



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE FEIRA DE SANTANA

Autorizada pelo Decreto Federal nº 77.496 de 27/04/76
Recredenciamento pelo Decreto nº 17.228 de 25/11/2016



PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
COORDENAÇÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA

XXIII SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UEFS SEMANA NACIONAL DE CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA - 2019

A SUPERACÃO DE RESTRIÇÕES DIRETAMENTE CONSTITUCIONAIS E A RECEPÇÃO DA FÓRMULA DE RADBRUCH POR ROBERT ALEXY

Gabriel Santos Rios¹; Eduardo Chagas Oliveira²

1. Bolsista PEVIC, Graduando em Direito, Universidade Estadual de Feira de Santana, e-mail:

gabrielsrios@outlook.com

2. Orientador, Departamento de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Estadual de Feira de Santana, e-mail:

echagas@uefs.br

PALAVRAS-CHAVE: restrições; fórmula de Radbruch; regra da proporcionalidade.

INTRODUÇÃO

O pensamento jurídico contemporâneo é caracterizado por uma série de propostas e projetos que disputam a qualificação de forma mais adequada de interpretar e/ou descrever o Direito. Nesse contexto, no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988, teorias que têm como pretensão superar o positivismo jurídico têm se tornado bastante populares.

Essas teorias, embora bastante diversas entre si, têm como pontos comuns a rejeição do formalismo enquanto método para a tomada de decisões judiciais e a revalorização do papel da razão prática no processo de interpretação do Direito.

Um dos autores que se propõem a pensar o Direito de modo “não positivista” é Robert Alexy (2013). O jurista alemão (ALEXY, 2001), partindo de uma concepção de racionalidade de caráter prático-argumentativa, aponta que o Direito é um caso especial do discurso prático geral, por também ter como finalidade a elaboração de juízos práticos singulares.

Para elaborar uma teoria da decisão judicial adequada à complexidade dos direitos fundamentais, Robert Alexy (2011), inicialmente, reformula o próprio conceito de norma jurídica, que passa a ter natureza semântica: a norma deve ser vista, portanto, como o sentido atribuído a um enunciado normativo.

As normas são, em seguida, categorizadas exaustivamente em duas espécies: regras e princípios. As regras são mandamentos de definição, que já preveem todas as suas possibilidades fáticas e jurídicas de realização, enquanto os princípios são mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível, sem predeterminação das suas possibilidades fáticas e jurídicas de realização.

Acontece que não é incomum que a realização de um princípio implique a não realização de outro e vice-versa. Há, nesses casos, o que Robert Alexy (2011) denomina de colisão de princípios, cujo modo de solução exigirá do julgador o exame da proporcionalidade das medidas em questão.

O procedimento do exame da proporcionalidade pode ser dividido em três fases: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Na primeira fase, examina-se se a medida que restringe o primeiro princípio (A) é apta a fomentar a realização do segundo princípio envolvido (B). Na segunda fase, é examinada a

existência de alternativas menos danosas ao princípio A para satisfazer o princípio B, sem, entretanto, haver qualquer prejuízo na eficiência da medida. Na terceira fase, deve-se ponderar os princípios envolvidos, verificando se o grau de satisfação de um princípio justifica a não satisfação de outro (KLATT; MEISTER, 2012).

Ao fim desse processo, surgirá o que o jurista alemão (ALEXY, 2011) chama de norma de direito fundamental atribuída, de acordo com a seguinte “lei de colisão”: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2011, p. 99).

A nova regra será considerada uma restrição ao direito fundamental ao qual corresponde o princípio que não foi prevalente, à medida que eliminou uma posição jurídica que era, *prima facie*, protegida por esse princípio (SILVA, 2009). Esse não é, contudo, o único tipo de restrição a direitos fundamentais.

Robert Alexy (2011) classifica as restrições em duas espécies: diretamente e indiretamente constitucionais, consoante as normas restritivas sejam de hierarquia constitucional ou infraconstitucional, com autorização expressa ou implícita da constituição.

O caso das cláusulas restritivas escritas e diretamente constitucionais provoca o seguinte questionamento: estariam as ponderações de princípios (que, como visto, geram regras) efetuadas expressamente pelo legislador constituinte submetidas ao exame de proporcionalidade realizado por tribunais constitucionais?

Alexy (2011, p. 554) não ofereceu respostas minuciosas acerca desse ponto, limitando-se, em um momento inicial, a afirmar que as decisões do constituinte em forma de regras "são vinculantes, a não ser que seja possível introduzir razões constitucionais suficientes contra essa vinculação".

Em seguida, ainda que não tenha associado expressamente à temática das restrições, o jurista alemão (ALEXY, 2014, p. 514) conectou a ponderação de princípios à conhecida “fórmula de Radbruch”, segundo a qual a injustiça extrema não constitui direito, afirmando que, sob condições extremas de injustiça, o "princípio substantivo da justiça toma precedência sobre o princípio formal da segurança jurídica".

A aceitação dessa posição tem como vantagem maior a retirada de juridicidade de situações de “extrema injustiça”, tendo, por outro lado, como desvantagens a atribuição de um tribunal constitucional, ainda que em circunstâncias excepcionais, superar uma regra constitucional.

A pesquisa permite, assim, uma reflexão crítica a respeito da racionalidade e da conformidade com o sistema democrático da sujeição de regras constitucionais ao exame de proporcionalidade, podendo ser considerada um instrumento de controle social do modo de decidir do STF e de fiscalização da força normativa da Constituição Federal de 1988.

MATERIAL E MÉTODOS OU METODOLOGIA (ou equivalente)

Trata-se de uma pesquisa que transita entre a Filosofia do Direito, o Direito Constitucional e a Teoria do Direito, amparada na investigação de conceitos (a exemplo de “princípios”), o que torna a pesquisa bibliográfica o método mais adequado para alcançar seus objetivos. Foi realizada uma revisão da literatura, centrada nas obras de Robert Alexy (1995, 2001, 2002, 2011).

RESULTADOS E/OU DISCUSSÃO (ou Análise e discussão dos resultados)

A teoria dos princípios visa a estudar a distinção entre princípios e regras e as suas implicações. Princípios e regras são espécies de normas, que, por sua vez, devem ser entendidas como um conteúdo de significado vinculado a uma modalidade deôntica.

Princípios e regras se diferenciam apenas no que tange à determinação das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização, que estão ausentes nos princípios e presentes nas regras. Para garantir a sua realização, um princípio necessita de ser confrontados com essas possibilidades, o que implica em um mandamento de otimização, que exige, com natureza jurídica de regra, a sua maior realização possível.

Por não conterem definições no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas, princípios podem colidir sem que haja a necessidade de declarar a invalidade de um deles para solucionar a contradição, ao contrário do que ocorre com as regras. Em caso de colisão entre princípios, deve ser estabelecida uma relação de precedência condicionada com estrutura de regra, segundo a qual um princípio deve prevalecer sobre o outro sob determinadas circunstâncias.

Nos casos de colisões entre princípios, existe, conforme a lei de colisão, uma interação necessária entre o nível dos princípios e o nível das regras, uma vez que esses casos somente podem ser solucionados através da formulação de uma regra de precedência condicionada, que, por sua vez, tem fundamento no princípio que prevalece.

A partir do reconhecimento de que parte significativa das regras decorre de uma colisão entre princípios, de que princípios necessitam de regras para serem aplicados e de que regras encontram seu fundamento em princípios, é possível sustentar uma versão fraca da tese da dependência mútua entre princípios e regras.

Pode-se afirmar, então, conforme essa versão da tese da dependência mútua, que uma regra constitucional - isto é, uma restrição diretamente constitucional ao princípio que não prevalece na relação de precedência condicionada - é fruto de uma colisão entre princípios cuja precedência condicionada foi predeterminada pelo legislador constituinte.

Se a revisão da legislação infraconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é justificável com base na primazia da Constituição e no papel de “guardião da Constituição” desempenhado pelo tribunal, a revisão de preceitos constitucionais não pode ser justificada pelos mesmos argumentos, na medida em que a Constituição não pode servir de parâmetro de controle para si mesma. Ademais, o nível das regras possui primazia em face do nível dos princípios de igual hierarquia, uma vez que as normas especiais prevalecem sobre as normas gerais que tratam do mesmo tema.

Há, porém, um limite insuperável para a validade das normas constitucionais: a fórmula de Radbruch, segundo a qual “a injustiça extrema não é Direito”. Essa fórmula parte de uma ponderação de segunda ordem entre a segurança jurídica (enquanto exigência de respeito à legalidade vigente) e a correção material, estabelecendo a seguinte relação de precedência condicionada: sob as circunstâncias de justiça ou injustiça que não seja extrema, deve prevalecer a segurança jurídica; sob as circunstâncias de injustiça extrema, deve prevalecer a correção material (ALEXY, 2013, 2014; PORTOCARRERO, 2016).

Assim, adota-se uma concepção não-positivista e inclusiva do Direito. Não-positivista porque nega uma separação estrita entre Direito e moral. Inclusiva porque não nega a importante função de estabilização de expectativas normativas e respeito ao legislador democraticamente eleito desempenhada pela legalidade vigente, estabelecendo a fronteira de injustiça *extrema* para permitir a influência da moral na validade de normas jurídicas.

As dificuldades relacionadas à identificação de quais situações caracterizariam a injustiça extrema podem ser superadas pelo estabelecimento de uma conexão entre o caráter extremo da injustiça e as possibilidades de seu conhecimento: os limites à atividade judicial nesse campo se confundiriam, então, com limites epistemológicos (RAABE, 1998).

Como exemplo de aplicação das teses desenvolvidas no trabalho, pode-se mencionar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277, julgada pelo STF em 2011, que tem por objeto a constitucionalidade do art. 1.723 do Código Civil, que, supostamente, veda o reconhecimento jurídico de uniões estáveis homoafetivas, ao prever que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher”.

Tendo em vista que o dispositivo mencionado do Código Civil consiste em nada mais que uma repetição do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, a regra que foi superada no caso em questão é uma regra de natureza constitucional.

O único modo de reconstruir racionalmente essa decisão do Supremo Tribunal Federal é mediante a aplicação da fórmula de Radbruch: a ausência de reconhecimento do caráter familiar das uniões homoafetivas pode ser qualificada como injustiça extrema, uma vez que não há argumentos de razão pública (isto é, são excluídos os argumentos de caráter religioso) que justifiquem a regra em questão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *The Argument from Injustice: a Reply to Legal Positivism*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. El No positivismo Incluyente. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 36, n. 1, p. 15-23, 2013.

ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. *International Journal Of Constitutional Law*, [s.l.], v. 12, n. 3, p.511-524, 1 jul. 2014.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PORTOCARRERO, Jorge. *La Ponderación y la Autoridad en el Derecho: el rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016.

RAABE, Marius. *Grundrechte und Erkenntnis: der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros: São Paulo, 2009.