PREFÁCIO

PONDERAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO, RACIONALIDADE - Robert Alexy e seus críticos - 2017

Segunda-Feira, 5 de Julho de 2021 08:11:52

LEONARDO SIMCHEN TREVISAN

PONDERAÇÃO, ARGUMENTAÇÃO, RACIONALIDADE

ROBERT ALEXY E SEUS CRÍTICOS

Sergio Antonio Fabris Editor

.

PREFÁCIO

AUTOR: Luís Afonso Heck

LIVRO – DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

AUTOR: Leonardo Simchen Trevisan

ORIENTADOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM: Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 304 páginas, 2017

DISPONÍVEL EM: https://fabriseditor.com.br/?secao=produto&idLivro=11513

ANEXOS: Prefácio / Sumário / Bibliografia

PREFÁCIO

O sistema de Robert Alexy não caiu do céu azul. Entender esse sistema, certamente, pressupõe o conhecimento daquilo com que ele está em conexão. Isso requer, por sua vez, uma olhada, pelo menos, em importantes autores da teoria e filosofia do direito, ou seja, Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart e Ronald Dworkin. O trabalho de Leonardo Simchen Trevisan apresenta o resultado dessa olhada, por um lado. Por outro, ocupa-se com Robert Alexy para, então, primeiro, trabalhar nas críticas de autores brasileiros ao seu sistema e nas suas propostas, segundo, e consequentemente tomar posição diante delas.

A estrutura do presente trabalho divide-se, assim, em quatro partes: na primeira, está situado o positivismo e sua superação. Nela são apresentadas as ideias de Kelsen, Hart, Dworkin e Alexy.

Na segunda parte são expostas as linhas gerais do pensamento de Alexy.

Na terceira parte encontra-se uma sistematização das críticas de determinados autores brasileiros e de suas propostas.

Na quarta parte, por fim, é realizada uma análise dessas críticas.

O conteúdo das duas primeiras partes pode ser sinalizado ao se indicar algumas traves que nelas, ao lado de outras, encontram-se expostas. Assim, para Kelsen pode ser mencionada a trave do direito e moral, para Hart, a da textura aberta das normas, para Dworkin, a das regras e princípios, para Alexy, a da pretensão de correção.

Na segunda parte tem de se indicar duas traves: a da teoria do discurso e a da distinção entre regras e princípios. Com isso, está posto o fio vermelho da primeira e da segunda parte.

A terceira e quarta parte encontram-se em uma relação de indicação e refutação. Assim, em vez de traves pode ser falado, cada vez, de traços fundamentais dos *escritos* analisados com base nessas traves. Os traços fundamentais do de Humberto Bergmann Ávila são a imprecisão terminológica e a inflação, portanto, distorção do conceito de ponderação. Os traços fundamentais do de Lenio Luiz Streck são a dissimulação da discricionariedade, afirmações infundadas desde sua apresentação de democracia – também o que Kelsen entende por democracia não é familiar a ele – e o falar sobre a coisa sem conhecimento na coisa.[1] O traço fundamental do de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira é o desconhecimento da questão dos valores. Isso também vale como traço fundamental para o de Lúcio Antônio Chamon Junior e o de Marcelo Campos Galuppo. O traço fundamental do de Álvaro Ricardo de Souza Cruz é a falta de conhecimento daquilo que pretende objetar, o que igualmente vale como traço fundamental para o de Leonardo Martins. Em conjunto, assim, deixa dizer-se que se trata nesses escritos, antes, de opiniões.[2]

---

1 - A última parte dessa frase, seja lembrado, deixa reconduzir-se a Gadamer: "Também aqui se confirma que entender quer dizer primariamente *entender-se na coisa* e só secundariamente realçar e entender a opinião do outro como tal. A primeira de todas as condições hermenêuticas permanece, com isso, a *pré-compreensão* que tem origem no ter-a-ver com a coisa igual" (Gadamer, Hans-Georg. Wahrheit und Methode. Bd. 1. 6. Aufl., Tübingen: Mohr, 1990, S. 299. Versão brasileira: Verdade e método. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, página 390. Tradução: Flávio Paulo Meurer; revisão: Enio Paulo Giachini). O itálico não está no original. "Se nós tentamos considerar o fenômeno hermenêutico segundo o modelo da conversa que tem lugar entre duas pessoas, então a comunidade dirigente entre ambas essas aparentemente tão distintas situações, *a compreensão do texto* e o *entendimento* na conversa, sobretudo, consiste nisto, que *cada entender e cada entendimento* tem em vista *uma coisa que está posta diante de alguém*" (mesmo autor, mesma obra, S. 383 f., 492 e seguinte). O itálico não está no original.

2 - Parece adequado, porque esclarecedor, registrar aqui uma informação sobre a palavra opinião. Assim: "Opinião é, na filosofia moderna, juntamente com a fé e o saber, determinada como um ato de esclarecimento da verdade (para o antigo conceito [ver] doxa). À opinião ou ao opinar são atribuídos as qualidades do puro subjetivo, indeterminado e alterável, assim como o ser fortemente influenciado pela percepção sensual. Com isso, a opinião é, perante o saber, um modo deficiente da atividade de conhecimento. Descartes acentua que o mero opinar sempre está unido a um pensar vinculado à ideia e, por conseguinte, não possibilita nenhum conheci-

Com isso, está exposto sinteticamente a estrutura e conteúdo do presente trabalho de Leonardo Simchen Trevisan. Ele foi apresentado como dissertação de mestrado na faculdade de direito da UFRGS. Sua nota de aprovação foi 10. Da banca examinadora participaram: Anízio Pires Gavião Filho, Luís Afonso Heck, Maria Cláudia Cachapuz e Roberto José Ludwig. Seu mérito reside, sobretudo, nisto:

---

mento sobre deus ou a alma (Discours de la méthode). No modelo graduado do considerar verdade de Kant o opinar está no lugar inferior, uma vez que ele é insuficiente tanto subjetiva como objetivamente. Nisso, ele diferencia-se da fé, cuja pretensão de validez permanece puramente subjetivamente, e do saber, que é um considerar verdade suficiente subjetiva como objetivamente (KrV). A opinião pode também ter o status da hipótese da razão quando ela, de fundamentos subjetivos, é suficiente para um considerar verdade. Opiniões somente podem existir em juízos sobre objetos empíricos, não no âmbito do inteligível. Juízos da razão não são, por isso, opiniões, uma vez que a razão reconhece ou *a priori* ou de modo nenhum. Isso vale do mesmo modo para todos os princípios éticos. Fichte põe a opinião no mundo do alterável, que perante o ser é uma mera aparência ou o puro nada (Darstellung der Wissenschaftslehre 1801). O opinar é contraposto ao pensar, caracterizado pela independência do espírito (Anweisung zum seeligen Leben). Enquanto para o pensar o ser é um e idêntico consigo mesmo, portanto, também possui somente uma possibilidade, realidade e necessidade, o opinar parte de várias possibilidades e escolhe – motivado pela propensão ao subjetivo – uma dessas possibilidades. Com isso, cada opinião é unilateral e parcial e sua duração está submetida à propensão ao pessoal. Concretamente Fichte determina sua época atual como manifestação histórica de um empenho por opiniões científicas e sua propagação publicista. Fichte comprova esse desenvolvimento com o termo da república-sábios (Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters). Hegel, ao contrário, exclui de antemão o conceito de opinião da história da filosofia, uma vez que a filosofia é ciência objetiva da verdade por um conhecer que entende, não por um opinar. A opinião é também aqui meramente uma ideia subjetiva que se distingue por arbitrariedade e cujo conteúdo não possui universalidade. A opinião não é uma ideia existente em si e para si (Vorlesungen über der Geschichte der Philosophie). Segundo Hegel, a opinião não pode compreender a conexão necessária entre a realidade do espírito e sua existência sensual, uma vez que ela considera a existência sensual como mera casualidade (Phänomenologie). Em oposição ao saber a opinião dirige-se imediatamente à existência sensual como um particular e individual. Essa imediatidade do opinar é contraposta à certeza sensual, cuja verdade é o geral. Claro fica o opinar na fisionomia ou na paleografia, cujo foco dirige-se imediatamente à existência sensual, à letra ou à forma da cabeça, e sobre esse fundamento formula uma opinião sobre a personalidade de uma pessoa (Phänomenologie)." Fonte: Mittelstraß, Jürgen (Hg.). Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie. Band 3. Stuttgart - Weimar: J. B. Metzler, 2004.

1. na composição de uma visão de conjunto não só do sistema de Alexy, mas também das ideias de outros autores que estão, de alguma maneira, em relação com esse sistema, portanto, auxiliam a compreendê-lo;
2. na ordenação, não somente das críticas de autores brasileiros ao sistema de Alexy, mas também de suas propostas;
3. na análise confrontativa dessas críticas e propostas.

Esse mérito tem, mais além, um resultado didático, científico e prático. O didático situa-se na utilidade deste trabalho, sobretudo, para os estudantes de direito, tanto na graduação como na pós-graduação.

O científico reside na demonstração da falta de objetividade, portanto, de seriedade, da chamada "pesquisa em direito" no Brasil,[3] porque, pelo menos, alguns desses autores brasileiros não somente atuam em universidades, mas também têm vínculos com CNPq e CAPES.

O prático consiste, por um lado, na consequente comprovação da inutilidade desse tipo de "pesquisa em direito", e isso, tanto para a compreensão como para a aplicação do direito. Seja, nisso, aqui somente lembrado do artigo 489, § 2, do código de processo civil: interpretação como explicação (Auslegung) requer a necessária compreensão prévia para a aplicação.[4] Por outro, mostra que a *discussão*

---

3 - Aqui se deixa perguntar, por exemplo, sobre a relação entre essa pesquisa, no plano da quantidade, por um lado, e a porcentagem daqueles que conseguem vencer a prova da OAB, por outro. Ela indica ser inversamente proporcional, quando deveria ser, no plano da qualidade, diretamente proporcional. Nessa conexão é interessante a afirmação seguinte: "... uma das grandes preocupações de Alexy é a aplicação do direito ... os trabalhos de Alexy aportam a uma maneira mais transparente de pensar a jurisprudência, o trabalho dos tribunais e, nesse sentido, destaca-se a importância da argumentação" (Croxatto, Guido L. in Derecho al Día. Boletín informativo de la facultad de derecho de la universidad de Buenos Aires, n. 272, setembro de 2016, página 4).

4 - Ver para isso, Heck, Luís Afonso. A ponderação no código de processo civil, in mesmo autor (organizador, tradutor, revisor). Direito positivo e direito discursivo. Subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017, página 105 e seguintes. Comparar com Schladebach, Marcus. Concordância prática como princípio de colisão jurídico-fundamental, in mesma obra, página 163 e seguintes, com Alexy, Robert. Segurança jurídica e correção, in mesmo autor, mesma obra, página 41 e seguintes, com Bäcker, Carsten. O silogismo como estrutura fundamental do fundamentar jurídico? in mesma obra,

pública, que inclui, sobretudo, a por escrito, no âmbito do direito, *baseada na pré-compreensão*, isto é, no domínio do conhecimento objetivo anterior sobre o tema, e, assim, *conduzida argumentativamente*, isto é, com fundamentos, deveria ser *institucionalmente* perseguida intensamente no Brasil, porque ela oferece-se como única instância de controle, também da qualidade. E essa qualidade, seguramente, reflete-se, ao fim e ao cabo, também na qualidade da fundamentação das decisões judiciais, portanto, na legitimidade destas. Seria conveniente, assim, o estado brasileiro, os postos competentes, ter *realmente* interesse nessas coisas, porque, não por último, o cidadão brasileiro atual tem, certamente, interesse nisso e, sobretudo, como pagador, direito a isso.

Luís Afonso Heck
Prof. da UFRGS
Gravataí, inverno de 2016

página 59 e seguintes, e com Kelsen, Hans. O que é a doutrina do direito pura? in mesma obra, página 141 e seguintes.

AUTORES VINCULADOS

Luís Afonso Heck |

MARCADORES

Direitos fundamentais | Prefácios |