CONHECER PARA RECONHECER

PREFÁCIO

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS - 2006

Segunda-Feira, 22 de Junho de 2020 10:44:14

Paulo Gilberto Cogo Leivas

Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais



livraria DO ADVOGADO editora

.

PREFÁCIO

AUTOR: Luís Afonso Heck

LIVRO – DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

AUTOR: Paulo Gilberto Cogo Leivas

ORIENTADOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM: Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 146 páginas, 2006

DISPONÍVEL EM: https://www.livrariadoadvogado.com.br/teoria-dos-direitos-fundamentais-sociais-p43924

ANEXOS: Prefácio / Sumário / Bibliografia

Prefácio

O artigo 22 da declaração dos direitos do homem, das nações unidas, de 1948, diz: "Cada pessoa tem, como membro da sociedade, direito à segurança social; ela tem pretensão a isto, por medidas intra-estatais e trabalho em comum internacional, sob consideração da organização e dos meios de auxílio de cada estado, obter o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis para a sua dignidade e o desenvolvimento livre de sua personalidade." Esses direitos são concretizados do artigo 23 ao artigo 27 como direito ao trabalho, ao descanso e tempo livre, ao nível de vida conveniente, à proteção à maternidade e à infância, assim como direito à formação e à participação na vida cultural. Isso no plano internacional, por um lado.

Por outro, no plano nacional, essas concepções foram assumidas jurídico-constitucionalmente e encontraram expressão no artigo 6º da constituição federal, complementado por artigos do título VIII (da ordem social) da constituição federal.

Diante disso, algumas questões se colocam.

a) Direitos a atuações positivas

O direito, que o cidadão tem contra o estado à atuação positiva, pode ter como objeto: uma atuação fática e uma atuação normativa.[1] No âmbito do objeto da atuação fática positiva está situada a fundamentação do direito a um mínimo existencial[2] e no âmbito do objeto da atuação normativa positiva trata-se de atos de disposição de

[1] Ver ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 179. Versão espanhola: *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 194 e s. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Direitos à prestação em sentido estrito têm como objeto atuação fática positiva; direitos à prestação em sentido amplo têm como objeto atuação normativa positiva (ALEXY, R., obra citada, S. 180; p. 195 e s.).

[2] Ver ALEXY, R. (nota 1), S. 179; p. 195.

normas estatais,[3] que são apresentados principalmente pela expressão "organização e procedimento".[4] Nessa conexão se coloca a questão da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

b) A tese de Robert Alexy

A tese para a *relação entre a dimensão subjetiva e a objetiva dos direitos fundamentais* diz que existe uma presunção em favor da dimensão subjetiva. Quem afirma que uma norma de direito fundamental tem um caráter meramente objetivo suporta, para isso, a carga argumentativa. Essa tese pode ser denominada de "*tese da subjetivação*". Ela diz que a cada dever jurídico-fundamental vinculativo do estado, tenha esse um caráter definitivo ou um meramente *prima facie*, fundamentalmente, correspondem direitos fundamentais em forma de direitos subjetivos. Com isso, o conteúdo limitado da tese da subjetivação está claro. A tese da subjetivação, como tal, não diz até que ponto os direitos fundamentais devem ser estendidos além do âmbito jurídico-defensivo. Com ela é simplesmente afirmado, que então, quando uma extensão realiza-se, essa, fundamentalmente, deve levar a direitos subjetivos correspondentes. Isso pode, sem dúvida, ter retroatividades sobre os novos conteúdos, mas não afeta esses imediatamente.[5] Com isso, está abordada a questão da norma associada.

c) A norma associada

As normas de direitos fundamentais deixam-se dividir em dois grupos: as normas de direitos fundamentais estatuídas imediatamente pelo texto constitucional e as normas de direitos fundamentais associadas.[6] Uma norma associada vale e é uma norma de direito fundamental, quando para a sua associação a uma norma de direito fundamental estatuída imediatamente é possível uma *fundamentação jurídico-fundamental correta*.[7] Se uma norma associada é uma norma de direito fundamental depende, portanto, da argumentação jurídico-fundamental possível para ela.[8] Essa norma associada é, simultaneamente, uma regra sob a qual o fato, pendente em decisão, pode ser subsumido como sob uma norma fixada.[9] Vale, portanto, a proposição seguinte: como resultado da ponderação[10] jurídico-fundamental correta deixa-se formular uma norma de direito fundamental associada com caráter de regra, sob a qual o caso pode ser subsumido.[11] Isso está em conexão, por sua vez, com a questão dos princípios formais e dos espaços.

d) Princípios formais e espaços

Os princípios formais levam a perguntar pela concepção de constituição, ou seja, constituição como ordenação-quadro ou ordenação fundamental.[12]

Como ordenação-quadro a constituição traça ao legislador exatamente então um quadro, quando ela lhe proíbe algo – por exemplo, por direito de defesa –, ordena algo – por exemplo, por direitos de proteção e algo nem proíbe nem ordena, portanto, libera. O proibido pode-se qualificar jurídico-constitucionalmente de impossível, o ordenado jurídico-constitucionalmente de necessário e o liberado jurídico-constitucionalmente de possível. O liberado ou possível situa-se no quadro, o proibido ou impossível forma, em conjunto com o ordenado ou necessário, o quadro.

Como ordenação fundamental a constituição pode ser no sentido quantitativo ou qualitativo. Ela é no sentido quantitativo quando ela não libera nada, portanto, para tudo tem à disposição ou um manda-

---

[3] Ver ALEXY, R. (nota 1), S. 179; p. 195.

[4] Ver para isso HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. Aufl. (Neudruck), Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999, Rn. 358 ff., S. 160 f. Versão portuguesa: *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, número de margem 358 e ss., p. 287 e s., que coloca sob essa expressão a realização e asseguramento de direitos fundamentais (mesma obra e local citados). (Tradução: Luís Afonso Heck.) Ver também ALEXY, Robert. Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, *VVDStRL*, Bd. 61 (2002), S. 10. Versão portuguesa: Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *Revista dos tribunais*, volume 809, março de 2003, p. 56. Tradução: Luís Afonso Heck.

[5] ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 277, itálico e aspas no original.

[6] ALEXY, R. (nota 1), S. 60, em itálico no original; p. 70. Sobre normas de direitos fundamentais ver ALEXY, R. (nota 1), S. 53 ff.; p. 62 e ss.

[7] ALEXY, R. (nota 1), S. 61; p. 71, itálico no original. Para a argumentação ver ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983. Versão espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoria del discurso racional como teoria de la fundamentacion juridica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Tradução: Manuel Atienza e Isabel Espejo.

[8] ALEXY, R. (nota 1), S. 61; p. 71.

[9] ALEXY, R. (nota 1), S. 86; p. 98.

[10] Para a ponderação ver ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel. *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin: De Gruyter, 2003, S. 771 ff. Versão portuguesa: A fórmula do peso (no prelo; tradução: Luís Afonso Heck). Ver também infra, nota 22.

[11] ALEXY, R. (nota 1), S. 87; p. 98.

[12] Para isso e para o que segue ver ALEXY, R. (nota 4), S. 14 f.; p. 59 e s.

mento ou uma proibição. Ela é no sentido qualitativo quando ela decide aquelas questões fundamentais da comunidade, que são suscetíveis e carecidas da decisão por uma constituição. Esse conceito é compatível com aquele da ordenação-quadro. Uma constituição pode decidir questões fundamentais e, sob esse aspecto, ser uma ordenação fundamental e, contudo, deixar muita coisa em aberto e, sob esse aspecto, ser uma ordenação-quadro.[13]

O equilíbrio correto entre ordenação-quadro e ordenação fundamental depende da capacidade da constituição para a solução de problema de espaço.

Os espaços[14] podem ser estruturais e epistemológicos ou cognitivos.[15]

---

[13] Constituição como ordenação-quadro e como ordem fundamental são colocadas, muitas vezes, como contrários, ou seja, o conceito de constituição como quadro é compreendido como oposto à teoria dos princípios. *Ou* os direitos fundamentais somente formam uma ordenação-quadro, no interior da qual o dador de leis é livre para lançar mão das medidas por ele escolhidas, *ou* se deve compreender os direitos fundamentais como mandamentos de otimização e, com isso, inevitavelmente, ser aceito limitações da competência do dador de leis legitimado democraticamente até a um estado de justiça (SILVA, Virgílio Afonso da. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielraume*. Baden-Baden: Nomos *Verlagsgesellschaft*, 2003, S. 67, itálico no original; nas páginas seguintes encontram-se trabalhadas as opiniões contrárias, isto é, que entendem a constituição como ordenação-quadro). Alexy, como mostra a última frase, indica, ao contrário, comunidades entre ambos os conceitos.

[14] Se se contrapõe os espaços aos direitos fundamentais, então pode ser falado de uma solução de divergência e de convergência. Aqui, devem bastar as referências seguintes:
1. a solução de divergência compreende: a) a extensão do direito fundamental e a extensão de sua proteção divergem, porque o tribunal constitucional federal não protege o direito fundamental todo; b) a fundamentação para a divergência entre direito e proteção não está baseada em considerações jurídico-fundamentais. Quando em virtude de um espaço legislativo o controle judicial não entra em consideração, isso não significa que o direito fundamental é limitado. A extensão do direito fundamental fica intacta, somente a extensão do controle é, em virtude de um *ponto de vista jurídico situado fora do direito fundamental*, abreviada; c) como exemplos desses pontos de vista podem ser mencionados: a distinção entre norma de atuação e norma de controle, a *political question doctrine* e o *judicial self-restraint* (ver SILVA, V. A. da (nota 13), S. 113 f., itálico no original; RAABE, Marius. *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, S. 148 ff.; ver também infra, nota 17);
2. a solução de convergência compreende: a) para a solução de convergência é característico a concordância entre a extensão de posições jurídico-fundamentais e a extensão de sua imposição judicial. Isso não implica, contudo, a eliminação de todos os espaços legislativos; b) a convergência entre a extensão de uma posição jurídico-fundamental e a extensão de sua imposição judicial não pode ser fundamentada, segundo Raabe, pelo fato de que não existem nenhuns espaços, mas pelo fato de que os próprios espaços são entendidos como normas jurídico-constitucionais, que co-determinam a posição jurídico-fundamental. Essa norma associada do direito fundamental limita, sem dúvida, a posição jurídico-fundamental, isso, contudo, em sentido epistêmico. Em oposição à concessão de um espaço legislativo no quadro de uma solução de divergência, na qual a conformidade ao direito fundamental de uma lei não é examinada em sua totalidade, no quadro de uma solução de convergência a concessão de um espaço conduz constitutivamente à sua conformidade ao direito fundamental; c) a solução de convergência não significa um amolecimento da vinculação jurídico-fundamental exigida pelo artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental [ver infra, nota 21]. A solução de convergência, em oposição à solução de divergência, não nega que o dador de leis pode, em virtude de um espaço cognitivo, *limitar* direitos fundamentais. Mas se existe uma limitação de direitos fundamentais, ela – como qualquer outra limitação de direitos fundamentais – não pode ser excluída do controle judicial. Nesse sentido, Raabe realça que a solução de convergência coage a isto, de tornar a concessão de um espaço cognitivo dependente da capacidade de justificação perante os direitos fundamentais, como isso também de costume ocorre em limitações dos direitos fundamentais (ver SILVA, V. A. da (nota 13), S. 119 f., itálico no original; RAABE, M. (obra citada), S. 150 ff.).

O espaço estrutural é definido por nada mais que pela ausência de mandamentos e proibições definitivos. No espaço estrutural, considerações jurídico-funcionais ou princípios formais não desempenham nenhum papel. Os problemas do espaço epistemológico, pelo contrário, não podem ser selecionados sem eles.

A questão sobre a existência de espaços epistemológicos surge quando a cognição daquilo que, em virtude da constituição, está ordenado, proibido ou liberado, é incerto. A incerteza pode ter a sua causa na incerteza de premissas empíricas ou normativas.

Incerteza empírica pode-se tornar problema[16] em toda a parte. O lugar onde mais aparece é no exame da idoneidade e necessidade. Quem admite intervenções em virtude de premissas incertas, quando essas premissas são somente sustentáveis ou plausíveis ou, o que ainda é menos, não-evidentemente falsas, deve aceitar a possibilidade de violações de direitos fundamentais não-comprováveis. À extensão dos espaços cognitivos corresponde a extensão de possíveis divergências entre aquilo que realmente é ordenado, proibido e liberado e aquilo que é comprovável como ordenado, proibido e liberado. Como princípios materiais, os direitos fundamentais exigem uma realização tão alta quanto possível. Se se toma em consideração somente isso, então uma solução simples parece oferecer-se: em incerteza deve ser escolhida, cada vez, a premissa mais favorável para o direito fundamental. Como essa é aquela, sob cuja base uma intervenção não seria justificável, isso teria a conseqüência de que o legislador somente ainda pode intervir em direitos fundamentais em virtude de certeza de premissas verdadeiras. É fácil de reconhecer que uma tal solução não entra em questão. O

---

[15] Para isso e para o que segue ver ALEXY, R. (nota 4), S. 16 f., 27 ff.; p. 61 e s., 70 e s., respectivamente.

[16] Problemas de conhecimento empírico nascem então, quando uma decisão deve ser tomada sob premissas fáticas incertas ou quando as repercussões de uma decisão são incertas (SILVA, V. A. da (nota 13), S. 136).

princípio da divisão de poderes e democrático, como princípios formais,[17] exigem um espaço cognitivo empírico. Nenhum espaço é ilimitado. A limitação, em último lugar, somente pode resultar do próprio direito fundamental. Isso encontra sua expressão nisto, que ao lado da lei de ponderação material,[18] que está na base do espaço de apreciação estrutural, vale uma lei de ponderação epistemológica, que se deixa formular como segue: quanto mais grave pesa uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta deve ser a certeza das premissas sustentadoras da intervenção.[19]

Em espaços epistemológicos normativos trata-se diretamente do conteúdo material da constituição.[20] Cada concessão de espaços cognitivos normativos significa uma supressão, correspondente à sua extensão, do controle judicial-constitucional da vinculação à constituição. Isso é compatível com a validade formal da constituição?[21] Uma resposta adequada somente pode ter êxito se três coisas são postas juntas. A primeira é a cognição, que o espaço de ponderação estrutural suaviza consideravelmente o problema do espaço cognitivo normativo. A segunda é a antes mencionada lei de ponderação epistemológica que, em intensidade de intervenção crescente, põe exigências crescentes à certeza das premissas sustentadoras da intervenção. A terceira, a reti-

---

[17] Princípios formais são princípios de natureza procedimental. Neles não se trata de normas de conduta, mas de normas de validez. Característico para esses princípios formais é, por isso, que eles estatuem fundamentos para o cumprimento de uma norma, e precisamente, independentemente de seu conteúdo (SILVA, V. A. da (nota 13), S. 145). Sua função é garantir espaços do dador de leis e, com isso, evitar o perigo de uma extensão desmesurada das competências do tribunal constitucional às custas dos espaços legislativos (SILVA, V. A. da (nota 13), S. 146). Direitos fundamentais são, segundo isso, fundamentos para *não-competência*, enquanto princípios formais são fundamentos para *competência* (SILVA, V. A. da (nota 13), S. 146, itálico no original). Os princípios formais também têm caráter-*prima facie* (ver SILVA, V. A. da (nota 13, S. 150), ou seja, seu mandamento não é definitivo (ver para isso ALEXY, R. (nota 1), S. 87 ff., 122 ff.; p. 98 e ss., 135 e ss.).

Deve, aqui, ainda ser observado que a relação entre dador de leis e tribunal constitucional toca à questão da jurisdição constitucional no sentido formal (para a diferença entre jurisdição constitucional formal e material, ver HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 23 e ss.). No Brasil, onde se tem menos jurisdição constitucional formal do que na Alemanha, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, artigo 1º, e a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, artigo 1º, contudo, tornam o Supremo Tribunal Federal correspondente juridicamente, isto é, no sentido kelseniano (seja somente lembrado: Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, Band VI (1930/31, S. 576 ff. Versão portuguesa: Quem deve ser o guardião da constituição? KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237 e ss. Tradução: Alexandre Krug), à expressão "guarda da constituição" do artigo 102, *caput*, da constituição federal. Além disso, seja lembrado o artigo 2º, inciso II, que foi vetado, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que tornava o supremo tribunal federal acessível "a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público". (Sobre o recurso constitucional alemão ver HECK, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. *Revista de informação legislativa*, número 12, out./dez. 1994, p. 115 e ss.)

Seja, aqui, ainda considerado:

1. *Judicial self-restraint*. Essa doutrina vem do direito norte-americano. Ela encontra objeções: o seu início é muito geral e com muito pouco valor informativo; a autolimitação não é um argumento jurídico que poderia fundamentar uma decisão jurídica. Ao contrário, a idéia do *self-restraint* faz supor que se trata da virtude do juiz constitucional. Mas disso não depende. Não a boa vontade do juiz constitucional, mas o ordenamento jurídico constitucional o limita; a exigência por autolimitação não pertence ao plano jurídico dos fundamentos, mas ao plano extrajurídico, fático dos motivos. Por isso, o início do *self-restraint* renuncia ao aprofundamento dos critérios normativos e controláveis e, como apelo ético-profissional, põe a competência-competência na sabedoria subjetiva do areópago judicial. Mas isso é uma solução de conflito de competência antes arcaica do que moderna estatal-jurídica, insistente na formalidade e calculabilidade; utilizável é a idéia da atitude reservada, por isso, de uma perspectiva que observa descritivamente, sociológico-juridicamente; inicialmente, o termo técnico "self-restraint" também servia para a designação de uma tendência geral da suprema corte norte-americana e, sob esse aspecto, ele tinha antes significado estatístico do que metódico (RAABE, M. (nota 14), S. 291 ff., aspas no original, o itálico é de L. A. H., com numerosa indicação bibliográfica). Crítico para isso também SILVA, V. A. da (nota 13), S. 116 ff., igualmente com numerosa indicação bibliográfica.

Também não se deve, nessa conexão, embaralhar a ética aristotélica (que integra a política) com o universo ético hegeliano (que é o estado substancialmente) (ver para isso HECK, José Nicolau. O universo ético em Hegel. Atualização de uma velha controvérsia político-filosófica. *Síntese*, nova fase, volume 21, nº 64, jan./mar., 1994, p. 55), porque Hegel vinculou o estado como "realidade da idéia ética" ao direito (HONECKER, Martin. Staat. *Staatslexikon*, Band 5, 7 Aufl., Freiburg, Basel, Wien: Verlag Herder, 1989, Spalte 164, aspas no original). Nesse sentido, Hegel mostra-se antes situado na tradição kantiana.

2. *Political question doctrine*. Ela provém do direito constitucional norte-americano. Também ela encontra objeções: existe grande confusão sobre isto, o que rigorosamente significa construtivamente a *political question doctrine*, o que não causa surpresa, porque, sob esse aspecto, também na discussão americana reina litígio e incerteza; se se leva esse conceito a sério, ele conduz à distinção entre direito e política, que na discussão sobre a jurisdição constitucional de há muito desempenhou um grande papel. Entrementes, contudo, está em geral reconhecido que essa distinção não é um critério útil, uma vez que o direito constitucional, em regra, de antemão, tem como objeto questões políticas; esse conceito dá ensejo à confusão, porque ele, segundo compreensão corrente, sugere que, no sentido de uma separação objetiva entre direito e política, uma questão primeiro deve comprovar-se como política em vez de jurídica antes de ela poder ser objeto de um espaço (RAABE, M. (nota 14), S. 294 ff., o itálico é de L. A. H., com numerosa indicação bibliográfica; ver também SILVA, V. A. da (nota 13), S. 115 f.).

[18] Ela diz: quanto maior é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro (ALEXY, R. (nota 1), S. 146; p. 161; o mesmo, (nota 10), S. 772).

[19] Ver ALEXY, R. (nota 4), S. 28; p. 72; o mesmo, (nota 10), S. 789.

[20] Problemas de conhecimento normativo colocam-se quando é incerto o que em virtude da constituição é ordenado, proibido ou liberado (SILVA, V. A. da (nota 13), S. 136).

[21] Para fundamentar a validade formal, Alexy (nota 4, S. 8; p. 54) menciona o artigo 20, alínea 3, da Lei Fundamental: "A dação de leis está vinculada à ordem constitucional, o poder executivo e a jurisdição, à lei e ao direito" e o artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental: "Os direitos fundamentais que seguem vinculam dação de leis, poder executivo e jurisdição como direito imediatamente vigente". A Constituição Federal deixa apresentar comunidades, por exemplo, pelo artigo 5º, § 1º.

rada do controle judicial-constitucional permanece limitada por outorgamento de espaços cognitivos normativos. Os limites somente são determináveis por ponderação[22] de princípios formais e materiais.

e) O princípio democrático

Como princípio formal, o princípio democrático está previsto no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal. Aqui devem bastar algumas observações:

Primeira: o princípio democrático deve ser entendido como expressão de uma concepção procedimental de correção prática no âmbito da formação da vontade estatal.[23] Se o dador de leis tomou uma determinada decisão sob incerteza, então isso é um fundamento-*prima facie* para isto, considerar essa decisão como correta.[24] Como é difícil dizer o que é correto quanto ao conteúdo, refere-se compensatoriamente, para a justificação de decisões como corretas, ao resultado de um procedimento, que está submetido a determinadas regras e por esse fundamento mostra uma tendência para a geração de resultados corretos quanto ao conteúdo.[25]

Segunda: na teoria do discurso não se trata do consenso prático, que, sem dúvida, possivelmente deixa cair a necessidade prática por uma outra legitimação do resultado, mas não justifica a designação do resultado como correta. Critério de correção decisivo não é o consenso, mas a realização do procedimento conforme as regras do discurso. As regras do discurso[26] perseguem o objetivo de obter o cumprimento das condições da argumentação prática racional.[27] Um discurso é racional nesta medida, na qual nele as regras do discurso são cumpridas.[28]

---

[22] Aqui está abordada, com a ponderação, a questão da fundamentação de declarações normativas (ver para isso ALEXY, R. (nota 7), S. 221 ff.; p. 175 e ss.). Contra a possibilidade de fundamentar racionalmente uma decisão pode ser feito valer o argumento muito conhecido sob a designação "Münchhausen-Trilemma" (de Hans Albert, indicação bibliográfica em ALEXY, R. (nota 7), S. 223, Fußnote 9; página 177, pé-de-página 9, e SILVA, V. A. da (nota 13), S. 90, Fußnote 3), ou seja, essa possibilidade conduz a uma situação na qual somente três alternativas são imagináveis, todas elas, porém, inaceitáveis: 1. um regresso infinito, 2. um círculo lógico ou 3. um recurso a um dogma. Trata-se, contudo, aqui, de uma *racionalidade no sentido fraco*. Ela aspira somente a uma controlabilidade intersubjetiva e argumentativa e é, sob esse aspecto, no núcleo, a recusa de uma pura subjetividade. Racionalidade em um sentido forte iria pedir mais, ou seja, a possibilidade de uma demonstração exata que a decisão inequívoca e demonstravelmente é a única correta. Quem procura uma tal racionalidade para a ciência do direito procura algo não-existente (SILVA, V. A. da (nota 13), S. 103, itálico no original).
À última racionalidade mencionada deve, ainda, ser acrescentado:
1. por certo, decisão jurídica, exatamente também no direito constitucional, não se deixa racionalizar até o fim; porém isso pode somente significar que se trata da racionalidade *possível*, não que metodologia refletida seria prescindível em geral. A "exatidão" dos resultados, que são obtidos no procedimento exposto de concretização de normas constitucionais, não é, por causa disso, uma tal de uma demonstrabilidade exata como aquela das ciências naturais, esta, no âmbito da interpretação jurídica, pode permancecer nunca mais que uma ficção e ilusão dos juristas, atrás da qual se escondem, não-expressas e incontroláveis, as verdadeiras razões da decisão, ou, também, só decisão calada. Diante da pretensão de exatidão absoluta, que não se deixa demonstrar, e, muitas vezes, nem sequer manifesta a *ratio decidendi*, aparece, com uma exatidão relativa, que reconhece a limitação de sua pretensão, que, porém, nessa limitação pode ser tornada razoável, convincente e, pelo menos até certo grau, previsível, alguma coisa ganha, e, precisamente, não só uma parte de honradez jurídica, mas também certeza jurídica – limitada (HESSE, K. (nota 4), Rn. 76, S. 29; número de margem 76, página 68 e seguinte, itálico e aspas no original);
2. na prática judicial e em amplas partes da literatura um positivismo praticado ainda acrítica e inconseqüentemente, assim como esforços de vencer o positivismo por um recurso acrítico a "valores" conduziram à insegurança crescente (HESSE, K. (nota 4), Rn. 52, S. 21; número de margem 52, p. 55, aspas no original). Para uma distinção, nessa conexão, entre juízos axiológicos e deontológicos, ver ALEXY, R. (nota 1), S. 125 ff.; p. 138 e ss.

[23] RAABE, M. (nota 14), S. 217. Para a formação da vontade política ver HESSE, K. (nota 4), Rn. 130 ff., 272, 288; número de margem 130 e ss., 272, 288; S. 59 ff., 118 f., 131; p. 118 e ss., 216 e ss., 235 e s., e infra, nota 29.
Uma olhada nos regimentos da câmara dos deputados, do senado federal e no comum de ambos mostra que também as decisões do congresso nacional, legitimado democraticamente pela eleição, são tomadas sobre a base do processo de formação de vontade público discursivo, ou seja:
Regimento da câmara dos deputados (Resolução nº 17 de 1989, publicada no suplemento ao diário do congresso nacional-I, em 22 de novembro de 1989, atualizado em 26 de maio de 2004):
1. deliberações: artigos 49 a 51, 165 a 170 (discussões); artigos 79 a 91 (sessão pública); artigos 126 a 130 (pareceres); artigos 171 a 175 (uso da palavra); artigo 176 (aparte);
2. comissões: artigos 22 a 42;
3. opinião pública: artigos 252 a 254 (participação da sociedade civil); artigos 255 a 258 (audiência pública);
4. limitações: artigos 73 a 78 (regras da sessão); e,
5. participação do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores: artigo 64 da Constituição Federal.
Regimento do Senado Federal (Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, V. 1, 2003):
1. deliberações: artigos 14 a 21 (uso da palavra); artigos 130 a 144 (relatórios e pareceres); artigos 154 a 189 (sessões públicas); artigos 270 a 275 (discussão);
2. comissões: artigos 71 a 105;
3. opinião pública: artigo 93 (audiência pública); e,
4. limitações: artigos 412 a 413 (princípios gerais do processo legislativo).
Regimento comum (resolução número 1, de 1970. Brasília: congresso nacional, 2003):
1. deliberações: artigo 27 (sessão pública); artigo 31 (uso da palavra); artigos 36 a 43 (discussão);
2. comissões: artigos 9 a 21 (comissão mista); e,
4. limitações: artigos 134 a 140 (disposições comuns sobre o processo legislativo).
Diante disso, pode-se dizer que se trata de um caso especial do discurso real, que realiza fundamentalmente a medida de racionalidade discursiva, que é possível praticamente, sob as condições de uma grande comunidade estatal, e garante, para o âmbito da formação da vontade estatal, correção procedimental relativa o melhor possível (RAABE, M. (nota 14), S. 220). Ver também HESSE, K. (nota 4), Rn. 138, S. 62 f.; número de margem 138, p. 122 e s.

[24] RAABE, M. (nota 14), S. 217.

[25] RAABE, M. (nota 14), S. 218.

[26] Ver sobre isso a tábua de regras e formas em ALEXY, R. (nota 7), S. 361 ff.; p. 273 e ss.

[27] RAABE, M. (nota 14), S. 218.

[28] Idem.

Terceira: o princípio democrático não está limitado ao procedimento do parlamento. Uma compreensão do princípio democrático como institucionalização de uma concepção procedimental de correção prática deve incluir o processo de formação de vontade público todo.[29]

Nessas conexões está situado o trabalho de Paulo Gilberto Cogo Leivas, defendido como dissertação de mestrado na UFRGS diante da banca examinadora composta pelos professores Andreas Joachim Krell, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Clèmerson Merlin Clève e Luís Afonso Heck. Este trabalho obteve a nota máxima. O seu grande mérito está, primeiro, em ter tratado a questão da subjetivação, que pertence aos problemas mais debatidos da doutrina do lado jurídico-objetivo dos direitos fundamentais;[30] segundo, em ter tratado essa questão no plano dogmático.[31] Ambos caracterizam, por sua vez, a contribuição deste trabalho: o oferecimento de pré-compreensão para a interpretação do artigo 6º da constituição federal.

Porto Alegre, inverno de 2006.

Luís Afonso Heck
Prof. da UFRGS

---

[29] RAABE, M. (nota 14), S. 220 f., com indicação da jurisprudência do tribunal constitucional federal.

[30] STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* Band III/1: Allgemeine Lehre der Grundrechte, München: C. H. Beck Verlag, § 69, VI, S. 978.

[31] Para os outros planos, ver ALEXY, R. (nota 1), S. 21; p. 27, com indicação blibliográfica.

AUTORES VINCULADOS

Luís Afonso Heck |

MARCADORES

Direitos fundamentais | Prefácios |