

CONHECER PARA RECONHECER

PREFÁCIO

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, ARGUMENTAÇÃO E PONDERAÇÃO - 2011

Segunda-Feira, 11 de Janeiro de 2021 13:25:38

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO

**COLISÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS,
ARGUMENTAÇÃO E PONDERAÇÃO**



livraria//
DO ADVOGADO
//*editora*

.

PREFÁCIO

AUTOR: Luís Afonso Heck

LIVRO – TESE DE DOUTORADO

AUTOR: Anizio Pires Gavião Filho

ORIENTADOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM: Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 325 páginas, 2011

DISPONÍVEL EM: <https://www.livrariadoadvogado.com.br/colisao-de-direitos-fundamentais-argumentacao-e-ponderacao-p50539/>

ANEXOS: Prefácio / Sumário / Bibliografia

Prefácio

Em fevereiro de 2010 Alexy expôs, na Finlândia, em um escrito intitulado *Reflections on How My Thinking about Law Has Changed over the Years*, o que mudou e o que não mudou em sua obra durante os últimos trinta anos. Na página 13, sob o título III. Recent Writings, ele enumera três itens, que devem aqui interessar.¹

A) Do primeiro, *The Dual Nature Thesis*, página 13, deve ser acentuado, por um lado: a tese da natureza dual adiciona a essa noção de conexão a ideia de uma dialética entre o real e o ideal, uma dialética que faz parte da natureza, isto é, da essência do direito. A questão central não é se a positividade ou a idealidade do direito é decisiva. Antes, a questão central é como o ideal e o real podem ser compatibilizados um com o outro.

Por outro: o argumento central desses artigos² é, primeiro, que democracia ou constitucionalismo discursivo³ é a forma política da institucionalização da razão⁴ e, segundo, que não somente direito como tal tem uma natureza dialética, mas também todos os elementos cruciais do constitucionalismo discursivo. Isso aplica-se aos direitos constitucionais e também à democracia e à argumentação legal e também ao controle constitucional. A análise desses elementos mostra que razão precisa de instituições para adquirir realidade e instituições precisam de razão para adquirir legitimidade.

¹ No título I. *Two Early Books*, Alexy trata das suas duas obras mais importantes: a primeira, *Theorie der juristische Argumentation*, que é o seu trabalho de doutorado, também o seu primeiro livro, apareceu, pela primeira vez, em alemão, em 1978. Sua terceira edição é de 1996. Foi reimpresso por três vezes, a última em 2008. Foi traduzido, entretanto, para o inglês, espanhol, italiano, português, chinês, lituano e coreano. A segunda, *Theorie der Grundrechte*, representa o seu trabalho de habilitação, apareceu pela primeira vez, em alemão, em 1985. Foi reimpresso em 1986. Sua terceira edição é de 1996. Seguiram-se duas reimpressões, a última em 2006. Encontra-se traduzido para o espanhol, duas vezes, por tradutores diferentes, inglês, coreano e português. No título II. *The Axis: The Argument from Injustice*, trata do seu trabalho *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*.

² Que são: *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 95 (2009), 151-66 e *The Dual Nature of Law*, in: *IVR 24th World Congress. Papers Plenary Sessions* (Beijing, 2009), 257-74.

³ Ver para isso, Alexy, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, página 19 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

⁴ O artigo, mencionado antes por Alexy, na página 14, *The Institutionalisation of Reason*, está traduzido, in Alexy, R., (nota 3), página 19 e seguintes.

B) Do segundo, *Concept and Nature*, página 15, deve ser sublinhado, uma vez: investigar propriedades necessárias de uma coisa que são específicas a ela é investigar suas propriedades essenciais e investigar suas propriedades essenciais é investigar sua natureza. A característica mais essencial do direito é sua natureza dual. O elemento central de sua natureza real é coerção ou força.⁵ O elemento central de sua dimensão ideal é a pretensão de correção. Ambas fazem parte da natureza do direito.

Outra vez: conceitos também têm uma natureza dual. Eles são, por um lado, regras socialmente estabelecidas que concernem ao sentido das palavras. Até certo grau, conceitos têm um caráter convencional. Eles são regras convencionais de sentido. Isso é o lado real ou fático dos conceitos. Por outro, conceitos são convenções de um tipo especial. Eles pretendem, como Kant expressou isso, ser “adequados ao objeto”.⁶ Essa pretensão de adequação necessariamente une o conceito de uma coisa com sua natureza. Com conceitos esforça-se por entender a natureza das coisas às quais eles dizem respeito como perfeito, correto, possível. Essa é a dimensão não-convencional ou ideal dos conceitos.

Por fim: argumentos que estabelecem necessariamente propriedades do direito são possíveis.⁷ No caso da pretensão de correção, isso é o argumento da contradição performativa; no caso de coerção, isso é um argumento baseado nos valores ou princípios da certeza ou eficiência jurídica, que são necessariamente unidos com direito porque pretensão de correção do direito necessariamente diz respeito a eles.⁸

C) Do terceiro, *Human and Constitutional Rights*, página 16, deve ser destacado o seguinte:

primeiro: é um corolário da relação essencial entre direitos humanos e constitucionais que a justificabilidade dos direitos constitucionais depende da justificabilidade dos direitos humanos. Alexy tentou elaborar uma justificação teórico-discursiva dos direitos humanos que vem de um argumento transcendental.⁹ Uma outra caracterização da natureza desse argumento é “explicativa”.¹⁰ O argumento explicativo compõe-se de uma análise da prática do discurso, que é uma prática de afirmar, perguntar e argumentar. Essa prática necessariamente pressupõe regras que expressam a autonomia e igualdade dos participantes no discurso.¹¹ Autonomia e igualdade no discurso, isto é, no âmbito do idioma, não basta, contudo, para implicar autonomia e

⁵ Com remissão ao seu artigo *The Nature of Arguments about the Nature of Law*, in: *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, ed. Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, and Thomas W. Pogge. Oxford: Oxford University Press, 2003, 4-5.

⁶ Com remissão a Kant, Immanuel. *Critique of Pure Reason* (1st edn. 1781, 2nd edn. 1787), trans. Werner S. Pluhar (Indianapolis and Cambridge: Hackett, 1996), A 728/B 756.

⁷ Com remissão ao artigo mencionado na nota de pé-de-página anterior, no qual Alexy tentou mostrar isso, 6-13.

⁸ Com remissão ao seu artigo *On the Concept and the Nature of Law*, *Ratio Juris* 21 (2008), 293.

⁹ Com remissão ao seu artigo *A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason*, *Ratio Juris* 5 (1992), 211-33. Versão brasileira: uma concepção teórico-discursiva da razão prática, in Heck, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 95 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

¹⁰ Com remissão ao seu artigo *Menschenrechte ohne Metaphysik?*, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), 19-21.

¹¹ Com remissão ao seu artigo *Discourse Theory and Human Rights*, *Ratio Juris* 9 (1996), 213-17. Versão brasileira: Teoria do discurso e direitos do homem, in mesmo autor. *Direito, razão, discurso*.

igualdade no âmbito da ação. Para preencher o abismo, a capacidade discursiva tem de ser unida com um interesse em fazer uso dela na vida real. Esse interesse pode ser designado “um interesse em correção”. Essa união de capacidade e interesse implica o reconhecimento do outro como um autônomo.¹² Reconhecer o outro como autônomo é reconhecer ele como uma pessoa e reconhecer ele como uma pessoa é conferir a ele dignidade. Conferir dignidade a ele é, contudo, reconhecer seus direitos humanos;

segundo: à objeção, que isso perdeu seu caráter como justificação ao a premissa referente ao interesse ser introduzida, Alexy responde: como em qualquer interesse, o interesse em correção é unido com decisões. Essas decisões concernem à questão fundamental de se nós aceitamos nossas possibilidades discursivas. Essa é a questão de se nós queremos ver-nos, para usar um termo de Brandom, como ‘criaturas discursivas’.¹³ Isso é uma decisão sobre quem nós somos. Pode-se chamar esse passo de justificação ‘existencial’;¹⁴ e,

terceiro: é impossível justificar direitos humanos sem usar conceitos tais como autonomia e pessoa. Com esses conceitos nosso mundo é habitado por seres que não podem ser produzidos por meio de recursos disponíveis para nós dos mundos físico e psíquico. Isso implica que a ideia dos direitos humanos como direitos morais é incompatível com naturalismo.¹⁵ Certamente, existem aproximações metafísicas com referência às quais uma postura céptica é mais que justificada.¹⁶ Alexy acredita que autores como John Rawls,¹⁷ Günther Patzig¹⁸ e Jürgen Habermas¹⁹ pensaram em for-

Estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 101 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

¹² De novo com remissão ao artigo da nota do pé-de-página anterior, 222-24.

¹³ Com remissão a Robert B. Brandom, *Articulating Reasons*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000, 26.

¹⁴ Com remissão ao artigo da nota do pé-de-página 10, 21. O dito no primeiro e segundo representa a objeção a Luhmann de Alexy (ver Alexy, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: 1983, S. 161 ff. Versão espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, página 131 e seguintes.), que não foi respondida por Luhmann. Aliás, Luhmann considera como necessário “que os não-participantes cheguem à convicção que tudo sucede naturalmente, que em esforço sério, sincero e concentrado verdade e direito são averiguados, que também eles, dado o caso, com auxílio dessa instituição, irão obter justiça” (citado segundo Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation ...*, S. 268; página 210). Segundo Alexy, essa afirmação de Luhmann pode ser interpretada como uma perífrase da pretensão de correção (mesma obra, S. 268; página 210).

¹⁵ Seja aqui remetido a Alexy, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: 1983, S. 55 ff. Versão espanhola: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, página 52 e seguintes.

¹⁶ A metafísica, contudo, é o terceiro elemento novo necessário para fazer o sistema completo. O primeiro é o essencialista (ver supra, B)) e o segundo, a premissa existencial (ver supra, C) segundo (página 18).

¹⁷ Com menção a Rawls, John. *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, *Philosophy and Public Affairs* 14 (1985), 223-251.

¹⁸ Com menção a Patzig, Günther. *Ethik ohne Metaphysik* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971).

¹⁹ Com menção a Habermas, Jürgen. *Postmetaphysical Thinking*, trans. William Mark Hohengarten (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1992).

mas de metafísica altamente especulativas quando eles declararam que a exclusão da metafísica foi uma parte dos seus respectivos programas. Kant, certamente, fez isso também quando ele escreveu seu *Dreams of a Spirit-Seer Elucidated by Dreams of Metaphysics*, publicado em 1766.²⁰ Isso, contudo, não impediu ele de posteriormente escrever sobre metafísica, por exemplo, seu *Groundwork of the Metaphysic of Morals*.²¹ A questão decisiva é esta: metafísica racional ou analítica é possível? A análise dos direitos humanos apoia a tese que isso é realmente possível.²²

É nesse âmbito que se situa o trabalho de Anizio Pires Gavião Filho. Ele foi apresentado como tese de doutorado diante de banca examinadora, composta por Luís Afonso Heck, Maria Cláudia Mercio Cachapuz, Oscar Sarlo, Paulo Gilberto Cogo Leivas, Roger Raupp Rios e Véra Maria Jacob de Fradera, na faculdade de direito da UFRGS. A nota máxima ele obteve.

Essa tese tem as seguintes propriedades que mostram a sua cientificidade:

1. ela não só se ocupou com a exposição de um trabalho explorado há trinta anos,²³ mas também com a sua defesa perante as críticas a ele feitas;²⁴

²⁰ Com menção a Kant, Immanuel. *Dreams of a Spirit-Seer Elucidated by Dreams of Metaphysics* (first publ. 1766), in: Immanuel Kant. *Theoretical philosophy, 1755-1770*, trans. and ed. David Walford in collaboration with Ralf Meerbote (Cambridge: Cambridge University Press, 1992), 301-59.

²¹ Com menção a Kant, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysic of Morals* (first publ. 1785), trans. H. J. Paton (New York: Harper, 1964).

²² Alexy, R., (nota 10), afirma: “A tese metafísica tem sua fonte não somente na estrutura do mundo, também não somente na razão do particular, mas, bem no sentido de Habermas, na estrutura da comunicação” (S. 24). Na contígua nota de pé-de-página cita Habermas, Jürgen. *Nachmetaphysisches Denken*. Frankfurt/M. 1988, S. 55. Mais adiante: “O lugar da salvação é ocupado pela correção. Por isso, pode essa metafísica como construtiva ser oposta à enfática. Uma metafísica construtiva tem um caráter simultaneamente racional e universal” (S. 24).

²³ Em Anderheiden, Michael. *Rechtsphilosophie jenseits des Ordinary-language-Ansatzes*, in Brugger, Winfried, Neumann, Ulfrid und Kirste, Stephan. *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, S. 27 f., lê-se: “A filosofia do direito alemã dos últimos 30 ou 40 anos apoiou, sob a condução de Robert Alexy (e sob admissão dos trabalhos de Ronald Dworkin), com muita energia a primeira reflexão [“no centro dessa reflexão está a qualidade de fundamentações que se deixa medir em uma série de parâmetros”, S. 27] [na contígua nota de pé-de-página 4 (S. 27) é mencionada, entre outras coisas, a teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica]; ela rigorosamente investigou as exigências ao fundamentar jurídico correto, elaborou a lógica de argumentos e estruturas de fundamentação para uma teoria própria da argumentação jurídica e condensou para campos de aplicação distintos dentro da matéria objetiva jurídica [na contígua nota de pé-de-página 5 (S. 28) são mencionados da “escola-Alexy”: Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, 1990; ders., *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 2007; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden 1998 (2. Aufl. 2007); Matthias Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze*, Baden-Baden, 2004]. Esse projeto existe para nós em clareza e lógica e convencimento digno de admiração” [e na adiante nota de pé-de-página 6 (S. 28) está escrito: “Não por último, pela recepção ampla que essa teoria experimentou no mundo todo. Alexy deveria, sob os juristas alemães, atualmente, ser o filósofo do direito mais conhecido”]. Se se considera, diante disso, agora, como positivismo-Hans Kelsen foi tratado no Brasil (ver para isso, Heck, Luís Afonso. *Posfácio*, in (nota 9), página 229 e seguintes), então essa propriedade fica ainda mais realçada, por um lado.

²⁴ Por outro, pela lembrança destes fatos: “... bacharelize romântica ...”, “Sem instrução, sem humanidades, sem ensino profissional, a cultura intelectual não existe, ou finge existir em semiletrados mais nocivos que a peste”, “Ciência, literatura, arte – palavras cuja significação exata escapa a quase todos. Em tudo domina o gosto do palavreado, das belas frases cantantes, dos discursos derramados: ainda há poetas de profissão” (Prado, Paulo. *Retrato do Brasil: ensaio sobre a tristeza brasileira*. 9. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, página 203) e deste: “O clamor pela autenticidade dos documentos

2. o tratamento dado à dimensão analítica;²⁵
3. a satisfação da exigência da comprovação da hipótese de trabalho.²⁶

Porto Alegre, inverno de 2010.

Luís Afonso Heck
Prof. da UFRGS

não fora ouvido durante a Idade Média. Interesses importantes se baseavam em documentos, e a Igreja, mosteiros, conventos e cidades forjavam grande número de diplomas, ansiosos por confirmar privilégios que possuíam por direito ou usurpação” (Rodrigues, José Honório. Teoria da história do Brasil. 5. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978, página 239).

²⁵ Para o seu âmbito de tarefas, ver Alexy, R. Theorie der Grundrechte. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 23. Versão espanhola: Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, página 30. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Na S. 38, página 45, pode ser lido: “A medida da racionalidade da ciência do direito essencialmente depende do nível alcançado na dimensão analítica. (...) De um controle racional das valorações, na jurisprudência, indispensáveis e de um emprego, metodologicamente controlado, de saber empírico não se poderia falar. Se algo pode subtrair a ciência dos direitos fundamentais à retórica política e à luta ondulante das concepções de mundo, pelo menos, em amplo pedaço, então isso é, sobretudo, o trabalho na dimensão analítica. Se se agrega que na dimensão analítica da ciência do direito são possíveis conhecimentos que, primeiro, por conhecimento de nenhuma outra ciência podem ser substituídos e, segundo, fazem parte dos conhecimentos mais seguros da ciência do direito, ...” (realçado por L. A. H.). Para uma teoria do discurso analítica, ver Alexy, Robert. Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main: 1983, S. 224 f. Versão espanhola: Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, página 178.

²⁶ Para o problema da racionalidade da argumentação a hipótese de trabalho desta tese foi pensada. Sua comprovação fornece, portanto, não só o apoio indispensável à realização da determinação constitucional da fundamentação de todas as decisões judiciais (artigo 93, IX, da constituição federal), mas também um fundamento para que o cidadão, assim, em responsabilidade própria e ativamente, tome parte em coisas públicas.

MARCADORES

Direitos fundamentais | Prefácios |