

A AFIRMAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO NO BRASIL E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROBERT ALEXY - UM DEBATE TEÓRICO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE ASSUMPTION OF THE LAW THEORY IN BRASIL AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS THEORY IN ROBERT ALEXY - A THEORETICAL DEBATE ABOUT THE FUNDAMENTAL RIGHTS

Alberto de Moraes Papaléo Paes*

RESUMO

A descrição contemporânea do direito é caracterizada pela sua dificuldade de adoção de um resultado prático amplamente reconhecido, debate que vai ser diluído na Teoria do Direito por seus diversos autores, dentre eles os positivistas clássicos e os chamados pós-positivistas. De forma diversa a Teoria dos Direitos Fundamentais consegue fundamentar-se na Teoria do Direito de Robert Alexy de maneira sincrética. Analisando a Teoria e a Prática brasileira será possível reduzir a Teoria do Direito existente no Brasil de modo a descrever a fundamentalidade dos direitos como uma derivação de um pressuposto axiológico moralizante? Neste artigo serão discutidas as premissas teórico filosóficas que fundamentam tal debate.

Palavras-chave: Fundamentalidade, Teoria do Direito; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

A contemporary description of the law is characterized by its difficulty in adopting a practical result widely recognized, that debate will be diluted in the Theory of Law for its many authors, among them the classic positivist and post-positivist called. Diverse Theory of Fundamental Rights can form founded on the Theory of Law Robert Alexy of syncretic way. Analyzing the Theory and Practice Brazilian will be possible to reduce the existing theory of law in Brazil in order to describe the fundamentality rights as a derivation of a moralizing axiological assumption? This article will discuss the theoretical assumptions that fundamental philosophical debate about.

Keywords: *Fundamentality, Theory of Law, Fundamental Rights.*

1 INTRODUÇÃO

Existem alguns equívocos que se tornam em questões perniciosas em se tratando de Teoria do Direito. Muitas destas questões surgem quando um advogado, juiz, promotor de justiça, ministro de tribunal superior, ou aqueles os quais a doutrina convencionou em

* Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA), Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA), Professor da Universidade da Amazônia (UNAMA) da disciplina Direito Constitucional, Professor da Faculdade de Belém (FABEL) das disciplinas de Direito Constitucional e Hermenêutica Jurídica. Professor Convidado do curso e pós-graduação lato sensu do Instituto Jamil Sales na disciplina de Fundamentos do Direito Constitucional nas Relações de Consumo. Pesquisador vinculado ao Grupo de Estudos de Hermenêutica Constitucional da Universidade da Amazônia (UNAMA) e Advogado sócio do escritório Amin, Dib Taxi & Papaléo Advocacia e Consultoria Jurídica; betomppaes@msn.com

denominar de operadores do direito (ou de juristas); sustentam teses sobre os direitos e sua natureza em face do tempo presente, sobre sua finalidade, os meios necessários para sua garantia. É possível, dessa forma, construir algumas grandes derivações para aplicação prática das teorias conclamadas pela academia. Existem aqueles juristas e operadores do direito que tem dificuldade em aceitar novas teses sobre a natureza e finalidade dos direitos, eles utilizam antigas premissas jurídicas para resolver os casos atuais. Diante de uma situação nova, diriam eles, o essencial seria aplicar a analogia, a jurisprudência, o costume e os princípios gerais do direito como fontes dele próprio (pelo menos em sua versão positiva). Ao mesmo tempo, discutem sobre a discricionariedade do Juiz ao preencher as “lacunas” da lei. Poderiam ser chamados de juristas clássicos, mas na verdade, a melhor descrição seria a de positivistas conservadores.

Não obstante, estão os que se colocam diametralmente opostos aos positivistas conservadores. Discutem eles sobre a natureza do direito com diretrizes que fogem da estrutura clássica do positivismo jurídico empregado no Brasil. Colocam-se contra a prisão metodológica do direito e lutam por uma interpretação jurídica ativa no processo de mutação social. Muito mais ativa do que a moldura Kelseniana e (pelo menos em tese) muito mais democrática do que o processo clássico. Estes juristas, dividindo-se entre duas ou mais subclasses são todos convergentes na idéia de superação do positivismo, portanto se autodenominam pós-positivistas¹. Há, ainda, uma terceira classificação dos juristas de teoria do direito no Brasil, sendo aqueles que representam um ideal modelo de um determinado autor como paradigma para aplicação no Brasil. Eles se apóiam e defendem uma teoria como sendo a correta (ou a mais correta) para resolução dos problemas jurídicos. Alguns fazem isto considerando tanto os benefícios quanto às dificuldades de implementação da tese a qual advogam, portanto buscam um meio conciliatório para aplicação pragmática de sua posição, outros já não conhecem inteiramente a teoria a qual sustentam, mas, mesmo assim, advogam a seu favor. Agindo desta ou daquela forma, é possível chamá-los de juristas de referência exclusiva, ou preponderante.

Uma tal divisão leva a crer que haja um embate entre positivistas clássicos e pós-positivistas, tendo como um meio termo os juristas de referência exclusiva ou preponderante. De fato, esta conclusão é imprecisa se tomada nestes termos. Na medida em que associa-se teoria e prática é possível perceber tal contenda em determinados níveis, em alguns deles há uma aglutinação e sobreposição de finalidades, noutros espectros analisa-se uma predominância pura de uma corrente ou outra. No âmbito de produção e crítica acadêmica há um discurso de superação da ideia dos positivistas clássicos. Prega-se o conhecimento irrestrito

¹ Ressalte, os autores e defensores se autodenominam de “pós-positivistas”, contudo, a adoção desta terminologia implica na pressuposição de o positivismo jurídico clássico esteja superado. Não obstante esta posição alguns estudiosos do tema tem se posicionado pela nomenclatura “neo-positivistas” por denotar uma versão melhorada do positivismo clássico. Adota-se o primeiro termo não por acreditar-se que o positivismo esteja, de fato, totalmente superado e sim, apenas por uma conveniência de opinião. Ou seja, a autoproclamação de independência dos moldes positivos efetuada pelos “pós-positivistas”.

do conhecimento ele próprio. Há uma nova brisa que sopra sobre a propedêutica. O reconhecimento da necessidade de resgate filosófico, hermenêutico e teórico do direito faz com que o discurso geral seja: autoconhecimento do conhecimento jurídico. Ao mesmo tempo, quando os acadêmicos são introduzidos a disciplina geral do direito enquanto ciência jurídica, não há um desprendimento total da visão dos positivistas clássicos, na medida em que eles estudam introdução ao direito com premissas jurídico-positivas.

Conceito de norma jurídica, conceito de direito, análise sobre as fontes do direito, características do direito e suas relações com a moral e outras ciências. Todos estes debates são resenhas de discussões de autores positivistas clássicos atualizadas por autores modernos (em sua grande maioria). O que não se coaduna com o plano hipotético do ideal acadêmico que é pós-positivista cumulado com a atuação de juristas de referência exclusiva ou preponderante. Isto se justifica por conta de um motivo: as exigências mercadológicas sobre o profissional do futuro. Argumentam que premissas clássicas, como argumentação silogística, subsunção da norma jurídica, obediência às formalidades forenses (dentre a mais importante e repetidamente veiculada: o prazo!), a utilização de linguagem e jargões jurídicos, entre uma enorme gama de (quase) dogmas deixaram de ser típicos da atividade forense como prática judiciária e passaram a ser, *lato sensu*, da prática jurídica. Nesta nova prática, os positivistas clássicos quase que dominam os debates jurídicos na medida em que, quando surge uma nova tese sobre os direitos o peso da “segurança jurídica” pende para a segurança teórica na certeza metodológica do positivismo jurídico (o que não está nos autos não existe para o direito).

Bem, tem-se argumentado nesta introdução sobre uma tal ótica do cenário jurídico brasileiro, propugnando por uma necessidade de redimensionamento, uma revisão desta realidade da Teoria do Direito no Brasil. Em que pese os muitos e grandes juristas que precedem este trabalho talvez discordarem desta posição, acredita-se que a natureza dos direitos e sua constante necessidade de revisão perdem parte de sua essência quando não são claras as bases sob as quais se fundam as discussões sobre os direitos. Existem diversas apropriações das teorias estrangeiras e das teorias clássicas que não são capazes de solucionar os problemas jurídicos pátrios porque se apoiam no argumento de necessidade de análise crítica da prática e aplicação acrítica da teoria. O jurista (e neste tem início o sentido ao qual se pretende empregar para o resto da obra) deve ser aquele que antes de se perguntar sobre as implicações da aplicação de determinada teoria sobre os direitos se questiona: eu realmente conheço a teoria a qual pretendo aplicar?

Como numa decorrência lógica a questão que se insurge é: o que é a prática? Como descrevê-la? Como ser capaz de mudá-la? Reconhecer a importância destes questionamentos constitui o primeiro passo para reconstrução do cenário jurídico brasileiro. Uma boa descrição da realidade jurídica contemporânea talvez possa ser resumida no termo “polissemia”. Sem a necessidade de recorrer a etimologia da palavra, por si, algo que é “polissêmi-

co” é algo que possui diversos significados. Um exemplo recorrente é o termo “vela”. Para delimitar a extensão do sentido que pretendemos é necessário o contexto, vela do barco, vela de cera, enquanto substantivos. Já como verbo, velar, ele vela, o corpo, a possibilidade. Aplicando-se tal lógica ao termo/expressão “direito”, novamente torna-se possível chegar à ideia dos manuais de introdução que ao descreverem a etimologia da palavra direito argumentam sobre direito científico, direito subjetivo ou direito como ação (ter direitos). Bem, não é puramente neste contexto que pretende-se alocar a polissemia do direito enquanto pressuposição para construção do objetivo principal da pesquisa.

Tomem-se por base as três acepções da palavra direito mencionadas acima. Descrever o direito como ciência, a compreensão de norma jurídica, enunciados jurídicos, e etc., faz com que seja possível fundamentar o sentido de direito subjetivo. Na medida em que tais direitos subjetivos são garantidos a partir da criação das estruturas jurídicas do Estado, clarificam-se as bases da noção do que é “ter direitos”. Em suma, na experiência jurídica as análises clássicas sobre etimologia e acepções da palavra direito devem ser observadas não por suas idiosincrasias, mas sim pelo seu aspecto dialético complementar. O que leva a discussão sobre o conceito de direito a partir da experiência dele próprio. Ao fazer isto chega-se à ideia de polissemia pretendida. Garantem-se diversos direitos sobre determinadas perspectivas ainda que a maioria concorde sobre seu caráter conflitante. A exemplo: as interpretações de pós-positivistas (extremados) sobre a teoria da igualdade e a justiça distributiva, a questão do ativismo judicial, a divisão dos poderes, norma jurídica, regras e princípios.

Os diversos significados que pretendem ser abordados versam justamente sobre tal conjugação entre premissa teórica e aplicação prática. Após a fixação da premissa teórica observamos dois momentos distintos: a) eleição do tema para discussão, debate e pesquisa; e, b) aplicação da teoria pesquisada a partir da experimentação. A ideia polissêmica está dentro da letra “b”, porque: i) quando o pesquisador aplica a teoria pode atribuir maior valor a ela própria e menor valor à prática, e vice e versa; ii) quando o resultado da aplicação prática não encontra aceção da comunidade científica a pesquisa se torna uma preconcepção latente na *persona* do pesquisador, dificultando o processo dialético cognitivo; iii) quando o resultado da aplicação prática encontra aceção da comunidade científica ele próprio passa a constituir paradigma digno de crítica e apreciação mesmo que os interlocutores não tenham compreendido cem por cento sua tese. Estas diversas consequências causam uma pluralidade de significados para o “direito” (enquanto fenômeno).

O reconhecimento deste ponto de partida é necessário porque no presente trabalho a proposta metodológica envolve uma discussão, não somente sobre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, como também sobre a absorção da ideia/noção de Direitos Fundamentais pela pragmática jurídica nacional. Deveras, um trabalho que tem a pretensão de ser bastante frutífero, mas que para um resultado melhor qualificado requer um corte epistêmico sobre a proposta. Bem, a discussão sobre os direitos fundamentais no Brasil, é in-

serida tanto na ótica polissêmica quanto na questão sobre a natureza dos direitos. Diversos autores discordam sobre os Direitos Fundamentais e sua essência, sem, contudo, resolver satisfatoriamente os problemas concernentes à aplicação destes direitos. Notoriamente há uma relação, no mínimo controversa, sobre a adoção da tese dos Direitos Fundamentais e, cumulativamente, por exemplo, da tese substancialista na apreciação dos direitos. Podemos deixar isso bem claro ao analisar a ADI 3510 no contexto brasileiro.

Quando se analisa o art. 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), é possível perceber a regulamentação sobre a pesquisa em células tronco de embriões que atenderem aos critérios estabelecidos nos enunciados normativos ali expostos². Muitos argumentaram (e ainda argumentam) que o conteúdo destes enunciados seria inconstitucional porque supostamente violam a norma que confere a todos o direito à vida (baseados em uma suposta ingerência divina sobre o homem). Ao fazer isto estariam eles sustentando a tese de que existem direitos cuja materialidade se difere de regulamentações constitucionais periféricas, à título de exemplificação, o §1º do art. 18º da Constituição (Brasília é a capital do Brasil). Possuem tais direitos uma importância *sui generis* para construção do Estado Democrático de Direito, porque são eles contribuições históricas de gerações passadas, ou porque são revestidas das características de inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade e ao mesmo tempo relatividade. Bem, ao decidir a questão incipiente o que se discutiu na verdade pode ser dividido em dois argumentos principais: a) a extensão do direito à vida, e; b) quando a vida inicia.

Acometendo o problema a partir do primeiro argumento, seria possível trabalhar a questão da ponderação dos Direitos Fundamentais. Aqui estaríamos diante de uma discussão sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, formalizada, e com método científico próprio. Contudo, o segundo argumento, considerado como subsidiário se torna necessário para responder ao primeiro. O que cinge a questão de mérito sobre as duas teorias acima, causando uma confusão teórica. Enquanto que alguns sustentam a premissa de que os Direitos Fundamentais possuem características determinadas e, por isso, são revestidos de fundamentalidade; outros acreditam que a essência da proteção ao Direito à Vida, por exemplo, encontra-se dormente em valores que irradiam sobre a concepção jurídica dos direitos (como um todo). Daí a dúvida que fundamenta esta pesquisa: Será que a ideia de fundamentalidade pressupõe uma axiologia moralizante do direito? Deve, então, a pesquisa ater-se, neste momento, na explicação da estrutura formal optada para este trabalho. Dividindo-o em três

² Neste sentido, para esclarecimento: “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

sessões/partes, trabalhar-se-ão três pontos: a) um com o enfoque doutrinário para delimitação das premissas teóricas que serão adotadas; b) um prático com a análise jurisprudencial sobre o caso que pretende-se por em discussão (o direito fundamental a intimidade e a vida privada de figuras públicas) e; c) um último texto para apresentação de conclusões sobre o resultado final da pesquisa.

Na primeira parte/sessão, foram divididos os tópicos para uma análise teórica sobre os autores referências e foi reservada para a conclusão a execução de uma situação hipótese que introduzirá à pesquisa jurisprudencial da sessão seguinte. No que tange às referências, foi intitulado (preliminarmente) o tópico como sendo uma análise sobre os debates pós-positivistas no Brasil. A intenção não é revisitar Hans Kelsen em sua, célebre Teoria Pura do Direito (ou na Teoria do Direito e do Estado), pois como foi dito alguns dos debates dos positivistas clássicos já foram superados, na medida em que não existem controvérsias, por exemplo, sobre as fontes do direito, ou a relação hierárquica e escalonada das normas jurídicas. A intenção é demonstrar como que os pós-positivistas refletem sobre a estrutura do direito. Neste tópico, foram eleitos dois debates que devem ser subsidiados com bibliografia complementar para compreensão e contextualização sobre o objeto trabalho. Eles, immanentemente, discutem Teoria do Direito e o fazem com uma clareza e profundidade que impressionam.

Pela ordem, procurou-se indicar algumas das idiossincrasias do positivismo clássico e a ruptura pretendida pelo pós-positivismo no texto de Herbert Hart conhecido como “Visita à Kelsen”, claro que correlacionando-o com sua obra mais famosa “O Conceito de Direito”. A intenção é demonstrar como Hans Kelsen trabalha o sentido das normas e sua interpretação, bem como a crítica que Herbert Hart faz no que tange ao que denomina de regras jurídicas, o que, outrossim, fundamenta sua teoria sobre o conceito de direito. Num segundo momento procurou-se acometer o debate travado entre Ronald Dworkin e Herbert Hart quando aquele escreve seu “Modelo de Regras” criticando a estrutura do direito a partir de regras jurídicas. Aqui é possível conseguir uma descrição contemporânea e bastante rica do quadro geral do direito pela sistematização das grandes teorias clássicas e contemporâneas.

Num segundo momento, o objetivo, então, passará a discutir a Teoria dos Direitos Fundamentais, proposta por Robert Alexy e sua abertura estrutural para absorção da discussão sobre o reflexo da axiologia moralizante nos Direitos Fundamentais. Daí, então, passar-se-á para preocupação com a absorção desta possibilidade pelo ordenamento jurídico e pela teoria brasileira. Por conta disto achou-se conveniente analisar um caso genérico que possui implicações especializadas na medida em que se torna possível melhor contextualizá-lo na conclusão. Trata-se do Direito à Vida Privada das figuras públicas. Onde começa a vida privada e a vida pública daquelas pessoas que são notoriamente conhecidas por sua atividade profissional, ou, pela natureza de seu trabalho? Utilizar o pressuposto da

axiologia moralizante confere uma análise mais, ou, menos discricionária? Como é possível conferir um critério para discutir a fundamentalidade dos direitos?

2 UMA ANÁLISE SOBRE OS DEBATES PÓS-POSITIVISTAS NO BRASIL.

A visão da existência de uma constituição, por si só, já indica a coexistência de uma pluralidade de normas jurídicas. Vencido o debate, a exemplo, travado por Bobbio sobre o ordenamento jurídico composto por somente uma norma jurídica, a pluralidade é um requisito ontológico do ordenamento ele próprio. Tal fato remete a questão da Unidade e Coerência do Ordenamento Jurídico daí que as normas devem obedecer ao critério de validade num plano lógico-jurídico e jurídico-positivo (BOBBIO, 1995, pág. 20-31).

Em que pese as diversas teorias e discussões sobre a ciência jurídica neste plano positivo é a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen quem vai sedimentar as bases da discussão teórica sobre a natureza da ciência jurídica e fixar as raízes da tradição moderna sob as bases do direito. Dentre algumas das premissas, anota-se o estado de pureza metodológica, a concepção dos planos estático e dinâmico da ciência jurídica, a concepção do plano de validação da norma jurídica e a interpretação do direito no modelo jurídico-positivo (KELSEN, 2006). Estas lições tornam-se paradigmas para o estudo do direito positivo no mundo, cabendo aos juristas procederem diversas críticas sobre a descrição efetuada por Kelsen e, em sua maioria, as críticas se voltam contra a visão dogmática “fechada” impregnada (muito por conta) do método “puro” utilizado. Um destes críticos é Herbert Hart que será analisado, preliminarmente, por sua “visita à Kelsen”.

A proposição inicial parte da premissa de que os enunciados prescritivos pelas autoridades jurídicas através da aplicação dos enunciados normativos não podem ser confundidas com as normas jurídicas que representam o direito, como no sentido de “ter o direito à vida”, por exemplo (HART, 1983, pág. 154-5). Tal diferenciação justifica a aplicação de regras num sentido descritivo e de normas num sentido prescritivo, sendo possível a leitura de que o precedente fixado no caso *Hustler Magazine, Inc vs Jerry Falwell*³, existe a regra de que figuras públicas não têm o direito de recorrer ao *emotional distress* quando o comentário ou ato tiver cunho artístico ou humorístico e a concepção do público sobre a personalidade da pessoa em questão se mantiver inalterada. De outra sorte, as normas jurídicas estão inscritas na fundamentação utilizada no caso concreto, ou seja, na defesa dos direitos da primeira e da décima quarta emenda da Constituição Americana.

Uma tal ótica se complementa com a noção Kelseniana de que o direito pode ser indeterminado de maneira intencional e de maneira não intencional (KELSEN, 2006, pág. 388-9). O que abre uma janela discricionária para que o Juiz possa decidir desde que dentro

³ Para um breve conhecimento sobre o caso ver: <http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/hustler.html>

dos limites fixados na moldura da norma jurídica (KELSEN, 2006, pág. 390), daí o seu caráter prescritivo. Não reconhecendo um método próprio, ou adequado, para interpretação do direito o ato por si é descrito como uma operação mental que vai do escalão inferior para o escalão superior, em última análise para um plano de validação constitucional (KELSEN, 2006, pág. 387). Basta analisar, por exemplo, o art. 157, §3º do Código Penal que preceitua constituir crime a ação de “subtração de coisa alheia móvel com emprego de força ou grave ameaça seguida de resultado morte”. De maneira intencional o enunciado da norma estabelece uma prescrição jurídica de um “ser” que corresponde a um “dever ser” e, ao mesmo tempo, uma prescrição aberta quando enuncia “pena de vinte a trinta anos”. Mas, e se o infrator, durante a realização da conduta, não consegue subtrair a coisa alheia móvel? O crime deixa de ser apenado como um latrocínio e passa a ser um homicídio? Para que a regra seja expressa o Juiz deve analisar o ordenamento jurídico como um todo obtemperando sobre o caso concreto e estabelecer a regra de que mesmo que o agente do crime não consiga subtrair a coisa alheia móvel, consumado o homicídio, há crime de latrocínio (Súmula 610 do STF⁴). Esta é a premissa que interessa ao trabalho uma vez que denota a convalidação genérica que se atribui aos atos e fatos da experiência jurídica brasileira.

Em se tratando de uma crítica contemporânea a tal teoria do direito, é Dworkin quem consegue abalar a estrutura do positivismo jurídico descrito por Hart. O desenho do “esqueleto” do positivismo é traçado com base nas seguintes premissas: a) a lei de uma comunidade consiste em um conjunto especial de regras usadas direta ou indiretamente. Tem elas a finalidade de determinar qual comportamento deve ser punido ou coagido pelo Poder Público, havendo, ainda, um critério de diferenciação (testes) do seu “pedigree”, o que difere regras válidas de regras espúrias ou outras regras sociais (de cunho moral). Continua Dworkin asseverando que: b) este conjunto de regras (legais) válidas compreende de forma exaustiva a “lei”, de modo que, se uma situação levada à juízo não se adéqua devidamente à regra não é possível dizer que na decisão “aplicar-se-á a lei”. A situação será decidida através da aplicação discricionária do ente público competente que deverá buscar além da lei o *standart* que irá ajudá-lo na confecção da nova regra e preenchimento da antiga; c) dizer que alguém tenha uma obrigação legal é admitir que neste caso existe uma regra legal válida que ordene que se tome determinada conduta, ou, que esta conduta não seja proibida. Na ausência de uma regra válida não existe obrigação legal, o que se conclui que o Juiz ao utilizar a discricionariedade não toma o direito como expressão de legalidade no problema tratado.

Dworkin assevera pontos positivos na teoria de Hart, que completam, ou até se sobressaem, em contraposição ao positivismo jurídico de Austin⁵. Diz ele que a teoria do con-

⁴ *Ipsi literis* “Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não se realize o agente a subtração de bens da vítima”. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0610.htm Acesso em: 10 dez. 2013

⁵ Este ao qual Hart (2012) imputa as origens da tradição analítica de Kelsen (HART, 1983, pág. 155-6), e ao qual dedica uma extensa e profícua crítica nos capítulos introdutórios do Conceito de Direito (HART, 2012).

ceito de lei de Hart é mais complexa do que a de Austin por dois motivos. O primeiro deles é porque Hart reconhece, diferentemente de Austin, que a regra possui diferentes tipos lógicos; pelo que as divide em regras primárias (ou de primeira categoria) e regras secundárias (ou de segunda categoria). Em um segundo momento, ele rejeita a concepção de Austin de que a regra é um tipo de comando e a substitui por uma elaboração geral e analítica do que, de fato, a regra é. Na obra de Hart ele afirma que

As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, estinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações. (HART, 2012, pág. 105-6).

O Jurista Americano faz, ainda, uma releitura da proposição de Hart, saindo da questão principal do Conceito de Direito pretendido, e voltando-se para uma questão mais pragmática. A pretensão central é a justificativa do direito a partir de uma visão jurisprudencial. Por isso é que ele descreve a separação de Hart asseverando

Hart's distinction between primary and secondary rules is of great importance. Primary rules are those that grant rights or impose obligations upon members of the community. The rules of the criminal law that forbid us to rob, murder or drive too fast are good examples of primary rules. Secondary rules are those that stipulates how, and by whom, such primary rules may be formed, recognized, modified or extinguished. The rules that stipulates how Congress is composed, and how it enacts legislation, are examples of secondary rules. Rules about forming contracts and executing wills are also secondary rules because they stipulates how very particular rules governing particular legal obligations come into existence and are changed (DWORKIN, 1978, pág. 19).

Por outro lado, se a regra trata de uma conduta exigível, necessário se faz que sobre ela haja um poder que vincule a ação do cidadão com a pretensão do comando normativo. Hart justifica esta força coerciva num padrão fora da força física, argumentando que através da prática e da aceitação à condutas de determinado grupo nascem os *standarts* que são aplicados na conduta e a regra se aproveita disso. Todavia, não é toda conduta aceita pela sociedade que é tomada como regra, somente aquelas que são reconhecidas por todos (usuários ou não) como tal, um exemplo utilizado é o do costume de frequentar ao cinema nos domingos; aqueles que não frequentam não estão desobedecendo nenhuma regra, primeiro porque quem vai aos domingos não diz o contrário, segundo porque quem não vai aos domingos reconhece que não comete nenhum erro. Já se os frequentadores dos cinemas deixarem

de pagar o ingresso para utilizar dos serviços do fornecedor, a sociedade, como um todo discrimina a conduta transformando em regra o pagamento para prestação do serviço.

Outra justificativa fornecida por Hart diz respeito à validade proveniente da regra secundária. Diz ele que uma regra pode ser considerada vinculante quando editada em conformidade com alguma regra de segunda categoria. Por exemplo, a constituição diz que é livre o exercício de quaisquer profissões excetuadas as hipóteses contidas na lei; uma norma de eficácia contida. Caso seja votada uma lei que complemente o texto constitucional, a regra contida em sua essência será vinculante à conduta dos cidadãos, justamente pelo plano de validação de sua eficácia. Caso a essência desta regra seja contrária ao estipulado na regra de segunda categoria (neste exemplo: a Constituição), considera-se a regra dela proveniente como inválida (ou inconstitucional). Daí surgem dois problemas enumerados por Dworkin: a) neste plano de validação é praticamente impossível justificar a validade da norma de categoria máxima, porque não existe nada acima dela que a crie; b) quem adota a posição de Hart, encontra dificuldade em conciliar a aplicação do direito nos casos difíceis que demandam uma aplicação hermenêutica criativa, não puramente técnica.

Dworkin critica justamente diferenciando a regra dos princípios e das *policies* (traduzidas como políticas ou programas). Enquanto as políticas ou programas estabelecem um objetivo econômico, político ou social os princípios são requisitos de justiça e equidade, constituem uma nova dimensão de moralidade⁶. De toda forma, não se trata de uma discussão que venha a trazer grande contribuição para a discussão na Teoria do Direito, por isso que Dworkin aponta como ponto crítico a distinção entre regras e princípios argumentando que

“The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to a particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”. (DWORKIN, 1978, pág. 24).

Com isto expõe sua visão de que as regras são aplicadas em um sistema de “tudo ou nada” (*all or nothing*) observando que a decisão jurisprudencial apenas atinge a questão de validade e eficácia da regra aplicada ao caso concreto; ou ela é válida, portanto aplicável, ou ela não é válida sendo inaplicável. O exemplo utilizado por Dworkin é o do rebatedor de *baseball* que é eliminado com três *strikes*, constituindo a regra do jogo, mas lembrando das exceções (de que o rebatedor pode ser eliminado por mais de três *strikes* se o apanhador deixar a bola cair). A regra segue uma lógica cartesiana, retilínea, enquanto que o princípio possui diferentes dimensões de aplicabilidade, reconhecimento e autoprodução; possuem um peso relativo ao valor que eles representam, devendo ser ponderados quando existir

⁶ “I call a ‘policy’ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political or social feature of the community (...) I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.” (DWORKIN, 1978, pág. 22).

conflito entre eles. A regra não possui esta dimensão axiológica, portanto quando entra em conflito com outra regra, a resolução tende para a análise do plano lógico jurídico (validade); já no que tange ao princípio o Juiz deve buscar algo além da regra.

Ao exercer o juízo ponderativo no conflito principiológico, o interprete age com discricionariedade (*discretion*), esta vista num sentido restritivo devido a noção de que deve-se reportar a uma escolha feita pelos instrumentos que regem a atuação do agente; neste sentido Dworkin fala “*discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by surrounding belt of restriction*” (DWORKIN, 1978, pág. 31); atentando-se para o fato de que tal restrição pode ser observada tanto no contato interno como no periférico. Outrossim, existe uma atividade criativa na discricionariedade do Juiz, quando cria uma nova regra para o futuro, a aplicação de princípios para resolução de casos difíceis, afirmando que

“This theory holds that a legal obligation exists when (and only when) an established rule of law imposes such an obligation. It follows from this that in a hard case – when no such established rule can be found – there is no legal obligation until the judge creates a new rule for the future. The judge may apply that new rule to the parties in the case, but this is ex post facto legislation, not the enforcement of an existing obligation” (DWORKIN, 1978, pág. 44).

A compreensão de Dworkin, para este quesito dentro da teoria do direito, parece similar a de Alexy para teoria dos direitos fundamentais em diversos pontos. Contudo, o primeiro adota como pano de fundo uma questão basilar que diz respeito a natureza dos direitos e dos princípios jurídicos. Apesar de ambos defenderem uma tese de diferença de grau entre regras e princípios, para Dworkin a descrição sobre a essência do direito reside na sua capacidade de absorção dos valores morais da sociedade e a resolução de questões difíceis a partir da fixação desses valores. Materializa-se, dessa forma, a crítica ao trabalho de Hart, e se obtém uma possibilidade de discussão moral sobre a natureza dos direitos. Ao contrário, Alexy utiliza-se, em diversos momentos, da filosofia analítica para exarar um discurso não meramente de conteúdo (substancial), mas sim procedimental. Nesta esteira é que torna-se possível discutir uma teoria dos direitos fundamentais e, percebe-se, colocando-a na contramão do *softpositivism* em Hart e Dworkin porque fundamentado na filosofia analítica é capaz de reler os seus autores referência de forma a possibilitar a abertura metódica de sua pesquisa para absorção das mudanças sociais.

3 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - ROBERT ALEXY.

Voltando-se, dessa forma, para a tese de existência de Direitos Fundamentais num determinado ordenamento jurídico pretende-se, a partir de agora, pontuar algumas considerações sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, em sua parte geral, desenvolvida por Alexy. Seguindo uma corrente, preponderantemente, analítica do direito ele defende que sua descrição perpassa pela análise preliminar sobre a norma jurídica; como um pontapé

inicial que irradia sobre a discussão das normas de direito fundamental. De maneira bem compacta, norma pode ser descrita como uma questão semântica. O enunciado semântico que diz “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” indica um enunciado normativo que aponta para a existência de uma norma segundo a qual “é proibido ao cidadão agir em contrário com a lei”; ao mesmo tempo em uma segunda norma que indica “é permitido ao cidadão agir no silêncio da lei”. Alexy pontua que ainda é necessário um refinamento deste tirocínio para que tais enunciados possam ser descritos como normas jurídicas, daí o recurso a questão do enunciado deontico como aquele capaz de englobar algumas expressões como “permitido, proibido e devem (...) tem direito à (...)” (ALEXY, 2008, pág. 56). Conclui ele que

“Sempre que esses enunciados expressarem normas, será possível transformá-los em um enunciado deontico que expresse a mesma norma. Nem todo enunciado normativo é um enunciado deontico, mas todo enunciado normativo pode ser transformado em um enunciado deontico. Isso tem uma importância que não deve ser subestimada, pois é possível construir formas padrão para enunciados deonticos que permitam identificar a estrutura das normas que elas expressam. As formas padrão dos enunciados deonticos são o último estágio antes da apresentação da estrutura lógica das normas por meio de uma linguagem baseada em fórmulas” (ALEXY, 2008, pág. 57).

Ao fazê-lo, então, desloca o debate para a natureza da validade da norma anotando existirem critérios sociais, jurídicos e éticos. Contudo, adverte ser “necessário salientar o fato de que o conceito semântico de norma não pressupõe nem exclui nenhuma dessas teorias” (ALEXY, 2008, pág. 62). A questão, então, se transfere para as normas de direitos fundamentais. Como estabelecer um critério para dizer quais normas representam um direito fundamental? Este critério de validade é controverso⁷. Alocando-se tal argumentação para a Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais, Alexy leciona que uma tal questão poderia ser abordada de forma concreta ou abstrata, considerando que na segunda forma seria possível se questionar quais critérios podem ser utilizados para descrever uma norma como fundamental; enquanto que na primeira forma “se questiona que normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direitos fundamentais, e quais não” (ALEXY, 2008, pág. 65). O que importa, para Teoria dos Direitos Fundamentais é a segunda proposta.

Ora, desta forma, torna-se possível discutir os critérios utilizados pela Constituição para elencar as disposições de direitos fundamentais como uma norma fundamental (portanto de natureza constitucional). Existem, pelo menos, três critérios capazes de responder à indagação sobre “por que uma tal disposição de direitos fundamentais é uma norma de

⁷ É controverso porque se se adotar Dworkin é possível chegar numa corrente de justificativa axiológica e se se adotar Alexy é possível chegar numa corrente normativo-estruturante.

direito fundamental?"; são eles critérios formais, materiais/substanciais e estruturantes⁸. Após analisar algumas destas justificativas Alexy chega a seguinte conclusão

“Levando-se em consideração que, no âmbito dos conceitos aqui desenvolvidos, inúmeras diferenciações são possíveis, então é possível afirmar que essas definições têm quatro vantagens: (1) elas se apoiam da forma mais estreita possível na Constituição alemã; (2) sem que, com isso, excluam considerações de caráter mais geral; (3) por meio delas não escolhem de antemão teses substanciais e estruturais; e (4) elas abrangem, em grande medida, as disposições às quais se costuma atribuir, no debate sobre o tema, um caráter de direito fundamental”. (ALEXY, 2008, pág. 69).

Desta feita, retoma-se à questão semântica dos direitos fundamentais para discussão da “abertura” das normas de direito fundamental. Uma norma pode ser semanticamente aberta se a indeterminação dos termos contidos na disposição de direitos fundamentais comportar diversas interpretações; fato este que faz com que o Judiciário crie uma regra semântica quando delimita a extensão do sentido daquele determinado termo. Já a abertura estrutural confere a liberdade residual dos órgãos estatais para delimitar a extensão e o sentido dos termos indeterminados de maneira a aplicar o direito dentro dos limites discricionários permitidos pela norma (ALEXY, 2008, pág. 70-1). Ora, percebe-se, neste momento uma influência do raciocínio analítico trabalhado anteriormente no debate entre Hart e Kelsen, no qual é possível delinear a ideia de que normas possuem um caráter prescritivo enquanto regras possuem um caráter descritivo. Não resolvem eles (até porque não é seu objetivo) a questão de se essas regras expressam enunciados de direitos fundamentais; pergunta respondida por Alexy na forma do que denomina de relação de refinamento.

Das disposições de direitos fundamentais contidas nas constituições, contudo, é possível interpretar diversas normas, a exemplo da disposição que confere a todos os brasileiros a inviolabilidade do direito à vida, podem se seguir as seguintes normas (porque enunciados deônticos): N_1) é proibido aos brasileiros atentarem contra a vida de outrem; N_2) é dever do Estado a garantia da vida dos brasileiros; N_3) é permitido aos brasileiros que vivam e este direito é inviolável. Adotando-se uma ou outra, elas coexistem dentro da disposição de direito fundamental contida na Constituição brasileira. Entretanto, num determinado caso concreto, a questão pode merecer um refinamento maior quando este direito é posto sob determinadas condições. Desse modo, elaborando pesquisa em seres vivos (C_1), tanto N_1 , quanto N_2 e N_3 estariam prejudicados. Daí que o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da ADI 3510, refina a questão semântica incidente sobre o início da vida criando uma nova regra (R_1) que pode ser expressa no enunciado “o direito a vida se

⁸ Sobre tais critérios Alexy (2008) chega a criticar as concepções substanciais/estruturantes de (ou, a quem confere à) Carl Schmitt e aloca sua crítica na concepção sobre Teoria do Estado como um problema em se discutir a natureza dos direitos fundamentais; num segundo momento anota ele que a utilização do critério formal discussão leva a discussão de disposições constitucionais periféricas, o que coincide com a concepção de extensão da fundamentalidade dos direitos na Constituição de 1988 para fora do reconhecido “Bloco de Constitucionalidade” (ALEXY, 2008, pág. 67-8).

inicia com a formação do cérebro”. Sob outras condições (C_2) uma nova regra pode nascer, podendo ser resumida no enunciado “não viola o direito à vida aquele que realiza aborto do feto anencefálico”; questão resolvida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54.

Isto confere uma maior importância para argumentação jurídica na delimitação dos direitos fundamentais (ainda que se parta de uma teoria estruturante, como por exemplo em Friedrich Müller). Decerto, o argumento das normas atribuídas ainda deve ser completado com a concepção incontroversa nas teorias de Dworkin (1978) e Alexy (2008) de que as normas jurídicas são compostas de regras e princípios. Para Alexy (2008) esta divisão não é só de grau como também qualitativa. Em que pese existirem diversas justificações entre a diferença de regras e princípios (dentre elas a de generalidade, a de justificativa axiológica, de semelhança de família, ou de deveres e direitos *prima facie*) observando o conflito entre regras e a colisão entre princípios tais diferenças podem ser melhor identificadas. A primeira delas consiste no fato de os princípios constituem mandamentos de otimização do sistema jurídico, ou seja, “constituem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes” (ALEXY, 2008, pág. 90).

De modo diverso, inclusive conflitante com a tese de aplicação no *all or nothing*, o conflito entre as regras somente seria possível no caso de estabelecimento de: a) uma regra de exceção ou; b) a invalidação de uma das regras. Isto poderia ser exemplificado através da análise do enunciado “é proibida a disposição do próprio corpo quando importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes” (R_1) em conflito com o enunciado de que “para salvar a vida de outras pessoas é possível realizar um transplante de órgãos” (R_2). Neste caso, poderia o legislador, ou estabelecer uma regra de exceção (E_1), ou invalidar uma das duas regras. No segundo caso, o ordenamento poderia excluir R_1 e aplicar apenas R_2 (e vice versa), mas a questão apenas seria uma discussão de validade entre regras jurídicas. De outra sorte, no primeiro caso, o conflito $R_1 + R_2$ resultaria na necessidade de estabelecimento de uma regra de exceção E_1 que poderia ser resumida no enunciado “para fins de transplantes é permitida disposição do próprio corpo desde que não importe em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Já os princípios devem obedecer a uma lei de colisões, porque não são discutidos em sua validade nem se pode estabelecer uma exceção em sua aplicação. Alexy, dessa forma, somente trabalha na dimensão de peso dos princípios consegue dividir a discussão sobre sua natureza na descoberta de uma norma deontológica (regra e princípio) ou de uma norma ontológica⁹ (regra de valoração e critério de valoração – “valor”) e critica a segunda posição por acreditar não ser possível ponderar, por exemplo, o bom ou o mau (ALEXY, 2008,

⁹ Que possui uma natureza axiológica, portanto.

pág. 151). Abordando a lei de colisões, então, é possível explicar que os princípios jurídicos não se anulam. São aplicados em sua máxima eficácia e em determinadas condições podem ter um peso maior ou não de acordo com as relações de precedência determinadas ou indeterminadas, atribuindo-se, somente aqui, a dimensão de peso de um princípio no caso concreto. A expressão utilizada por Alexy (2008) é a de que o princípio P_1 , nas condições C , prevalece sobre o princípio P_2 , estabelecendo que $(P_1 \succ P_2) \text{ C}$; como a redução do que considera ser a lei de colisões. É de bem ver que tais justificativas, postas desta forma podem ser colocadas de maneira antagônica com a concepção da Teoria do Direito de Ronald Dworkin até aqui estudada.

4 CONCLUSÃO

O problema colocado pode ser melhor abordado sob a perspectiva do direito fundamental à liberdade dentre os quais estão inseridos a vida privada e à intimidade. Por constituírem base do Estado Democrático de Direito, a tradição brasileira tem lhes conferido uma salutar importância. E eles tornam-se tão grande que inclusive podem ser postos em rota de colisão quando se questiona acerca da intimidade e da vida privada das pessoas públicas. Será possível delimitar a extensão desses direitos somente através das normas deontológicas? Ou será necessária a intervenção da norma ontológica (axiológica)?

Dependendo da adoção de um critério ou outro, estar-se-á de frente de uma teoria do direito substancialista ou de uma teoria do direito procedimentalista. Ao se fazer isto é possível chegar-se a duas respostas para a discussão sobre a axiologia moralizante da fundamentalidade dos direitos. Enquanto que para a tese substancialista discutir a valoração da garantia de intimidade e vida privada é fundamental para tese de direitos expressos como princípios de maior generalidade, abstratividade e qualitativamente diferenciados das regras; para a tese procedimentalista isto torna-se uma questão irrelevante. Esta é uma conclusão que pode ser tomada a partir da análise referencial feita no presente estudo e constitui uma questão de ordem, tanto para a defesa dos Direitos Fundamentais quanto para a Teoria dos Direitos. Não que é que a aplicação da teoria substancialista exclua a questão da fundamentalidade, apenas demonstra-se que a justificativa dos direitos fundamentais por Alexy exclui e se contrapõe à tese substancial.

Há de se observar, contudo, quais posições o Supremo Tribunal Federal tem tomado na resolução de casos envolvendo tais direitos. Portanto, fazendo com que este trabalho necessite de uma complementação prática através do estudo da jurisprudência do referido Tribunal. Este segundo momento da pesquisa teria por escopo demonstrar a opção teórico/filosófica dentro das decisões para somente então resolver se a práxis brasileira pode ser reduzida a uma Teoria do Direito com premissas metodológicas próprias ou não. Dessa forma, as conclusões ainda podem se tornar provisórias. O que é certo, todavia, é que há um

risco latente na Teoria do Direito brasileira, caso parem dúvidas sobre sua natureza: o de ela se tornar auto referencial e ao mesmo tempo incompatível consigo mesma. Esta pesquisa continuará em outros dois trabalhos conforme explanado na introdução; na segunda parte far-se-ão estudos jurisprudenciais sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo – SP. 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Apresentação Técio Sampaio Ferraz Júnior; Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica Cláudio de Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª Ed. 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. 9ª reimpressão. Edições Almedina. Coimbra – Portugal. 2003

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 1978.

HART, Herbert. *O Conceito do Direito*. Ed. Pós-escrito e organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão de tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Luiz Vergílio Dalla-Rosa. Ed. Martins Fontes. São Paulo – SP. 2012.

_____. *Kelsen Visited: Essays on Jurisprudence and Philosophy*. Tradução Leonel Cesarino Pessôa. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*; n. 64. São Paulo. Jan/Abril. 2005.

KELSEN, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. Martins Fontes. São Paulo – SP. 2006.