (369) que o Brasil não é conhecido por juristas, mas por suas dançarinas. Isso é a opinião da Itália. Ciência (saber) no Brasil continua, portanto, equivalente a uma questão de poder religiosa. Paga-se qualquer preço para manter esta a cavaleiro da ciência, isto é, do saber, apesar das bolsas de produtividade (?) (dinheiro do contribuinte), dos grupos de pesquisa, de estudos e quejandos.

#### **IV. Ponto de vista prático**

À medida que “doutores” insistem com o direito natural (ver, Kelsen, Direito natural e direito positivo. Uma investigação de sua relação recíproca e O fundamento da doutrina do direito natural, in Heck, Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 25 e 51, respectivamente), que é não-cognitivo (Alexy, Teoria da argumentação jurídica; Habermas, Die Einbeziehung des Anderen. Frankfurt: Suhrkamp, 1997: versão portuguesa: A inclusão do outro), eles se deixam colocar ao lado de tal literatura.

*Fraternidade:* caracteriza, em sentido amplo, comunidades extrafamiliares, ideais e sociais, em analogia à estrutura da família. Ela indica, ao contrário do patriarcado, a uma relação de iguais. O irmão crê um horizonte de valores comum, interesses e objetivos comuns. Ela implica uma composição que deu bom resultado entre liberdade individual, igualdade social e regulação de conflitos particular. Ela serve até hoje, por isso, a comunidades religiosas, sociais e políticas pequenas como base para a legitimação de seus interesses e objetivos. A fraternidade praticada na comunidade particular deve receber validade universal. Depois de a semântica da fraternidade viver um ponto alto na revolução francesa, é, no século 19, a fraternidade substituída amplamente, como projeto de uma utopia de igualdade política, pelo conceito de solidariedade.

Ela está presente no cristianismo pré-constantino e, nesse sentido, participa não só do início, mas também na manutenção da idade média, neste sentido: trevas como equivalente à vida interior, cuidar de si mesmo, estoica, contemplativa – qualquer livro sério sobre história de Roma apresenta essas conexões - (hoje: auto-ajuda e boa-vida); nesse sentido, fraternidade na ignorância, por conseguinte, irmãos na mediocridade. Conhecimento, criação, ciência (saber), não têm vez. Isso é comprovado pela prova e por pés de página do Lenza, por exemplo, p. 57 e pé de página 1 (hermenêutica, mutação constitucional, observem a terminologia), p. 588 e nota 3 (direitos fundamentais). Ou seja: o direito constitucional brasileiro de graduação e concurso (juízes, promotores, procuradores etc.) é apresentado nesse nível e pretende, portanto, estabelecer o padrão científico. Para promoção, segundo lei vigente, os juízes (e outros servidores) farão pós com a mesma literatura (em universidades confessionais). Note-se: o autor também é causídico, sua atuação profissional, portanto, não pode deixar de ser origem e tem de refletir essa “fraternidade”, exposta no livro, como “ciência”, sob a benção, ou seja, o “patrocínio” da igreja, certamente (como entender a sua 12. edição?).

Mais além, a Sra. Luciane Barzotto (juíza de direito do trabalho), faculdade de direito UFRGS, é líder do grupo de pesquisa Direito e fraternidade (igreja católica (opus dei)/maçonaria?)

Essa fraternidade, contudo, não se deixa derivar da CF, pelo contrário: art. 1, III (dignidade, Kant: homem não é objeto); art. 3, III (erradicar a pobreza, que também compreende a do espírito, portanto, essa fraterna); arts. 205 (pleno desenvolvimento da pessoa); art. 206, VII (garantia do padrão de qualidade); art. 227. Além disso, o resultado do Enem também fala contra. Alguma coisa aqui não bate. Muitas coisas aqui parecem não bater.

*Sabedoria*: refere-se, tradicionalmente, à esfera própria da atividade humana e expressa a conduta racional no interior desta, isto é, a possibilidade de dirigir-se da melhor maneira (razão prática). Ela não é o conhecimento de coisas elevadas e sublimes, afastadas da humanidade comum.

*Teste*: Direito (juiz do STF) e célula-tronco. Como juiz, recebeu uma demanda, tanto da parte processual como do além (pedido de vista). Aguardemos para ver se tomará por base da decisão a sabedoria ou a fraternidade, respectivamente.

Diante disso, mostra-se o seguinte: existe entre a ética aristotélica (formação), a política (dação de leis) e direito (doutrina e jurisprudência) uma relação de efeito recíproco. Quanto mais baixo o nível em uma ponta, tanto mais medíocre o produto da outra e vice-versa.