

4 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1. Teorias sobre a Interpretação

O objetivo deste capítulo é fornecer o aporte teórico de diversos autores sobre interpretação de um texto normativo, especialmente, constitucional. Esse suporte será essencial para a posterior discussão das possíveis interpretações do ordenamento jurídico brasileiro no estudo de caso da permissão de antecipação do parto na ocorrência de anencefalia fetal. Quando então serão analisados os argumentos utilizados para defender ou proibir tal hipótese, levantando as técnicas argumentativas principais de ambos os entendimentos.

Quatro questionamentos são essenciais quando o assunto é interpretação: O que é interpretar, por que interpretar, como interpretar e quais as dificuldades do ato interpretativo. As respostas a essas perguntas variam conforme a época e a metodologia de cada autor.

4.1.1. O que é interpretar?

O ato de interpretar significa fornecer significação às palavras, é primeiramente a análise semântica de um texto. Por tal razão a semiótica⁷⁵ é vital para a interpretação⁷⁶. A norma legal, como todo texto escrito, necessita da

⁷⁵ A semiótica - disciplina que estuda os elementos representativos no processo de comunicação - pode ser dividida em três partes: sintaxe, semântica e pragmática. De modo geral, é possível afirmar que a sintaxe estuda os signos de forma pura, independente de seu significado, em outras palavras, preocupa-se com a construção tecnicamente corrente das frases em determinado idioma. Na semântica, a análise debruça-se sobre os signos em sua relação com os objetos por eles designados, isto é, sobre o problema dos significados. Por fim, a pragmática cuida da relação entre os signos e as pessoas que os usam, ou seja, o contexto em que os termos são empregados. GUIBOURG, R., GHIGLIANI, A., GUARINONI, R. *Lenguaje*, 2000, p. 33.

⁷⁶ Willis Santiago Guerra Filho ressalta a importância desses conhecimentos no campo do Direito. Cita-se: "O aspecto sintático do conhecimento é tradicionalmente trabalhado no âmbito da lógica formal. (...) As funções semântica e pragmática, por sua vez, corresponderiam ao campo da lógica material, que gira em torno de objetos mundanais, cujo principal, para o Direito, é a Justiça." GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*, 2001, p.104.

interpretação que pode ser considerada como meio termo entre as previsões legais e a solução do caso concreto.

A interpretação no entender de Ricardo Guastini pode significar tanto a atividade como o resultado desta atividade. A interpretação de um texto atribui sentido ou significado a um determinado fragmento da linguagem.⁷⁷

Carlos Maximiliano, em sua obra recentemente reeditada sobre *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, diferencia os termos *Hermenêutica*⁷⁸ - entendida como teoria científica da arte de interpretar cujo objeto de estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões do Direito - e *Interpretação*, tida como concretização da primeira.

A interpretação, no entender de Margarida Camargo, deve ser vista como ação mediadora que busca compreender o real significado do que foi escrito por outra pessoa. O ato de concretização depende dessa prévia interpretação da norma e do fato resultando em uma determinada decisão concreta.

O termo *Hermenêutica* é adotado por Ivo Dantas como ato de interpretar, como um conjunto de princípio que devem servir como orientação e regulação para a interpretação das normas jurídicas. Já o termo interpretar é definido como o descobrimento do sentido real da norma e seu conteúdo ôntico.⁷⁹

Umberto Eco demonstra sua preocupação com a questão dos limites da interpretação. Um texto em si já impõe restrições a seus intérpretes. Os limites da interpretação são coincidentes de forma obrigatória com os direitos do texto. Esse autor trata das noções de uso e interpretação.

⁷⁷ GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 2003.

⁷⁸ Margarida Camargo, cuja obra objetiva relacionar as noções de *Hermenêutica e Argumentação*⁷⁸, elabora um breve histórico sobre a significação do termo *hermenêutica*. Inicia no período da Grécia Antiga Histórico tendo como função levar a mensagem dos deuses aos homens. Significava traduzir algo inteligível para a linguagem dos homens. Em Roma a *Hermenêutica* desenvolveu-se com a própria prática jurídica. Os pretores e juriconsultos diziam o direito no caso concreto e essas decisões foram, com o tempo, transformadas em máximas cada vez mais abstratas e obrigatórias. Os glosadores do século XI e XII, após a descoberta do *Corpus Iuris Civilis*, iniciam um esforço acerca de seu entendimento e compreensão. O desenvolvimento das cidades italianas acarreta a criação de uma corporação própria denominada de Universidade e sua criação teve como resultado a elaboração as glosas especificando palavra por palavra, tal interpretação foi feita pelos próprios professores. O método escolástico foi responsável pelo aparecimento da dogmática jurídica. A seguir, com o historicismo, a *hermenêutica* reconhece a necessidade da interpretação das circunstâncias históricas da criação do texto e também as circunstâncias que determinavam sua concretização posterior. Assim, a *hermenêutica* não se baseava mais unicamente em seu aspecto exegético. Porém é somente com o advento do Iluminismo que a interpretação e a *hermenêutica* deixam de significar a mesma coisa. A *hermenêutica* encontra seu status de ciência, na qual são englobadas as técnicas interpretativas.

⁷⁹ DANTAS, I., *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*, 1995. p. 83.

“Defender a interpretação do texto contra o uso dele não significa que os textos não possam ser usados. Mas o livre uso dele nada tem a ver com sua interpretação, visto que a interpretação e uso sempre pressupõem uma referência ao texto-fonte, quando mais não seja, como pretexto.”

4.1.2. Por que interpretar?

A interpretação jurídica tem como finalidade precípua determinar o real sentido de uma norma legal, qual a sua intenção, o alcance de sua previsão e como deve ser aplicada a um interesse humano evidenciado através de uma ação judicial.

O ato de interpretar um texto normativo não é tarefa simples. A linguagem, além de seus defeitos próprios, admite conceituações de termos que variam conforme a época de sua escrita e de sua leitura. Os textos legais ainda carregam outra questão passível de problemas, qual seja os valores e interesses expressos em uma norma podem não mais coincidir com os atuais⁸⁰.

De forma sintética ressaltam-se os dizeres de Carlos Maximiliano: “a palavra é um mau veículo do pensamento”⁸¹ e “não perdura o acordo estabelecido entre o texto expresso e as realidades objetivas”⁸². Essas duas afirmações sintetizam várias dificuldades enfrentadas pelos intérpretes legais.

A necessidade de interpretar uma norma jurídica admite dois entendimentos principais. Há aqueles que entendem que qualquer norma jurídica impescinde da aclaração de seus termos, e há aqueles que entendem que somente as normas que possuem certa vaguidade ou imprecisão devem ser objeto de interpretação.

Ricardo Guastini destaca esses dois posicionamentos sobre interpretação jurídica⁸³.

⁸⁰ A obra *Hermenêutica e Argumentação* propõe essa dificuldade no papel interpretativo de concretização do direito, qual seja, o distanciamento histórico entre a origem do texto, carregado de intenções de seu autor bem como do espírito da sua época, e o momento atual em que a lei, ou texto, é interpretada e aplicada.⁸⁰ Por ser a norma jurídica uma decorrência da ação humana, ela carrega em si uma significação, sentido e valor dependentes de um porquê histórico, da mesma forma que o intérprete é um ser historicamente orientado e que faz parte de uma tradição. O intérprete é aquele que busca aplicar a legislação conferindo-lhe a melhor adequação ao momento presente.

⁸¹ MAXIMILIANO, C., *Hermenêutica e aplicação do direito*, 2005, p. 29.

⁸² *Ibid.*, p. 10.

⁸³ Margarida Camargo também tece algumas considerações históricas a respeito dos diversos entendimentos jurídicos sobre o papel da interpretação. Começa com a Escola da Exegese a qual propunha que o Poder Judiciário deveria ser restrito ao do apego excessivo às palavras da lei e que qualquer atividade fora deste âmbito representaria um arbítrio. Esta corrente de pensamento representa a pretensão de

O primeiro adota uma postura restrita de interpretação e atribui uma possível escolha de significado somente a uma formulação normativa passível de dúvida ou obscuridade, e, unicamente nesses casos deve ser aplicada a interpretação. A adoção deste conceito importa na aceitação de que as palavras têm em si um significado intrínseco ou próprio. Esta concepção origina a teoria cognitiva da interpretação que considera que interpretar é verificar empiricamente o significado objetivo dos textos normativos ou a intenção subjetiva de seus autores. Os enunciados dos intérpretes são enunciados do discurso descritivo, podem comprovar a veracidade ou não desses enunciados. Tal teoria entende o sistema jurídico como necessariamente completo (sem lacunas) e coerente (sem antinomias), não havendo espaço para a discricionariedade judicial. Toda questão jurídica admite somente uma resposta justa.

De forma contrária, a postura ampla de interpretação admite uma atribuição de significado a qualquer formulação jurídica, independentemente de haver dúvidas ou controvérsias. Tal posicionamento nos leva à conclusão que todo texto requer uma interpretação, sendo esta um pressuposto necessário à aplicação da norma a qualquer caso. A própria atribuição de significado a um texto requer uma valoração, eleição ou decisão. Não há um significado próprio

encontrar na letra da lei a resposta para qualquer conflito apresentado concretamente. Tal posicionamento um tanto extremo recebeu prontamente a crítica de Gény para quem a ocorrência de lacunas não preenchidas pela lei era evidente. Portanto, a mera subsunção do fato à norma geral não é suficiente, devendo a atividade do intérprete se coadunar com as regras e princípios gerais norteadores da ordem jurídica positiva. Já Savigny vê o direito codificado como imposição racional do despotismo, pois não observa os costumes o que acarreta a não efetividade à pura e real vontade popular. A função legislativa ofereceria apenas um mero suporte ao costume para tolir-lhe as incertezas e as indeterminações. O formalismo jurídico alemão também é mencionado por Margarida. Segundo este entendimento a atividade científica seria responsável por estipular conceitos bem definidos cujo objetivo é garantir a segurança das relações jurídicas através da diminuição da ambigüidade e vaguidade dos termos legais. Esse alto grau de racionalidade originou o dogma da subsunção. O positivismo desvincula os fatos de qualquer valoração que lhe pudesse ser inferida, através do processo de generalização e abstração. Embora, esteja presente uma preocupação em relacionar os fatos sociais e o direito, de maneira que a legislação seja o mais fiel possível àqueles. Jhering formula sua crítica ao formalismo. Esse autor vê o direito como processo dinâmico levado pelo espírito prático que chega à realização. Por fim, Margarida Camargo cita Kelsen. Cujas busca pretende isolar o direito de indagações relativas aos criadores da lei ou suas intenções. O fundamento de validade do direito não está nesses fatos, mas na própria norma superior que o prescreve. O ordenamento jurídico positivo encerra-se nele mesmo, prevendo e controlando a sua própria existência como bastante em si mesmo. Na sua teoria não há espaço para a hermenêutica, ou a explicações de termos como compreensão, interpretação e concretização do direito. Basta-lhe a subsunção do fato a norma válida. Atualmente é predominante na doutrina hermenêutica a razão objetiva da lei em detrimento da razão subjetiva ou originária.

das palavras e sim aquele atribuído pelo intérprete. Para este entendimento os enunciados interpretativos não são verdadeiros ou falsos, fala-se antes em preferência entre os termos. O ordenamento jurídico não é completo ou coerente e diante de lacunas os juízes criam um direito novo, e por isso deve ser clara a demarcação das funções judiciais e legislativas.

Ricardo Guastini apresenta ainda uma teoria intermediária a qual sustenta que a interpretação pode assumir em certos casos a natureza de atividade cognitiva e em outros uma atividade de decisão discricionária. Distingue dois tipos de enunciados interpretativos. Quando o significado atribuído recai no núcleo essencial resulta então, uma simples verificação do significado preexistente aceito, mas se o significado atribuído recai sobre uma área duvidosa, de penumbra, o resultado será uma decisão discricionária. Volta às noções de casos claros, onde deve ocorrer a aplicação pura do texto e os casos duvidosos, nos quais o intérprete deve adotar valorações em sua escolha⁸⁴.

4.1.3. Como interpretar?

A pergunta acima formulada envolve dois elementos: o intérprete e a metodologia adotada. O aplicador da norma é quem dirá qual a interpretação correta do ordenamento jurídico ao caso concreto e a metodologia adotada pelo mesmo determinará como será o processo interpretativo e qual será o resultado deste.

Segundo Carlos Maximiliano o intérprete deve possuir três qualidades: probidade, ilustração e critério. Cabe ao intérprete não só examinar através das palavras os pensamentos possíveis, mas, principalmente, entre os possíveis o único apropriado, *“o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave.”*⁸⁵

Em seu texto sobre as *Teorias da Interpretação* Manuel Ortega⁸⁶ ensina que a interpretação de normas pode dar lugar a resultados diferentes, cabendo aos operadores do Direito, na aplicação ao caso concreto, eleger entre as distintas alternativas para que sua atividade compreenda tanto atos de conhecimento como de vontade. Segundo ele dois tipos de concepção podem

⁸⁴ GUASTINI, R. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 2003, p. 16-17.

⁸⁵ MAXIMILIANO, C., *Hermenêutica e aplicação do direito*, 2005, p. 135.

⁸⁶ ORTEGA, M. *Sobre la interpretación del derecho*, 2003.

ser destacados: as teorias prescritivas⁸⁷ que se dedicam não só a explicar como se justificam as decisões judiciais, mas também como estas deveriam ser justificadas para que possam ser consideradas corretas; e as teorias descritivas⁸⁸ que partem da experiência jurídica para descobrir quais são os diferentes elementos que determinam e influenciam no processo decisório.

Esta divisão é bastante atual já que diferencia as posturas formalista e pragmática. A primeira lidaria com os métodos tradicionais de interpretação: literal, o sistemático, o histórico e o teleológico. Este método tem como máxima a subsunção, ou seja, uma norma (premissa maior) deve ser aplicada ao caso concreto (premissa menor). A nova metodologia constitucional entende que a

⁸⁷ As teorias prescritivas têm como pretensão fundamental assinalar como os sujeitos que aplicam o direito devem interpretar as normas. Buscam condicionar e determinar a atividade do intérprete com a finalidade de influir em seu comportamento. Este comportamento para ser considerado correto deve descobrir certos elementos que se encontram na vontade do legislador, na vontade da lei ou na racionalidade argumentativa dos sujeitos que participam do processo. O intérprete recebe instruções que deve seguir para que sua conduta seja considerada legítima. Manuel Ortega destaca três teorias prescritivas: a direção subjetiva, a direção objetiva e a que concebe a interpretação como argumentação. A direção subjetiva entende que o intérprete busca essencialmente o elemento da vontade do legislador, os desejos e fins que efetivamente operaram na mente do legislador no momento de promulgação da norma. Esta teoria é criticada por seu alto grau de ficção. Diante da complexidade dos sistemas jurídicos atuais não é possível encontrar uma vontade efetiva e homogênea, à medida que, o órgão legislativo é composto pela pluralidade de membros e opiniões muitas das vezes contraditórias. Embora esta corrente de pensamento tenha enfraquecido não desapareceu. A direção objetiva considera que há uma vontade objetiva na própria norma, uma vez criada separa-se de seu autor. O êxito de tal concepção foi fruto da necessidade de adequação dos textos legislativos às novas relações oriundas de mudanças sociais, políticas e econômicas. Esta proporciona uma maior liberdade do intérprete, estabilidade do direito, haja vista que adaptado às novas circunstâncias sem a necessidade de modificação de seu texto e o progresso e evolução das instituições jurídicas. Porém, tal forma de interpretar um texto deve ser adotada de forma criteriosa, pois os limites entre a interpretação e a criação do Direito são tênues e devem ser melhor aclarados. Ortega alerta para a possibilidade de que tal interpretação pode modificar realmente a norma, fazer com que esta estabeleça justamente o contrário da intenção inicial, permitindo a interpretação *contra legem*. Finalmente, a teoria que concebe a interpretação como argumentação. Neste sentido, os termos legais sempre permitem uma margem decisória, pela necessidade de que seja interpretada pela ocorrência de lacunas, pela seleção e qualificação dos fatos que chegam a juízo. O ponto contrário de tal teoria consiste na alta liberdade conferida ao intérprete que diminui consideravelmente a objetividade e a segurança, podendo conduzir à arbitrariedade. Para corrigir tais distorções Manuel Ortega propõe certos limites ou requisitos cujo cumprimento garante a correção e racionalidade da decisão. Dentre eles a necessidade de justificação, de fundamentação e de comunicação intersubjetiva.

⁸⁸ As teorias descritivas acreditam que o exame da experiência jurídica revela a presença de elementos irracionais que não podem ser eliminados através do processo de justificação porque a motivação se apresenta como um instrumento insuficiente, pois, não permite controlar a atuação judicial. Os representantes do realismo destacam a importância da personalidade do juiz em seu processo decisório. As decisões não são meras reproduções ou aplicações de regras previamente estabelecidas. Manuel Ortega destaca que estas teorias não se restringem a propor novas metodologias jurídicas, mas

complexidade dos conflitos atuais não encontra resposta satisfatória na metodologia tradicional. Os casos concretos, principalmente os que envolvem normas constitucionais, já não podem mais ser encaixados de forma completa em uma única norma, havendo casos onde os valores envolvidos colidem e a mera subsunção torna-se impossível, pois várias premissas maiores podem ser aplicadas. Por tal razão, os doutrinadores têm voltado a atenção para os casos em si, buscando novas técnicas interpretativas de solução.⁸⁹

4.2. Interpretação Especificamente Constitucional

A Constituição é o texto normativo que expressa os valores jurídicos essenciais para a sociedade por ela regulada. As sociedades contemporâneas têm como característica sua pluralidade, e tal é evidenciado também através dos textos constitucionais, junto com valores sociais e protetivos os valores liberais permeiam as Cartas Políticas. Outro fator diferencial é a ocorrência de normas abertas e principiológicas⁹⁰, o que torna a interpretação da Constituição uma tarefa mais árdua e que necessita de uma metodologia própria.⁹¹

também têm voltado sua atenção à finalidade política, e por tal razão, resultam mais úteis.⁸⁹

⁸⁹ Ressalta Marcelo Neves que há uma tendência na Hermenêutica contemporânea, principalmente no Estado Democrático de Direito, de enfatizar a dimensão pragmática do processo interpretativo. Tal processo “caminha de uma primazia da segurança formal, passa pelo predomínio da delimitação ou descoberta do sentido material e chega ao problema da incerteza condicionada pelo pluralismo e o dissenso estrutural da esfera pública.” P.357. No entender de Marcelo Neves a interpretação-aplicação jurídica no Estado Democrático de Direito deve considerar a tensão constante entre a validação interna do próprio ordenamento e a validação externa que advém da esfera pública. Somente através de uma mínima congruência entre essas expectativas será possível à manutenção e reconstrução do sentido do texto constitucional.

⁹⁰ Cláudio Pereira De Souza Neto diz que: “a grande presença dos princípios nas constituições contemporâneas tem sido apresentada como uma das principais razões para se caracterizar a metodologia constitucional como específica.” SOUZA NETO, C. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*, 2006, p. 209.

⁹¹ García Amado em seu texto sobre a interpretação constitucional afirma que a interpretação constitucional será dependente da concepção que se tem sobre o valor normativo do próprio texto constitucional. E destaca três correntes sobre a interpretação constitucional. A primeira denominada pelo autor de lingüística, adota a Constituição como um conjunto de enunciados lingüísticos compilados em um texto, o qual se tem por jurídico e de maior hierarquia dentro dos textos jurídicos. Não se questiona sobre a importância ou o papel constitucional. A interpretação ocorre como em qualquer texto jurídico, através do entendimento dos vocábulos utilizados. A concepção voluntarista vê a Constituição como expressão de uma vontade suprema, individual ou coletiva, cujos desígnios concretos e a capacidade de expressão são limites à prática jurídica no ordenamento. Interpretar seria então averiguar os conteúdos de vontade deste texto. Já a concepção material entende o texto constitucional como sendo uma ordem objetiva de valores que constituem uma prefiguração ideal e permanente dos mundos juridicamente

O Direito Constitucional, por envolver valores jurídico-sociais⁹² de uma determinada organização política, não pode utilizar as mesmas técnicas interpretativas do Direito Privado. A amplitude dos princípios positivados na Carta Magna não permite a simples subsunção da norma ao caso proposto. E qualquer conflito pertinente ao âmbito constitucional parte do entendimento de que “*deven as instituições ser entendidas e postas em função de modo que correspondam às necessidades políticas, às tendências gerais da nacionalidade, à coordenação dos anelos elevados e justas aspirações do povo*”⁹³.

Neste sentido de uma nova metodologia constitucional o trabalho de Friedrich Müller – Métodos de trabalho no Direito Constitucional. A sua metódica abrange os termos hermenêutica, metodologia e interpretação⁹⁴. O referido jurista parte das decisões do Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha para entender a concretização das normas constitucionais. O autor questiona a teoria tradicional da interpretação segundo a qual um caso jurídico prático deve ser subsumido ao preceito normativo. O referido tribunal, atualmente, considera o texto da norma apenas uma primeira instância interpretativa e limite das alternativas possíveis, evitando apenas as interpretações *contra legem*. As decisões do tribunal foram extraídas da realidade e não segundo uma valoração tradicional restrita às normas.

Porém, Friedrich Müller não pretende excluir das técnicas interpretativas a concepção tradicional, apenas demonstra que essa não é completa ou única. Propõe um enfoque múltiplo da metódica de concretização da constituição, evoluindo de uma lógica puramente formal a uma concretização direcionado ao caso em voga.⁹⁵

possíveis. Portanto, o intérprete deve buscar conhecer os valores adotados pela ordem constitucional.

⁹² Noção importante sobre valores constitucionais é enunciada por José Moreso quando inicia seu texto sobre primazia constitucional lembrando a idéia de precompromisso expressa no ideal de democracia constitucional. O precompromisso consiste no fato de ater-se a si mesmo em certas situações e excluir determinadas decisões do futuro, para preservar uma decisão do passado que se valora positivamente. MORESO, J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, 1997, p. 166.

⁹³ MAXIMILIANO, C., *Hermenêutica e aplicação do direito*, 2005, p. 249.

⁹⁴ Hermenêutica se refere às condições de princípio da concretização jurídica normativamente vinculada do direito. Metodologia significa a totalidade das regras técnicas da interpretação no trato com normas jurídicas. E interpretação diz respeito às possibilidades do tratamento jurídico-filosófico do texto, i. é, da interpretação de textos de normas. MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2005, p. 2.

⁹⁵ Contudo, este novo método, admite ele, não é imune a críticas. A tendência atual de transformar a metódica em sistemas de valores na concretização jurídica pode acarretar a casuística e a transformação do Estado de Direito em Estado do Judiciário. A crescente discricionariedade dos Magistrados tem espaço com a carência de uma

A doutrina constitucional no Brasil tem buscado solução para o problema da efetivação de um texto normativo que prevê uma série de valores⁹⁶, vê-se a recorrência de dois temas – a efetivação da norma e os princípios constitucionais.

No tocante à concretização dos princípios Ivo Dantas considera que qualquer interpretação, principalmente a da própria Constituição, há de ser feita levando-se em conta o sentido exposto nos princípios fundamentais consagrados na Lei Maior. A eficácia da Constituição depende não só de sua fidelidade aos valores sociais e políticos consagrados pela sociedade, mas também – e principalmente – de uma correta interpretação daquilo que o texto prescreve⁹⁷ e apenas uma interpretação que analise a Constituição como um sistema de princípios e normas obterá o verdadeiro sentido do texto.

Ainda quanto ao tema Humberto Ávila destaca quatro obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais constitucionais.

O primeiro é denominado conseqüencialismo que impulsiona o magistrado a utilizar o raciocínio jurídico baseado nas conseqüências de sua decisão e não nas normas ou princípios vigentes.

O segundo obstáculo é o idealismo no qual a interpretação jurídica parte de modelos ideais, no mais das vezes antigos ou estrangeiros, relegando a segundo plano o modelo jurídico positivo nacional.

O terceiro é o construtivismo, onde o intérprete parte da premissa correta de que a norma não é o texto normativo, e sim o resultado da interpretação de um texto, para chegar à conclusão de que pode construir qualquer alternativa interpretativa, desconsiderando, inclusive, os conteúdos mínimos dos dispositivos constitucionais e legais. O efeito disso é claro: o conteúdo semântico

metodologia como a de raiz positivista. Com o intuito de suprir tal falta Friedrich Müller propõe alguns parâmetros que importarão em uma metódica do direito constitucional. Segundo ele os juristas devem transcender a compreensão e a interpretação, chegando à uma aplicação das normas. Para tanto, o mito de que existe uma única solução correta para cada caso proposto dentro da legislação deve ser abolido. O ato de concretizar não se limita às ações de interpretar, aplicar ou subsumir, diametralmente significa produzir uma solução ao conflito social posto ao Judiciário utilizando como parâmetro e limite não só a norma positivada, mas um quadro da democracia e do Estado de Direito.

⁹⁶ Luís Roberto Barroso escreve que “O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional.”

⁹⁷ DANTAS, I., *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*, 1995, p. 79.

das regras cede em favor de qualquer conteúdo. E por fim, o quarto obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais é o principialismo que acarreta a manipulação de princípios sem que o aplicador considere devidamente as regras imediatamente aplicáveis.⁹⁸

A positivação cada vez mais constante de valores através de princípios normativos acarreta uma mudança na estrutura dos ordenamentos jurídicos necessitando de uma adequação de toda ciência jurídica. Neste sentido a teoria dos princípios.

4.3. Teoria dos princípios

A teoria dos princípios tem o intuito de responder sobre a qualificação destas normas jurídicas, sobre seu modo correto de aplicação a fim de obter a melhor resposta jurídica possível a uma determinada situação. A teoria dos princípios tem como preocupação analisar a diferenciação entre as regras e os princípios. Tal distinção será importante a este trabalho haja vista que o estudo de caso trata de colisões entre regra e princípio e entre dois princípios constitucionais.

Um panorama sobre a referida diferenciação é fornecido por Humberto Ávila⁹⁹. O jurista inicia com as lições de Josef Esser o qual utiliza como critério distintivo a qualidade entre regras e princípios, estes são normas que estabelecem fundamentos para encontrar um determinado mandamento. Karl Larenz considera que os princípios não possuem aplicação imediata como as regras e, por tal razão, somente indicariam a direção para a obtenção de uma regra sobre a hipótese. Canaris é citado a seguir e afasta os princípios das regras por duas características: os princípios têm conteúdo axiológico e sua aplicação somente ocorre através de um processo dialético de complementação e limitação. No final de sua consideração Humberto Ávila ressalta a importância de Ronald Dworkin e Robert Alexy, juristas que serão estudados com o objetivo de destacar os aspectos de ponderação e argumentação no processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

A doutrina nacional tem procurado formular uma teoria dos princípios, estabelecendo conceitos e critérios de diferenciação diversos, no intuito de

⁹⁸ ÁVILA, H. *Direitos fundamentais dos contribuintes e os obstáculos à sua efetivação*. In PIRES, A., TÔRRES, H., 2006, p. 345-361.

adequar a dogmática jurídica ao texto constitucional vigente, repleto de princípios. Com mais de 15 anos de vigência o texto constitucional necessita da devida aplicação de todas as suas normas, regras e princípios, nos conflitos propostos judicialmente, e por isso, a teoria dos princípios se desenvolveu também na pragmática jurídica. Os direitos fundamentais têm sido enquadrados nesta categoria de princípios porque são normas constitucionais de caráter finalístico e definidoras de direitos e garantias.¹⁰⁰

A definição de princípio é construída primeiramente a partir da concepção que se faz sobre seu caráter e força normativa. Há estudiosos que consideram os princípios apenas como diretrizes e não como normas¹⁰¹. Porém, com a constitucionalização positivada os princípios cada vez mais freqüentes nos ordenamentos jurídicos, a doutrina majoritária tem entendido os princípios como integrantes do sistema jurídico conjuntamente com as regras.¹⁰² A seguir, a conceituação de princípios que atenta para a diferenciação entre esses e as regras, principalmente no tocante à sua finalidade e âmbito de aplicação.

Humberto Ávila propõe três critérios de diferenciação entre regras e princípios: 1) Quanto ao modo de prescreverem o comportamento – as regras são imediatamente descritivas e os princípios imediatamente finalísticos. 2) Quanto à justificação que exigem – as regras pretendem correlacionar a construção conceitual e da norma e a finalidade que lhe fundamenta. Já os princípios correlacionam o estado das coisas posto como fim e os efeitos da conduta a ser tomada. 3) Quanto ao modo como contribuem para a decisão – as regras são preliminarmente decisivas e abarcantes, pretendem gerar uma solução específica ao caso concreto, enquanto que os princípios são normas preliminarmente complementares e parciais, tem como pretensão contribuir para a tomada de decisão.¹⁰³

Duas são as orientações propostas por Ronald Dworkin quanto ao papel dos princípios no tocante às obrigações jurídicas. Inicialmente, pode-se tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que são tratadas as regras jurídicas e

⁹⁹ ÁVILA, H., *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003, p. 26.

¹⁰⁰ De acordo com o proposto, TAVARES, A., *Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional*. In LEITE, G., 2003, p. 44;

¹⁰¹ Neste sentido José Afonso da Silva que enquadra os princípios na categoria de normas eficácia limitada, dependendo de atividade legislativa para sua efetividade. SILVA, J. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1999, p. 163.

¹⁰² Fazem parte desta doutrina Ronald Dworkin, Robert Alexy, Humberto Ávila, entre outros.

¹⁰³ ÁVILA, H., *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003, p. 119-120.

dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Ou então, pode-se negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Assim, os juízes vão além das regras a que estão obrigados a aplicar e lançam mão de princípios extralegais que eles têm liberdade de aplicar, se assim o desejar, e somente em casos não englobados pelas regras, de forma excepcional.

Tais abordagens geram diferentes conseqüências, já que a primeira alternativa trata os princípios como obrigatórios para os juízes, de tal modo que eles incorrem em erro ao não aplicá-los quando pertinente. A segunda alternativa trata os princípios como resumo daquilo que os juízes na sua maioria adotam como princípio de ação, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados. Ou seja, as alternativas divergem quanto ao fato de serem os princípios normas jurídicas ou instrumentos externos ao ordenamento.

Para Ronald Dworkin o diferencial entre princípios e regras é de natureza lógica¹⁰⁴. Os princípios serão aplicados pelas autoridades públicas, inclusive pelos julgadores, quando forem considerados relevantes, apontando para uma ou outra direção. Ademais, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, e quando colidem o intérprete que vai resolver o conflito deve levar em conta a força relativa de cada princípio envolvido. Neste ponto a ponderação e o impacto da aplicação de um princípio será determinante para sua utilização. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e a escolha de um princípio ou uma política particular será diversas vezes objeto de controvérsia.

As regras não possuem essa dimensão valorativa, são funcionalmente importantes ou desimportantes, podendo haver certa hierarquia entre elas. Se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior, sendo assim, uma delas não pode ser válida. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, dados os fatos que uma regra estipula, ou a regra será válida, e neste caso, a resposta por esta fornecida deve ser aceita, ou não, e neste caso ela nada contribui para a decisão.

Ronald Dworkin entende que os princípios são elementos do sistema jurídico e, portanto, são normas que devem ser consideradas pelo julgador quando proferir uma decisão jurídica. Entretanto, ressalta que a utilização dos

¹⁰⁴ Ronald Dworkin trabalha esta questão, principalmente, quando expõe os modelos de regras I e II em seu livro *Levando os direitos a sério*, nestes capítulos o autor rebate a posição tradicional positivista – exemplificada nas concepções de Hart – e propõe a sua visão sobre o modelo a ser adotado.

princípios não pode ocorrer de forma arbitrária, devendo estes ser aplicados de preferência em casos onde não há no ordenamento uma norma clara e completamente aplicável.¹⁰⁵ Ele adota a postura pós-positivista segundo a qual as pretensões normativas podem e devem ser fundamentadas racionalmente. Essas hipóteses são consideradas *Hard Cases* ou casos difíceis como são conhecidas no Brasil.

4.4.A interpretação constitucional nos casos difíceis.

A interpretação, como visto anteriormente, é útil na concretização de qualquer texto normativo. Entretanto, existem situações que por sua complexidade exigem uma hermenêutica mais detalhada e difícil. Neste sentido, surge a doutrina americana denominada de *Hard Cases*, os quais não encontram uma solução tranqüila quando inseridos nos ditames legais, não sendo possível a simples subsunção de uma regra. No prefácio de *Levando os Direitos à Sério Calsamiglia*¹⁰⁶ esclarece que um caso poderá ser considerado difícil se existir uma incerteza quanto à aplicação da norma jurídica ao caso concreto.

A ocorrência dos chamados casos difíceis torna a Ciência Jurídica passível de questionamentos e incertezas. O sistema jurídico parece incompleto e falho, a técnica positivista de aplicação do caso concreto à norma elaborada através da subsunção não encontra mais respaldo na complexidade da sociedade.

No tocante a este trabalho é importante mencionarmos alguns posicionamentos sobre o assunto, para tanto será utilizada a doutrina Ronald Dworkin e posteriormente a crítica feita por Manuel Atienza. Ambos lidam com a preocupação a respeito do excessivo argumento valorativo nas decisões

¹⁰⁵ Cláudio Pereira comentando Dworkin ressalta que “o autor destaca especialmente que, se o juiz possui o poder de decidir por sua própria vontade as questões que lhe são apresentadas, as noções de autonomia pública, segurança jurídica e separação de poderes ficam prejudicadas. De fato, o juiz que está legislando, se apropriando de uma função do legislador – o que cria problemas sérios de legitimação. (...) Quando o juiz legisla no caso concreto está criando normas retroativas. Ademais, a vontade dos jurisdicionados não terá sido levada em conta no processo de produção normativa. Por essas razões, impõe-se ao pensamento jurídico buscar soluções para a discricionariedade judicial.” p. 223-224.

¹⁰⁶ Este prefácio ao livro *Levando os Direitos a Sério* somente é encontrado na versão espanhola do texto sob a nomenclatura “Ensayo sobre Dworkin”.

judiciais, tendendo essas ao subjetivismo demasiado. Essa parte do capítulo visa demonstrar que o estudo de caso não deve ser entendido de forma simplista, no sentido de mera aplicação de normas vigentes. As problemáticas oriundas de conflitos bioéticos, como o que será proposto, são exemplos dos chamados casos difíceis, pois envolvem valores relevantes e muitas das vezes considerados inconciliáveis. Entretanto tais demandas exigem um posicionamento jurídico, cabendo aos aplicadores encontrar uma forma racional de ponderar os interesses envolvidos resultando em uma decisão satisfatória.

Impensável falar na Teoria dos Casos Difíceis sem mencionar os ensinamentos de Ronald Dworkin. Este jurista tem como preocupação inicial rebater um dos grandes pensadores do positivismo jurídico – Hart. A relação entre os dois tem pontos semelhantes e pontos contraditórios.

A semelhança, no âmbito deste trabalho, que desejamos levantar é quanto à concordância sobre a existência de casos difíceis.

A divergência com Hart envolve dois prismas. Primeiro, Ronald Dworkin critica o normativismo que considera o direito como sendo um sistema composto exclusivamente por regras por considerar que tal pensamento acarretará necessariamente na ocorrência de lacunas no ordenamento vigente à medida que as normas não acompanham o ritmo das necessidades e mudanças sociais. E, em segundo, questiona a legitimação do Judiciário quando decide por razões próprias, ocorrendo na verdade a criação de uma nova norma. No seu entender há que se buscar critérios limitadores e paradigmáticos para as decisões judiciais, papel este que deve ser realizado pelos princípios jurídicos.

A teoria de Ronald Dworkin sobre a existência e solução dos casos considerados difíceis perpassa alguns momentos importantes. Primeiro lidará com a noção de princípio, considerando estes como elementos do sistema jurídico. Segundo tratará da questão da integridade como método e forma de entender este sistema. E por fim, entrará na questão da discricionariedade do Poder Judiciário.

A teoria dos princípios, já anteriormente estudada, é de fundamental importância na resolução dos casos difíceis, já que não obtendo uma regra específica no ordenamento jurídico o julgador deverá buscar nos princípios, sendo estes entendidos também como normas jurídicas, a solução para o caso concreto.

A segunda teoria de Ronald Dworkin trata da integridade. O autor a coloca como terceiro ideal juntamente com a justiça e a equidade e destaca dois princípios de integridade. Um chamado de legislativo que pede aos legisladores

que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente e o outro denominado de jurisdicional que demanda que a lei seja vista como coerente. No âmbito deste trabalho será abordado apenas o segundo princípio, parte fundamental de sua teoria para o entendimento da discricionariedade do Judiciário e a solução dos casos difíceis.

O direito como integridade rejeita a questão de que os juízes descubrem ou inventam o direito, sugere que só se entende o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. E afirma que não é possível ao juiz obter uma resposta exclusivamente certa nos casos difíceis do direito.

A contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é uma questão de aspectos diferentes do mesmo processo. Portanto, há como encontrar uma comparação entre literatura e direito, denominada pelo autor de romance em cadeia. Cada romancista escreve seu próprio capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance, como se a obra fosse de um único autor. Duas dimensões devem ser observadas nesta elaboração: adequação e interpretação que tornará a obra mais significativa ou melhor. Neste sentido, o intérprete deve analisar, primeiramente, qual interpretação se adapta melhor a um texto e, após, qual torna o romance substancialmente melhor. Um romancista em cadeia tem muitas decisões difíceis a tomar e pode-se esperar que diversos romancistas em cadeia tomem decisões diferentes, porém nenhum deles pode se afastar do romance.

O juiz Hércules – modelo contrafático de Ronald Dworkin -, criterioso e metódico, deve julgar o caso seguindo algumas etapas. Começa por selecionar diversas hipóteses que correspondem à melhor interpretação dos casos precedentes. Elabora uma interpretação com base em princípios competitivos, mas contraditórios, como uma lista parcial de interpretações. Verifica cada hipótese dessa breve lista perguntando-se se uma pessoa poderia ter dado os veredictos dos casos precedentes se estivesse aplicando esta interpretação. Compara as razões com suas sólidas convicções políticas sobre o valor relativo de suas interpretações. E, por fim, descarta as interpretações impossíveis, chegando à melhor interpretação.

Qualquer juiz desenvolverá ao longo de sua formação uma concepção funcional individualizada do direito na qual ele se baseará para decidir. Mas os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Fato este que nos leva à análise da discricionariedade do juiz.

A postura positivista considera que os juízes quando utilizam os princípios em suas decisões o fazem como algo fora do direito, valendo-se de seu poder discricionário de aplicá-los ou não¹⁰⁷. Afirmam que um juiz não tem poder discricionário quando uma regra clara e estabelecida está disponível. Apenas de forma excepcional devem formar seu próprio juízo ao aplicar padrões jurídicos. Hart, no entanto, afirma que quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos, em vez disso, falar sobre os padrões que ele tipicamente emprega. O poder discricionário é, então, o agir de acordo com aquilo que os tribunais têm por princípios. Mas para esta corrente de pensamento princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito, porque certamente não são regras. São padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário.

Para Ronald Dworkin, o conceito de poder discricionário é relativo, admitindo-o somente em casos onde há uma série de alternativas previamente estabelecidas. O poder discricionário pode ser entendido como um espaço vazio, circundado por diversas restrições. O juiz quando exerce sua função jurisdicional não se propõe simplesmente a declarar, como dado frio, o que foi primeiramente estabelecido pelo Legislativo. Em seu entender o julgador realmente possui tal dever como justificativa para sua própria decisão. Se for assim, a regra social não pode ser a fonte do dever, como Hart acredita que seja.

Na maioria dos casos difíceis, os juízes assumem uma postura diferente da descrita por Ronald Dworkin (de que o juiz deve decidir com base na argumentação que lhe parecer a mais forte), enquadrando sua divergência como uma divergência acerca dos padrões que eles estão proibidos ou obrigados a levar em conta, ou acerca do peso relativo que estão obrigados a lhes atribuir.

Na exposição sobre os casos difíceis – aqueles onde aparentemente não há uma ou somente uma solução para a lide ou conflito - Ronald Dworkin percorre três etapas principais¹⁰⁸.

Inicialmente, resume a postura da Teoria do Positivismo Jurídico para tais situações ressaltando que quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma

¹⁰⁷ Para Ronald Dworkin somente faz sentido falar em Poder Discricionário quando alguém é encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 50.

instituição, o juiz tem o poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra, parecendo supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa. Porém, para o autor tal idéia não passa de uma ficção porque, na verdade, o juiz legisla novos direitos jurídicos, e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão.

A seguir passa à sua crítica, considerando essa teoria da decisão judicial totalmente inadequada, pois, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. Não há um procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis.

Por fim, Ronald Dworkin propõe uma alternativa à solução dos mesmos. Diz que o ideal seria o juiz (Hércules), mesmo nos casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente. Isso é o ideal, mas por diversas razões não pode ser plenamente concretizado na prática. As leis e as regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos. Além disso, alguns desses casos colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliadas ou reinterpretadas as regras existentes.

Diante desta necessidade prática admite Ronald Dworkin que os juízes às vezes são levados a criar um novo direito, seja de forma dissimulada ou explícita. Porém ele coloca três questões que devem ser analisadas.

Primeiro, ao criar um novo direito os juízes devem agir como se fossem delegados do poder legislativo, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema. Ocorre aqui um problema de legitimidade haja vista que as leis de uma comunidade devem ser criadas por pessoas eleitas pelo povo. Como os juízes não são eleitos, o fato de eles criarem leis parece estar comprometido.

Além disso, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.

Esses dois argumentos se combinam para sustentar o ideal tradicional de que a decisão judicial deve ser o menos original possível.

Outro fator impeditivo de criação de normas pelo julgador é o fato de que as novas decisões refletem tanto a moralidade política do próprio juiz, como

¹⁰⁸ Utilizaremos como referência para esta parte do trabalho o capítulo 4. Casos Difíceis do livro *Levando os Direitos a sério*.

também a moralidade que se acha inscrita nas tradições do direito costumeiro, e tais moralidades podem ser diferentes.

Ronald Dworkin encerra dizendo que se deve confiar nas técnicas de decisão judicial que, a nosso juízo, possam reduzir o número de erros, com base em algum juízo a respeito das capacidades relativas dos homens e das mulheres que podem desempenhar diferentes papéis. E fornece uma orientação aos juízes: eles podem muito bem errar nos juízos políticos que emitem, e devem, portanto, decidir os casos difíceis com humildade¹⁰⁹.

As considerações de Ronald Dworkin sobre os casos difíceis levam à sua conclusão de que mesmo nesses, utilizando os princípios como parâmetro, pode-se obter uma única resposta correta para a lide proposta. Porém, reconhece que na prática é difícil, por vezes impossível, encontrar tal resposta, mas mesmo assim isto não invalida sua afirmativa de que ela existe, embora não encontrada.

Manuel Atienza¹¹⁰, fazendo uma crítica ao pensamento de Ronald Dworkin, diz que na verdade para este a distinção entre casos fáceis ou difíceis é relativizada, pois não é necessário um método para cada espécie de caso e, em última análise, mesmo os casos difíceis somente admitem uma resposta correta, o que os transformaria para o juiz Hércules em um caso fácil.

Para o referido autor, a distinção de Ronald Dworkin entre regras e princípios não pode ser aplicada aos princípios bioéticos porque nenhum deles pode ser interpretado como simples diretrizes. Ademais Manuel Atienza discorda que os princípios morais podem ser hierarquizados da maneira como propõe Ronald Dworkin, embora ressalte que alguma espécie de ordenação deva haver no processo de aplicação.

Manuel Atienza apresenta uma teoria que serviria como método jurídico para a resolução dos casos difíceis, especialmente os relacionados à bioética. Tal método importa na observância de dois passos: a construção de uma taxonomia que permita enquadrar cada caso dentro de uma determinada categoria, o que constitui o primeiro esforço argumentativo do tribunal; e a elaboração de uma série de regras de prioridades que não supõe uma hierarquia estanque entre os princípios.

O próprio jurista reconhece que seu método ainda leva a um conjunto de soluções abertas e incompletas, mas isso não significa que acarreta decisões

¹⁰⁹ DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 203.

¹¹⁰ ATIENZA, M. *Los limites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, 1997, p. 11.

arbitrárias ou subjetivas, devendo sempre obedecer a critérios de racionalidade e coerência. Ele utiliza os ensinamentos os quatro princípios kantianos: princípio da autonomia, princípio da dignidade, princípio da universalidade ou igualdade e o princípio da informação. Porém, acredita que somente a aplicação destes princípios não será suficiente para solucionar casos difíceis e bioéticos e elenca outros. Como: princípio do paternalismo justificado (que considera lícito a interferência na vida de outro em determinados casos), princípio do utilitarismo restringido (admite uma ação que não cause benefícios a uma pessoa se produz um benefício apreciado para outros, se há o consentimento do afetado e se não é uma medida degradante), princípio do trato diferenciado (há hipóteses lícitas de tratamento desigual entre as pessoas) e princípio de segredo (permite ocultar informações sobre a saúde de um indivíduo em determinadas exceções).

A problemática deste modelo é admitida pelo próprio autor quando afirma que esta série de princípios ajuda na solução de algumas situações, mas não permite resolver a complexidade de certos casos difíceis. Por tal razão os princípios precisam ser concretizados na forma de normas. E é nesta necessidade que reside a dificuldade dos problemas bioéticos. O desafio é construir a partir dos princípios um conjunto de pautas específicas que resultem coerentes e permitam resolver os problemas práticos que não apresentam um consenso. Por fim, Manuel Atienza afirma que a liberdade de consciência e de livre escolha de decisões pressupõe uma responsabilidade e uma reflexão sobre qualquer tema objeto de debate. E somente através desse exercício racional será atingido o ideal de que as leis correspondam às escolhas de cidadãos conscientes.

A solução, segundo Manuel Atienza, poderia ter origem em duas vias: a legislativa e a judicial. A legislativa tem como ponto positivo sua legitimação decorrente de sua composição democrática, mas acarreta o risco de não suscitar um consenso entre os legisladores e não alcançarem o nível de concretização, ou serem por demais específicas não comportando a diversidades de situações fáticas. A segunda via, e mais adequada para os dilemas bioéticos segundo ele é a judicial. Seja por meio de um julgador comum ou através da criação de um comitê de âmbito nacional que funcionaria como segunda instância para os casos bioéticos.

No âmbito deste estudo, a pretensão restringir-se-á à via judicial. A discussão não adentrará no papel do Poder Legislativo ou na questão da legitimidade do Tribunal Constitucional. Apenas serão analisadas as hipóteses interpretativas que reclamam um posicionamento judicial específico. Neste

sentido a contribuição de Ronald Dworkin será preciosa, vez que, sua teoria, através da ponderação dos princípios, fornece um instrumental prático para a concretização do Direito em casos de conflitos entre valores morais importantes.

4.5. Aspectos da Argumentação Jurídica de Robert Alexy

Robert Alexy segue o pensamento de Ronald Dworkin sobre a existência de normas e princípios dentro do sistema jurídico, porém acrescenta o elemento procedimento. Pretende ele elaborar uma teoria analítica e descritiva da argumentação jurídica. Difere de Ronald Dworkin, pois entende que as regras procedimentais não garantem a obtenção de uma única resposta correta, e sim que os vários participantes do discurso jurídico cheguem a soluções racionais, embora às vezes possam ser incompatíveis entre si.

O fenômeno denominado de Colisão de Direitos Fundamentais por Robert Alexy¹¹¹ ocorre quando o exercício de um direito fundamental gera conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros cidadãos, acarretando assim, um conflito de direitos.

Os direitos fundamentais ou constitucionais são direitos abstratos, e positivados na maioria dos textos constitucionais por meio de princípios. Considera ele que os princípios são mandados de otimização que se caracterizam por sua aplicação em graus distintos de acordo com o caso concreto, buscando sempre sua realização na maior medida possível, fática e juridicamente.

A listagem dos direitos fundamentais pelo ordenamento constitucional é apenas a primeira fase de sua concretização. Após deve haver a determinação do peso relativo a cada direito considerado *prima facie*, ou seja, o estabelecimento do papel dos direitos dentro da razão jurídica. Segundo Robert Alexy os princípios devem ser promovidos pela prática jurídica e institucionalizados pela decisão política, sendo a força obrigatória dos direitos fundamentais controlada pela Corte Constitucional.

Para Robert Alexy a solução da colisão destes direitos pode ser entendida segundo dois entendimentos sobre o sistema jurídico: a teoria das regras e a teoria dos princípios.

¹¹¹ ALEXY, R. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*, 1999.

A teoria das regras estabelece que pelo menos um dos direitos deve ser declarado inválido, que uma das normas deve ser declarada não-aplicável ou que ambas devem ser descartadas. A aplicação desse tipo de norma ocorre com a subsunção. Contudo, a dificuldade de adoção desta teoria é a de conciliar a invalidação de um princípio constitucional sem que ocorra uma invalidação do próprio texto constitucional, ou seja, preterindo um princípio a outro se torna difícil a vinculação ou obrigatoriedade da constituição.

A teoria adotada pelo autor é a teoria dos princípios, que se baseia na seguinte premissa: quanto mais intensa é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam. O ponto positivo desta teoria é o fato de conciliar a vinculação que deve ter a regra constitucional à flexibilização do mesmo texto, possibilitando que um princípio não seja efetivado em determinado momento sem que isto represente a sua invalidez. Esta teoria possibilita que dois direitos ou princípios aparentemente conflitantes permaneçam no mesmo ordenamento sem que ocorra a invalidez de um deles, pois aplica a ponderação. Pondera-se, com base nos elementos disponíveis no caso prático, qual direito ou princípio conduz à solução da colisão, devendo prevalecer o que importa na menor interferência na liberdade ou no direito fundamental do outro.

A ponderação pode ser conceituada como *técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas de hermenêutica tradicionais*.¹¹²

Toda colisão entre princípios pode ser expressa como uma colisão entre valores. Isto demonstra que o problema de prioridade entre princípios corresponde a um problema de hierarquia entre valores e que a inclusão de direitos fundamentais no sistema jurídico conduz à conexão entre Direito e Moral¹¹³. E justamente por envolver valores a resposta correta para a ponderação entre os princípios conflitantes não é clara, não devendo a teoria do discurso ser entendida como um instrumental capaz de determinar de forma exata o peso de cada direito, mas mostra os argumentos racionais possíveis

¹¹² BARCELLOS, A., *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005. p. 23. A autora citada propõe três etapas para a técnica da ponderação: a primeira tem como finalidade a identificação dos enunciados normativos em tensão, a segunda etapa os fatos relevantes o caso concreto e por fim, a terceira lida com a decisão que atribuirá os pesos devidos aos diversos elementos normativos pertinentes ao caso, relacionando fatos e normas.

¹¹³ ALEXY, R., *Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional*, 1993, p. 49

acerca dos direitos. Para tanto Robert Alexy propõe que a teoria dos princípios necessita de um complemento através da teoria da argumentação jurídica.

A racionalidade da argumentação jurídica não busca a correta resposta ao conflito, mas sim se os valores utilizados como fundamentação são suscetíveis de controle racional. A noção de única resposta correta faz referência a um consenso o que é pouco provável quando se trata de princípios. A teoria da argumentação tem como ponto fundamental a rejeição da lógica formal dedutiva como suficiente para o processo jurídico decisório, engloba a tópica de Viehweg, a nova retórica de Perelman e a lógica formal de Toulmin¹¹⁴. Este trabalho lidará de forma mais específica com a teoria argumentativa procedimental de Robert Alexy.

O processo argumentativo inicia-se de forma semelhante ao processo subsuntivo. Primeiro o intérprete deve analisar o ordenamento jurídico e verificar quais as normas jurídicas importantes no caso concreto e após faz a interação entre os fatos e as normas. Porém, após essa etapa a argumentação propõe um terceiro passo – a atribuição de peso às normas encontradas e a gradação de intensidade em que a solução deverá ser aplicada.¹¹⁵

Nesta etapa importante será o estudo do princípio da proporcionalidade que é entendido hoje como um dos melhores parâmetros no processo argumentativo. O princípio da proporcionalidade tem guarida na doutrina jurídica durante o período de crise do sistema legalista¹¹⁶. O ordenamento jurídico inicia

¹¹⁴ Manuel Atienza elabora uma síntese do pensamentos destes três autores. Viehweg caracteriza a tópica por três elementos: 1) técnica do pensamento problemático; 2) noção de topos ou lugar-comum; 3) busca e exame de premissas. Os tópicos devem ser vistos como premissas compartilhadas que têm uma presunção de plausibilidade ou que, pelo menos, impõem a carga da argumentação a quem os considerada. (p. 49). A idéia do plausível também perpassa os argumentos de Perelman. O raciocínio jurídico em Perelman deve atentar para a conciliação dos valores de equidade e segurança jurídica, a procura de uma solução que seja de acordo com a lei, mas também que observe os parâmetros equitativos, razoáveis e aceitáveis (p. 77). Toulmin considera a argumentação como atividade total de propor pretensões com o intuito de criar razões que serão criticadas e defendidas (p. 95). ATIENZA, M., *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2003.

¹¹⁵ Neste sentido o ensinamento de Ana Paula de Barcellos que propõe ainda dois critérios gerais para a aplicação da ponderação: a preferência das regras sobre os princípios constitucionais e a preferência das regras que tutelam a dignidade humana e os direitos fundamentais em detrimento das demais. BARCELLOS, A. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*, 2003. p. 57-58, 70.

¹¹⁶ Pode ser feito um paralelo entre a origem do princípio da proporcionalidade e a Bioética, ambas surgem em um contexto de questionamento da moral vigente e do papel das ciência no comportamento humano. Enquanto o primeiro procura fornecer uma legitimidade para além da legalidade, a segunda busca limites nos valores para as descobertas e experimentos científicos.

um processo evolutivo onde a mera previsão legal de um determinado comportamento não o torna legítimo.¹¹⁷

A proporcionalidade traz em si a noção de ponderação entre valores, a aplicação de um determinado princípio deve ser proporcional à inviabilidade do outro princípio. Willis Santiago Guerra Filho define o princípio da proporcionalidade como “*mandamento de otimização, do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível.*”¹¹⁸

Porém, como ensina Humberto Ávila, o princípio da proporcionalidade não deve ser confundido com a justa proporção, ponderação de bens, concordância prática, proibição de excessos ou razoabilidade. O princípio da proporcionalidade atenta para três exames: 1) o da adequação: exige uma relação entre fim e meio; 2) necessidade: observa se existe algum meio alternativo àquele escolhido; e 3) proporcionalidade em sentido estrito: comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.¹¹⁹

Na etapa final do processo argumentativo será necessária a utilização deste princípio. Os valores envolvidos em um caso difícil serão ponderados e será analisada a medida de aplicação do direito fundamental que no caso em voga deve prevalecer.

Robert Alexy propõe algumas regras procedimentais para verificar a racionalidade da argumentação jurídica¹²⁰. Dentre elas estão as regras fundamentais, quais sejam: nenhum falante pode contradizer-se; todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita; todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer

¹¹⁷ Larry Kohlberg desenvolveu o modelo de avaliação do desenvolvimento do julgamento moral apoiado no estruturalismo de Piaget, descrevendo e demonstrando que os indivíduos constroem a consciência moral segundo uma seqüência que se inicia no período pré-convencional e culmina no período pós-convencional. No nível pré-convencional a consciência moral é direcionada por noções de punição e hedonismo instrumental relativista. No estágio convencional a consciência moral do indivíduo é orientada para a lei e para a ordem. E por fim, no último estágio, o pós-convencional, a consciência moral supera à noção de normas legais chegando aos princípios universais de consciência, no qual o indivíduo é capaz de desobedecer uma lei por considerá-la injusta, arcando com as conseqüências de seu ato. KOHLBERG, L., *Moral stages and moralization: the cognitive developmental approach*, 1976.

¹¹⁸ Guerra Filho, Willis Santiago. *Sobre o princípio da proporcionalidade*, 2003. p.245.

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003. p. 114-116.

¹²⁰ ALEXY, R., *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, 2005. p. 283.

objeto igual a A em todos os aspectos relevantes; todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que afirme que são iguais em todos os aspectos relevantes, e; diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados¹²¹.

A temática discutida neste trabalho enquadra-se perfeitamente nesta perspectiva procedimental, à medida que, o aborto, qualquer que seja sua motivação, desperta argumentos quase inconciliáveis sendo difícil a menção a qualquer tipo de consenso, ou uma única resposta correta. Porém, a submissão da legalidade da antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia ao Poder Judiciário requer ao menos uma fundamentação racional da decisão proferida.

¹²¹ A teoria do discurso pretende oferecer um critério, em condições específicas, capaz de determinar a racionalidade de uma decisão e do processo decisório na Ciência Jurídica. Segundo Robert Alexy não é a produção de segurança o fator característico da racionalidade do Direito, e sim o cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras.