

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E
FILOSOFIA DO ESTADO II**

ANDRINE OLIVEIRA NUNES

FERNANDO DE BRITO ALVES

RUBENS BEÇAK

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andrine Oliveira Nunes; Fernando De Brito Alves; Rubens Beçak. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-830-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria do Direito 3. Teoria da Justiça e Filosofia do Estado. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II

Apresentação

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II

GT “TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II”

O presente volume é decorrente dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II, durante o XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA – (CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), realizado no período de 12 a 14 de outubro de 2023.

O Congresso teve como base a temática “Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración” e os trabalhos expostos são decorrentes de pesquisas realizadas em diferentes instituições nacionais, tendo sido apresentados neste Grupo de Trabalho (GT) 12 (doze) artigos vinculados à temática sobre: Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado, os quais guardam relação com o tema básico do Grupo de Trabalho, o que demonstra a adequada seleção dos artigos, circunstância que favoreceu sobremaneira e de modo efetivo as conjecturas e as refutações dos debates no momento das discussões e análises coletivas, tornando-as muito profícuas e exitosas para o engrandecimento da ciência jurídica e da comunidade acadêmica, exatamente por ter contado com a participação de vários autores dos trabalhos em comento, os quais abordaram diversas temáticas afetas ao GT, cujos títulos dos artigos, autores e síntese de seu conteúdo dispomos a seguir.

1. A ANÁLISE CRÍTICA DE AMARTYA SEN SOBRE A TEORIA DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS – Autoria: Thécio Antônio Silveira Braga. O trabalho analisa as críticas de Amartya Sen à teoria de justiça como equidade de John Rawls, tendo sido estruturado para primeiro aclarar a escola dos dois autores e depois analisar as falhas apontadas por Amartya Sen, sobretudo, em relação à centralidade da teoria de John Rawls no que tange a garantia de bens primários como medida de equidade, já que a concessão de determinados bens primários pode não resultar em uma sociedade mais justa, em face da diversidade de necessidades mínimas para cada indivíduo; além da impossibilidade desta escola de oferecer respostas para os casos difíceis. Ademais, explora a resposta de John Rawls às críticas de Amartya Sen. A conclusão é que tanto a concepção de justiça de ambos

os autores têm o mesmo ponto de partida, qual seja, a liberdade e que nenhuma delas oferecem argumentos suficientes para neutralizar o objeto e abordagem da outra.

2. A BAIXA REPRESENTATIVIDADE DO GOVERNO FEDERAL BRASILEIRO NO ARRANJO INSTITUCIONAL DA REGIÃO METROPOLITANA DA BAIXADA SANTISTA E SEUS IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO INTEGRADO – Autoria: Maria Fernanda Leal Maymone, Angela Limongi Alvarenga Alves, Alcindo Fernandes Gonçalves. O trabalho abordou a discussão sobre questões urbanas e metropolitanas com um olhar na governança e no desenvolvimento integrado, em especial na Baixada Santista, uma vez que a participação democrática dos atores locais é fundamental para abordar a urbanidade e o meio ambiente. No entanto, algumas atuações, exíguas e pontuais do Governo Federal, nas questões relacionadas ao federalismo, com enfoque na Baixada Santista, trouxe o seguinte questionamento: quais impactos possíveis a ausência do Governo Federal pode causar na agenda de governança para a Região Metropolitana da Baixada Santista? Assim, fora analisado o modelo de federalismo de cooperação e o pacto federativo nos processos de desenvolvimento e governança da Região Metropolitana da Baixada Santista, seus arranjos institucionais e sua efetividade na promoção da cooperação intermunicipal e enfretamento das questões metropolitanas, com a conclusão de que na Região Metropolitana da Baixada Santista a falta de articulação entre governança e federalismo causam impactos negativos para o desenvolvimento integrado da Região.

3. OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS – Autoria: Marcelo Nunes Apolinário, Ândreo da Silva Almeida. O trabalho analisou as teorias do diálogo institucional que versam sobre o método judicial, elaboradas por Christine Bateup, e sua efetiva utilização pela jurisdição constitucional brasileira para resolver os conflitos envolvendo a concretização de direitos sociais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e, a habilitação para reduzir o déficit democrático do Judiciário nesse tipo de atuação. Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal utiliza as teorias dos diálogos institucionais na concretização dos direitos sociais como forma de equilibrar os valores do constitucionalismo com a democracia, com recorte temporal de 2008 a 2020, para ao final concluir que as teorias do diálogo quanto ao método judicial podem contribuir consideravelmente para que a Jurisdição Constitucional alcance patamares satisfatórios de concretização de direitos sociais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

4. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA ERA DA TECNOLOGIA – Autoria: Noirma Murad. O trabalho analisou que a globalização se dá não apenas quanto ao capital e

mercadorias, mas também em relação às inovações do mundo digital, às novas formas de comunicação e aos novos atores no setor político que se utilizam da nova tecnologia, analisando-as sob o aspecto da mineração de dados e da rapidez com que as notícias falsas se espalham. Os institutos, como a lawfare, se apresentam com uma nova forma de dominação política e econômica, detendo meios de interferência em eleições democráticas, bem como nas formas de organização das guerras que se dão no espaço virtual e digital, de dados, junto ou separadamente aos meios tradicionais, trazendo um novo tipo de colonialismo: o colonialismo de dados como forma de dominação política. Essas guerras pelo poder, com a inclusão dos meios digitais, da rapidez, do direito como arma de guerra, foram denominadas “guerras híbridas”, violando não apenas os direitos fundamentais, mas colocando em risco a própria existência do Estado Democrático de Direito, uma vez que há a manipulação das condutas sociais para fins políticos. Daí a necessidade do Direito regular essas novas formas de comunicação e dominação, preservando os direitos fundamentais e o próprio Estado Democrático de Direito.

5. ACESSO A JUSTIÇA E ATIVISMO JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA – Autoria: Greice Kelly Lourenco Porfirio De Oliveira, André Luiz de Oliveira Brum. O trabalho analisou, por meio do confronto com opiniões doutrinárias, a concretude do direito fundamental constitucional do acesso à justiça, tendo inicialmente traçado um estudo conceitual sobre o direito fundamental constitucional de acesso à justiça, analisando a expansão do conceito ao longo dos tempos, principalmente em relação à evolução legislativa em âmbito nacional. Assim, a atuação do Poder Judiciário, muitas vezes é confundida como justificativa para concessão de decisões sem critério, fundadas na racionalidade e discricionariedade a partir da vivência, costumes dos julgadores. A partir de tal ponto, observando questões de julgamentos nacionais, foi estabelecido uma diferenciação de judicialização da política e ativismo judicial, inclusive sob a perspectiva de diferentes autores. Assim, resta evidente e imprescindível reforçar a relevância da hermenêutica jurídica, principalmente para resguardar os direitos fundamentais e os termos constitucionais, visando inibir a arbitrariedade prevista no ativismo judicial.

6. COSTUMES CONSTITUCIONAIS E PLURALISMO JURÍDICO – Autoria: Rafael Lazzarotto Simioni, Régis Gustavo Fernandes dos Santos. O trabalho discute a possibilidade do reconhecimento de “costumes constitucionais” como fontes subsidiárias de direito constitucional, com a análise das consequências jurídicas decorrentes dessa hipótese: controle de constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais baseados em costumes constitucionais, distinções entre costumes secundum, praeter e contra legem, bem como a relação entre costumes e mutação constitucional e as diferenciações necessárias entre costumes constitucionais e pluralismo jurídico. Como resultado, concluiu que não só é

possível, mas, sobretudo, imprescindível o reconhecimento da existência de costumes constitucionais na ordem jurídica brasileira, como forma de valorização do pluralismo jurídico e das práticas políticas que ajudam no processo de complementação da construção de sentido do direito constitucional brasileiro.

7. TOTALITARISMO NO SÉC. XXI? NOTAS SOBRE O REGIME DA COREIA DO NORTE E O TOTALITARISMO – Autoria: Giovani da Silva Corralo, Luiz Fernando Lourenço Guimarães. O trabalho tem por foco a análise da Coreia do Norte e a sua conformação enquanto Estado totalitário. Trata-se de um dos países com o regime político mais fechado do mundo. Para tanto, perscrutam-se importantes reflexões sobre as formas autocráticas de governo no decorrer do tempo, de Platão a Hannah Arendt, sendo as categorias identificadoras do totalitarismo de Hannah Arendt as utilizadas como principal referência teórica. Daí a conclusão fora no sentido de que a presença massiva dos elementos caracterizadores do totalitarismo, adotando a classificação de Hannah Arendt, permitem considerar a Coreia do Norte como um Estado totalitário, cuja inexistência de uma grande população, não obstante a considerável densidade populacional e a não pretensão universalista, não elidem a força e a intensidade dos demais elementos caracterizadores do totalitarismo.

8. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E LAWFARE: DIFERENCIAÇÕES CONCEITUAIS – Autoria: Robson Luis Zorzanello, Mateus Renan Jacobs, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. O trabalho estabelece conceituações e diferenciações entre a judicialização da política e o ativismo judicial, entendidos como desdobramentos do protagonismo judicial, incluindo o debate do lawfare. A judicialização da política é vista como decorrência do regime de jurisdição vigente, pois com a promulgação da atual Constituição os direitos fundamentais foram expandidos e foi instituído um complexo sistema de controle de constitucionalidade, que conferiu ao Judiciário competências ampliadas, as quais acabam por ser interpretadas, por vezes, como invasão nas atribuições dos Poderes Legislativo ou Executivo. O ativismo judicial, por seu turno, ocorre no terreno da judicialização, mas com ela não se confunde. De matriz pós-positivista, o ativismo designa a atuação de magistrados que, pretensamente imbuídos da tarefa de concretizar direitos fundamentais, contornam o processo legislativo moroso, inativo ou conservador para fazer valer interpretações voluntaristas, extrapolando os limites constitucionais e legais. Já o lawfare consiste no uso estratégico do direito com fins políticos, econômicos ou comerciais, para prejudicar ou aniquilar um inimigo. Pode ser permeado pelo ativismo judicial, mas dele se diferencia, dentre outros aspectos, pelas finalidades que o motivam e pela estrategização que tem como característica. Assim, infere-se que o ativismo judicial e o lawfare são causa de desestabilização do Estado Democrático de Direito.

9. LIBERDADE JURÍDICA E NEGAÇÃO DETERMINADA – Autoria: Vinícius Gomes Casalino. O trabalho aborda o tema da liberdade jurídica e os elementos que constituem o núcleo específico de seu significado normativo. Tem como objetivo problematizar os limites conceituais deste direito fundamental com vistas a uma compreensão mais adequada de sua eficácia jurídica e social. Para tanto, procura, na formulação clássica, sobretudo aquela desenvolva pelo idealismo e dialética alemães, os pontos fundamentais a partir dos quais se pode estabelecer seus limites e abrangência imanentes. Os resultados sugerem que a liberdade jurídica, pensada à luz de sua negação determinada, é conceito que se limita a si próprio, dispensando, para tanto, a colisão com outros direitos fundamentais, como sempre sustentou a teoria tradicional. As conclusões indicam que a limitação das liberdades clássicas, como a liberdade de expressão, longe de ser uma restrição a um direito fundamental, constitui, na verdade, sua condição de existência e efetividade plenas. A compreensão da liberdade como direito que se autolimita e, ao fazê-lo, preserva-se, é fundamental para a defesa e sustentação do Estado Democrático de Direito neste primeiro quarto do século XXI.

10. O IMPACTO POLÍTICO E ECONÔMICO SOBRE A FORMA JURÍDICA NEOLIBERALISMO: BASE IDEOLÓGICA DA RETRAÇÃO DE DIREITOS NA REFORMA PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA DE 2019 – Autoria: Celeste Maria Gama Melão, Julia Piccoli Silva. O trabalho realiza estudo jusfilosofico com ênfase no impacto sobre a forma jurídica dos direitos sociais imposto pelo contexto econômico e político e visa demonstrar de que maneira a forma jurídica esta relacionada à forma social. Tem como eixo a contraposição entre as interpretações filosóficas características das teorias idealista e materialista histórico dialética, respectivamente, acerca da forma jurídica. O núcleo central do estudo consiste na investigação acerca das transformações econômicas, sobretudo, acerca da sua relação para com as modificações ocorridas na esfera jurídica. Com fins epistemológicos, apresenta um recorte temático, tanto em termos geográficos quanto em termos de temporalidade, focado na análise da Reforma Previdenciária Brasileira de 2019, de modo a relaciona-la com as políticas econômicas liberais e neoliberais administradas à época, para identificar os moldes ideológicos que incidem diretamente sobre o Direito e sua forma jurídica a ponto de fazê-lo ir na contramão da Justiça Social.

11. CRÍTICAS ÀS TEORIAS ESTRUTURAIS DE VINCULAÇÃO À ATIVIDADE LEGISLATIVA EM CARLOS BERNAL PULIDO – Autoria: Gustavo Silva Calçado. O trabalho aborda a complexa atividade legislativa no que tange a criação de novas regras que compõem o sistema normativo. Não se trata da análise procedimental ou um estudo de qualquer critério formalista. A ideia é contribuir com reflexões a respeito os limites à prática legiferante. Embora o campo político seja naturalmente uma arena criativa, na qual se discute

ideologias, não se pode ter em mente que se trata de um espaço sem constrangimentos. Neste sentido, qual seja, identificar a existência de instrumentos limitadores à criatividade parlamentar, este artigo busca apresentar e descrever o estudo desenvolvido pelo professor espanhol Carlos Bernal Pulido, publicado em sua obra *El Principio de Proporcionalidad y los derechos Fundamentales*, cuja construção teórica mostra-se alicerçada principalmente em Alexy e Habermas, na tentativa de demonstrar porque a aplicação do princípio da proporcionalidade oferece maiores garantias de racionalidade. O autor espanhol estrutura seu estudo a partir da falibilidade das Teorias Essencialistas e da Teoria Interna ou de Conteúdo Reduzido da norma jurídica tendo os direitos Fundamentais como elemento de equilíbrio. Portanto, o leitor terá a oportunidade de conhecer um pouco do estudo desenvolvido pelo professor Carlos Pulido, sem a pretensão de conhecê-la em sua inteireza visto sua profundidade teórica, em que pese seus ensinamentos fornecerem importantes referências para o desenvolvimento prático do tema no âmbito das casas legislativas.

12. A AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DO DIREITO À NACIONALIDADE COMO PROBLEMA DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE OS TRABALHADORES MIGRANTES DOS ESTADOS DO CONSELHO DE COOPERAÇÃO DO GOLFO – Autoria: André Augusto Cella. O trabalho trata da ausência do reconhecimento do direito de nacionalidade aos trabalhadores migrantes residentes nos Estados membros do Conselho de Cooperação do Golfo (CCG) como um problema de justiça distributiva, na medida em que se verifica, empiricamente, que uma maioria da população de 6 países situados no Golfo Pérsico, com elevada renda 'per capita', vive numa situação de permanente exclusão de pertencimento político e acesso a bens sociais primários. Ao tratar o tema como uma luta por reconhecimento, numa abordagem dedutiva, ele visa, por meio de um estudo de caso, analisar a possibilidade de estabelecimento de padrões mínimos de Direito Internacional a serem observados pelos Estados a respeito do reconhecimento do direito à nacionalidade, a partir da análise de evidências empíricas em situações semelhantes e à luz de concepções liberais de justiça. Assim, tenta-se responder à indagação que é o problema central da pesquisa: poderia o Direito Internacional incidir na temática aqui proposta, estabelecendo padrões mínimos e eventuais sanções em caso de descumprimento? As conclusões obtidas apontam para a existência de abuso do poder de regulação do direito de nacionalidade nos Estados do CCG, de uma luta por reconhecimento que só não aparece às claras por conta dos regimes antidemocráticos que operam na região e pela possibilidade, no plano do Direito Internacional, de imposição de mudanças que beneficiem esses migrantes, sob pena de sanções, mesmo numa perspectiva de teorias liberais de justiça.

Certos de que esta publicação soma, e muito, ao conhecimento acadêmico teórico-prático, gerando valores e fornecendo importantes instrumentos para que pesquisadores e aplicadores

do Direito acresçam às suas compreensões relativas, constantes e necessárias das Teorias do Direito, Teorias da Justiça e da Filosofia do Estado, os organizadores deste grupo de trabalho prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

14 de outubro de 2023.

Coordenadores:

Prof^a. Dr^a Andrine Oliveira Nunes – Centro Universitário Estácio do Ceará

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – Universidade Estadual do Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak – Universidade de São Paulo

CRÍTICAS ÀS TEORIAS ESTRUTURAIS DE VINCULAÇÃO À ATIVIDADE LEGISLATIVA EM CARLOS BERNAL PULIDO

CRITICAL ANALYSIS OF STRUCTURAL THEORIES OF LEGISLATIVE ACTIVITY IN CARLOS BERNAL PULIDO

Gustavo Silva Calçado ¹

Resumo

Este breve artigo aborda a complexa atividade legislativa no que tange a criação de novas regras que comporão o sistema normativo. Não se trata da análise procedimental ou um estudo de qualquer critério formalista. A ideia é contribuir com reflexões a respeito os limites à prática legiferante. Embora o campo político seja naturalmente uma arena criativa, na qual se discute ideologias, não se pode ter em mente que se trata de um espaço sem constrangimentos. Neste sentido, qual seja, identificar a existência de instrumentos limitadores à criatividade parlamentar, este artigo busca apresentar e descrever o estudo desenvolvido pelo professor espanhol Carlos Bernal Pulido, publicado em sua obra *El Principio de Proporcionalidad y los derechos Fundamentales*, cuja construção teórica mostra-se alicerçada principalmente em Alexy e Habermas, na tentativa de demonstrar porque a aplicação do princípio da proporcionalidade oferece maiores garantias de racionalidade. O autor espanhol estrutura seu estudo a partir da falibilidade das Teorias Essencialistas e da Teoria Interna ou de Conteúdo Reduzido da norma jurídica tendo os direitos Fundamentais como elemento de equilíbrio. Portanto, o leitor terá a oportunidade de conhecer um pouco do estudo desenvolvido pelo professor Carlos Pulido, sem a pretensão de conhecê-la em sua inteireza visto sua profundidade teórica, em que pese seus ensinamentos fornecerem importantes referências para o desenvolvimento prático do tema no âmbito das casas legislativas.

Palavras-chave: Teoria da norma jurídica, Hermenêutica, Atividade legislativa, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This brief article addresses the complex legislative activity regarding the creation of new rules that will form the normative system. It is not about procedural analysis or a study of any formalistic criteria. The idea is to contribute reflections on the limits to legislative practice. Although the political field is naturally a creative arena for discussing ideologies, it cannot be assumed that it is a space without constraints. In this sense, namely, to identify the existence of limiting instruments to parliamentary creativity, this article seeks to present and describe the study developed by the Spanish professor Carlos Bernal Pulido, published in his work “*El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*,” whose theoretical

¹ Mestre em Cultura Jurídica (UnG) e mestre em Direitos Coletivos e Função Social da Constituição (UNAERP)

construction is mainly grounded in Alexy and Habermas, attempting to demonstrate why the application of the principle of proportionality offers greater guarantees of rationality. The Spanish author structures his study based on the fallibility of Essentialist Theories and the Internal Theory or Reduced Content Theory of the legal norm, with Fundamental Rights as an element of balance. Therefore, the reader will have the opportunity to become acquainted with a portion of the study conducted by Professor Carlos Pulido, without the pretense of fully understanding it given its theoretical depth, although his teachings provide important references for the practical development of the topic within legislative bodies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of legal norm, Hermeneutics, Legislative activity, Fundamental rights

1. Uma breve aproximação ao tema.

Reputo ser importante o estudo desenvolvido pelo professor Carlos Bernal Pulido em relação aos limites aos legisladores, sobretudo ao dever de vinculação da atividade legiferante aos direitos fundamentais. O pensamento do professor espanhol nos oferece um modelo teórico a partir da dogmática constitucional espanhola, dialogando com o pensamento de Robert Alexy, Habermas, Friedrich Müller, Rawls e I. de Otto, em sua obra *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*.

O professor espanhol admite ser possível identificar o critério estrutural da norma fundamental considerando o princípio da proporcionalidade, na tentativa de demonstrar porque a aplicação deste princípio oferece mais garantias de racionalidade. Ao mesmo tempo, alerta o autor, que “os critérios estruturais [da norma fundamental] [devem ser] são ideologicamente neutros, não havendo nenhum nexos com os conteúdos materiais dos direitos”(PULIDO, 2007, p. 405). Neste sentido, a teoria estrutural fundada na proporcionalidade conseguiria integrar conteúdos axiológicos, diminuindo as tensões causadas pelas ideologias liberais, democráticas e de Estado Social.

Pulido faz uma analogia interessante comparando a análise da vinculação ao legislador a partir da estrutura da norma fundamental, assim como os estudos microscópicos realizados por cientistas para conhecer a fisiologia das células: “a vinculação gerada pelos direitos fundamentais é compreendida, quando se analisa sua estrutura sob o microscópio dogmático, e quando se detecta as repercussões que a legislação e a jurisprudência constitucional têm com ela”(Ibidem, p. 406).

Para demonstrar que o princípio da proporcionalidade oferece maiores aportes para aferir a vinculação dos direitos fundamentais na atividade legislativa, Pulido critica, em um primeiro momento, algumas teorias que buscam também o mesmo intento, mas, segundo ele, seriam falíveis por desconsiderar a via da proporcionalidade. Ele as denomina de conjuntos de critérios alternativos. São elas: as teorias do conteúdo essencial e a teoria interna ou de conteúdo reduzido dos direitos fundamentais.

Para explicar as teorias do conteúdo essencial, o professor se vale novamente da metáfora da célula, em que o seu núcleo representaria o elemento normativo essencial, e o

citoplasma (região entre o núcleo e a membrana celular) representaria o conteúdo normativo expandido. Com base nesta alegoria, Pulido sistematiza as teorias essencialistas em: (I) teoria espacial-absoluta; (II) teoria eclética ou mista; (III) teoria temporal-absoluta. Em um penoso exercício de síntese, tentarei expô-las, para ao final, compreendermos a proposta do autor espanhol.

2. As Teorias Essencialistas.

2.1 Teoria Espacial-absoluta.

A teoria espacial-absoluta pressupõe que o conjunto de todas as normas e posições adstritas a cada dispositivo jusfundamental, se divide na realidade em dois subconjuntos: o núcleo, aquilo que é indisponível pelo legislador, e o acidental, que, por sua vez, representaria o entorno, a periferia, ou o que pode ser modificado, restringido ou suprimido pelas decisões políticas. Tanto o núcleo como a periferia formam parte do conteúdo do direito, que se entende como uma substância.

A teoria espacial-absoluta do conteúdo essencial pode ser entendida como aquela em que compreende os direitos fundamentais no plano estático¹, segundo a qual a intervenção legislativa só é constitucionalmente admissível *en la zona accidental* ou não essencial do direito fundamental (metaforicamente, seria o citoplasma celular). Neste sentido, o conteúdo essencial (núcleo da célula) deve ser preservado, servindo de limite à reforma ou criação legislativa².

Importante mencionar que a definição do que seria o núcleo essencial do direito não deve guardar relação com qualquer elemento histórico ou com circunstâncias de momento, de modo a defini-lo abstratamente. Nesse sentido, o professor usa a expressão “aquele mínimo que sempre deve permanecer no direito, antes e depois, e sempre em cima das intervenções legislativas” (PULIDO, 2007, p. 411)³.

¹ Em contraposição às *teorias temporais* que, apesar de reconhecerem o critério estrutural do direito, admitem a possibilidade dos mesmos sofrerem mutações ao longo do tempo.

² No mesmo debate, Pulido menciona a *teoria espacial-relativa*, segundo a qual o legislador teria liberdade de intervir em qualquer conteúdo do direito. Esta teoria, segundo o professor, coincide em grande medida, com a teoria do princípio da proporcionalidade.

³ Não menos importante (por isso esta nota), segundo o autor, há méritos e deméritos na teoria. O lado positivo está no sentido de tentar adotar critérios (insuficientes) para vincular a atividade legislativa. Contudo, a teoria atribui a palavra final ao tribunal Constitucional para determinar qual é o conteúdo essencial do direito, sem ter

A proposição defendida por esta teoria, na qual se sustenta a abstração do conteúdo essencial, remete, erroneamente, segundo o autor, à ideia de natureza geral dos direitos fundamentais. Segundo o professor espanhol, trata-se de um equívoco sustentar uma única natureza aos direitos fundamentais, visto que devem ser interpretados sob matrizes (no plural) ideológicas variáveis, a saber, liberal, democrática ou social. Consequentemente, se reconhece pelo menos, três naturezas diferentes dos direitos fundamentais. Se os direitos fundamentais fossem estruturados sob uma única convicção geral, diz o professor, “a doutrina opinaria unitariamente” (PULIDO, 2007, p. 418).

A leitura de matriz única em relação aos direitos fundamentais mostra-se insuficiente para resolver, em especial, casos mais complexos, contribuindo para um enorme vácuo hermenêutico e prevalência de convicções ideológicas justificadoras da discricionariedade das decisões judiciais, solipsistas por certo, e que não vincula (nem deveria vincular) a atividade legislativa.

Ademais, Pulido (2007, p. 420) observa que a teoria espacial-absoluta “conduz inexoravelmente a desconstitucionalização do conteúdo periférico dos direitos fundamentais”, por considerar somente a essência do direito (núcleo da célula) um conteúdo intangível pelo legislador, de tal sorte que as matérias normativas periféricas (citoplasmática) se converteriam em um campo ilimitado para criação, um espaço irrestrito no qual o parlamentar teria total liberdade para dispor.

Ao mesmo tempo, a rigidez quanto ao núcleo essencial, geraria o engessamento do modelo normativo, de modo que “o sistema de direitos fundamentais não pode ser tão rígido que inclusive favoreça a irracionalidade e auspicie sua própria deslegitimação política, por não poder adaptar-se as necessidades da sociedade” (PULIDO, 2007, p. 418). Neste ponto, o modelo engessado nos remete à juspositivismo clássico, no qual a falibilidade se mostrou clara frente aos desafios hermenêuticos da contemporaneidade, sobretudo à diversidade ideológica que marca o campo político-legislativo.

que ponderar, no caso de declarar inconstitucionalidade a lei, o limite de competência legislativa ou o nível de exigência que desprendem outros princípios constitucionais (referência indireta à fórmula do peso alexyana). Neste sentido, a tese espacial-absoluta é intuicionista por definição, além de atribuir um poder desmedido ao Tribunal Constitucional para controlar as leis, desampara a liberdade de configuração da Constituição que tem o legislador.

2.2 Teoria Eclética ou Mista.

Posteriormente, o professor Carlos Pulido busca desenvolver a teoria eclética ou mista do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A partir da nomenclatura utilizada para dar destaque à teoria, é possível extrair basicamente do que se trata. As palavras eclética e mista reportam à ideia de conjugação de dois elementos, quais sejam, “os postulados básicos da teoria espacial-absoluta, com o reconhecimento de que o princípio da proporcionalidade pode funcionar, em alguma medida, como critério para a definição da vinculação do legislador aos direitos fundamentais” (PULIDO, 2007, p. 426).

Como se dá esta construção? A teoria parte da mesma estrutura do direito fundamental, segundo a qual existe um conteúdo essencial e um conteúdo periférico. A percepção quanto ao núcleo essencial intocável da norma continua a mesma, entretanto há diferença em relação ao entendimento quanto ao campo periférico normativo. Na teoria mista, as intervenções do legislador estariam vinculadas juridicamente na periferia. Neste sentido, o legislador não atuaria livremente; por certo, nestes casos, a intervenção legislativa deve considerar a proporcionalidade.

Tomando por base a tese de Robert Alexy, as interferências legislativas no conteúdo periférico devem “superar os três juízos do princípio da proporcionalidade: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” (PULIDO, 2007, p. 426). Em geral, os autores que sustentam a tese⁴ assinalam que a garantia do conteúdo essencial e o princípio da proporcionalidade são limites dos direitos fundamentais que funcionam de modo independente. Segundo o registro em Pulido:

Toda ingerência legislativa em relação ao conteúdo dos direitos fundamentais deve respeitar o limite absoluto do conteúdo essencial, ademais deve estar justificada nos termos do princípio da proporcionalidade. Em todo caso, a justificativa que se dá a proporcionalidade só é válida na zona periférica do direito; toda medida que afete seu conteúdo essencial é inconstitucional, assim encontrada uma justificativa plausível a partir do princípio da proporcionalidade: toda limitação de um direito fundamental deve estar justificada e ademais, respeitar seu conteúdo essencial ou, dito de outro modo, ainda que uma disposição limitadora conte a seu favor com boas razões,

⁴ Pulido cita como adeptos desta teoria os professores L. Parejo, L. Prieto Sanchís e M. Medina Guerrero.

resultará ilegítima se chegar a prejudicar o conteúdo mínimo ou essencial de um direito. (PULIDO, 2007, p. 427).

Parece-me que a função do núcleo essencial é servir de parâmetro em uma das extremidades, digamos assim, interpretativa, segundo a qual a partir de um dado limite o direito não pode ser tangido. Neste sentido, preserva-se todas as críticas relacionadas à teoria espacial-absoluta, com exceção do fato da restrição legislativa quanto ao conteúdo periférico, justificado pela teoria da proporcionalidade.

Dito isso, Pulido percebe que esta conjugação das teorias não se sustenta por incompatibilidade metodológica. A proporcionalidade e a ponderação não integram a mesma estrutura teórica do núcleo essencial. Explica o autor que, enquanto a teoria do núcleo essencial vê isoladamente cada direito fundamental para explicar a distinção do que seria essencial e periférico, a teoria da proporcionalidade só existe a partir da análise do direito em relação a outro direito.

O autor trabalha com o exemplo do direito a honra em conflito com o direito a informação. Para a teoria mista, o núcleo essencial é predeterminado, abstrato e precede o próprio processo de interpretação. Tal proposta não se sustenta pois só se definiria o núcleo essencial da honra a partir da ponderação proporcional com o direito a informação, de tal sorte que este exercício tende a delinear até que ponto vai a intervenção legislativa.

Nos termos em que a teoria mista é fundada, não há como explicar porque o legislador despenaliza o aborto em alguns casos. Não se explica a razão pela qual proteção do nascituro é considerada o núcleo essencial, mas que em algumas situações, o conteúdo essencial intenta proteger a liberdade da mãe para decidir sobre o próprio corpo.

Não de outro modo, a vinculação ao legislador deve surgir a partir do “resultado da comparação entre os diversos graus de conflito em que os direitos ou bens virem a ter, respectivamente, restringidos e favorecidos” (PULIDO, 2007, p. 435), em uma clara referência à técnica do sopesamento de Alexy. Segundo o autor espanhol, a única maneira de definir o conteúdo essencial é por interferência da aplicação do princípio da proporcionalidade, a partir da premissa de colisão normativa.

2.3 Teoria Temporal-absoluta.

Passemos a analisar a terceira teoria de conteúdo essencial reportada por Pulido, chamada de teoria temporal-absoluta de conteúdo essencial⁵.

O critério temporal nasce em contraposição ao critério espacial explorado na teoria espacial-absoluta. Lembremos. O critério espacial é aquele em que representa os direitos fundamentais de modo estático, como entidade corpóreas dotadas de substância. Metaforicamente, o autor utilizou a estrutura celular para explicar (núcleo e citoplasma). Já o critério temporal, o conteúdo essencial é um “conjunto de conteúdos de direitos – normas e posições jusfundamentais – que permanecem sempre, apesar de alguns elementos mudarem com o tempo” (PULIDO, 2007, p. 440). O critério absoluto, usado na nomenclatura desta teoria, se sustenta pois o conteúdo essencial é intangível e irrestringível por parte do legislador, assim como na teoria espacial-absoluta o núcleo celular (metaforicamente) também era intocável.

A temporalidade, característica desta proposta, na qual se permite mudanças do conteúdo essencial, se dá, segundo o autor espanhol, em razão da cultura jurídica existente em cada momento histórico da sociedade. Sustentado em J. Jiménez Campo, Pulido registra que:

O juízo de constitucionalidade das leis restritivas dos direitos fundamentais supõe então, estritamente, a apelação a uma imagem de cultura que a tradição jurídica, convocada pela Constituição, proporciona ao intérprete. (PULIDO, 2007, p. 440).

Nestes termos, se reconhece uma forte carga culturalista na proposta – häberleniana, por certo –, na qual o conteúdo essencial admite mudanças por considerar elementos culturais cambiantes na sociedade, ao mesmo tempo que ele não desaparece, é perene ou constante. Tomadas as lições a partir de Wittgenstein, Pulido diz que:

não importa que as normas e posicionamentos que constituem o conteúdo do direito fundamental variem, mas em todo caso, historicamente, este conteúdo deve conformar-se por normas e posicionamentos que guardem familiaridade, e como tal deve perdurar. (PULIDO, 2007, p. 443-444).

Ademais, é possível depurar, a partir desta matriz culturalista, a superação de dois argumentos centrais na teoria espacial-absoluta, quais sejam: aquela visão estática de identidade

⁵ Pulido menciona a lição de J. Jiménez Campo como referência à teoria temporal-absoluta de conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

absoluta e abstrata do núcleo essencial e a vagueza interpretativa do tribunal constitucional ao julgar restrições legais ao núcleo essencial pelo controle de constitucionalidade.

Da mesma forma a teoria temporal-absoluta apresentaria, pela via da cultura jurídica, maior racionalidade às decisões, mais do que o princípio da proporcionalidade poderia oferecer, desta maneira superando argumento da teoria mista do conteúdo essencial.

Entretanto, em que pese os enfrentamentos proveitosos, especialmente direcionadas à teoria espacial-absoluta, a teoria temporal não escapa às críticas de Pulido. O professor espanhol acredita ser frágil a teoria temporal, por depositar um excesso de confiança na objetividade dos conteúdos culturais, ou seja, o ponto fraco estaria em considerar possível uma homogeneidade sociocultural.

Neste ponto, Pulido remete a teoria habermasiana, segundo a qual trabalha a razão comunicativa no discurso do direito como elemento fundamental da própria democracia, na medida em que a legitimidade das normas legais somente pode ser alcançada através de processos de validação discursiva.

O professor espanhol, cita Habermas mencionando um trecho de sua obra *Facticidad y validez sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, na qual Habermas reconhece que, em uma sociedade pluralista e com interesses diversos, identificar o fundamento de conteúdo essencial, tendo por base a cultura predominante às decisões judiciais, é uma tarefa árdua. Segue a citação:

Sobre este aspecto convém recordar que Habermas, com admirável tino, tem respondido à hermenêutica, que “recorrer a um etos reinante ou dominante, desenvolvido mediante interpretação, não oferece em uma sociedade pluralista, em que competem entre si distintos tipos de convicções últimas e contrapostas constelações de interesses, nenhum fundamento convincente para a validez das decisões judiciais. O que para uns pode parecer valioso, para outros é mera ideologia ou retrocesso”(HABERMAS, 1998, apud PULIDO, 2007, p. 445).

A partir deste trecho, o leitor é tentado em crer que Habermas reconhece o problema, mas não o enfrenta. Parece claro que Pulido compreende a ideia do pensador alemão, segundo a qual o Direito legítimo é aquele que emana da vontade dos cidadãos, entretanto não avança

ao dispor que a teoria habermasiana propõe a necessidade de haver elementos prescritivos legitimadores de mudanças.

Onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político? Esta pergunta torna-se angustiante em sociedades pluralistas, nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e cosmovisões se desintegram e onde a moral pós-tradicional da consciência, que entrou no seu lugar, não oferece mais uma base capaz de substituir o natural, antes fundado na religião ou na metafísica. Ora, o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade. (HABERMAS, 1997, p. 308).

Nestes termos, Habermas reconhece a necessidade de elementos abertos à possibilidade de alteração. Em outras palavras, trata-se de um processo legislativo que confira ao cidadão a condição de coautor da norma jurídica, não de mero destinatário. Sustenta o pensador alemão que o “que é válido precisa estar em condições de comprovar-se contra as objeções apresentadas factualmente” (HABERMAS, 1997, p. 56), ademais, a força coercitiva do direito só se sustenta enquanto legitimada for a regra.

Feitas as observações e esclarecimentos habermasianos, digamos assim, e vencida a primeira crítica relativa à teoria temporal-absoluta, segundo a qual, haveria uma confiança exagerada no critério de objetividade cultural, Pulido passa a considerar que o modelo culturalista também gera uma contradição teórica, enquanto elemento hábil a vincular a atividade legislativa. Considerando os direitos fundamentais aqueles determinados na Constituição, cujo conteúdo essencial seria identificado pela cultura, a teoria temporal recai no enigma da abstração pré-legislativa deste conteúdo, de tal sorte que o elemento cultural não poderia afetar o legislador: “o legislador não pode desfigurar o que não existe” (PULIDO, 2007, p. 445), no mundo jurídico.

O que parece muito difícil conceber, é que o legislador tenha a obrigação de respeitar o conteúdo essencial, se o conteúdo essencial não existe antes da expedição da lei, nem do exercício do controle de constitucionalidade. O legislador não pode estar vinculado por algo que não lhe precede. (PULIDO, 2007, p. 446).

Em um claro apelo à lei como critério de vinculação legislativa, Pulido entende que a norma deve ser o instrumento capaz de identificar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Pois bem. Em um penoso exercício de síntese, passamos pelo primeiro grupo das teorias estruturais alternativas, denominado pelo professor Carlos Pulido, como aqueles pertencentes às teorias de conteúdo essencial: teoria espacial-absoluta, teoria mista e teoria temporal-absoluta. A partir de agora, analisaremos as teorias que compõem o segundo grupo, chamada de teoria interna ou de conteúdo reduzido dos direitos fundamentais.

3. Teoria Interna ou de Conteúdo Reduzido.

O nome é apropriado e nos ajuda a identificar um ponto em comum entre as teorias que se pretende estudar adiante. São chamadas de internas porque sustentam a tese segundo a qual os limites que vinculam o legislador não estão fora do direito, ao passo que reduzida incorpora a ideia de que a extensão do conteúdo dos direitos fundamentais tem menor volume. Sustenta Pulido que, conforme esta teoria, “os únicos limites conhecidos pelos direitos fundamentais são os que demarcam os contornos da substância a que alude as disposições que os tipifica” (PULIDO, 2007, p. 448).

Sob esta perspectiva, não há de se falar em validade definitiva do conteúdo dos direitos fundamentais, tampouco haveria choques de princípios em todo momento, pois sua estrutura não comportaria conteúdos ampliados. Para melhor explicar as vertentes teóricas internas, Pulido se vale dos ensinamentos dos alemães Friedrich Müller e Jürgen Habermas e do espanhol I. de Otto.

Em Müller, o professor espanhol se vale da teoria normativa desenvolvida pelo jurista alemão, a partir da qual se critica a concepção de direitos fundamentais como um sistema de valores, sobretudo relacionada ao uso da técnica da ponderação. O risco em conceber o direito enquanto valor, retira do direito sua autonomia e “não cumpre com um mínimo de clareza metodológica, porque toda a ponderação é subjetiva e irracional” (MÜLLER, 1989, apud PULIDO, 2007, p, 449). Ademais, ponderar o uso dos direitos fundamentais leva, segundo Müller, à ideia de que há bens constitucionais contraditórios, enfraquecendo a unidade constitucional, o que ele chama de Princípio de Constitucionalidade.

É possível depurar a partir da teoria normativa de Müller, que a norma jurídica não pode ser determinada pelo texto (seria uma ilusão formalista do Estado de Direito) desprendido da realidade social, denominada por ele de âmbito da norma. O texto normativo expressa somente seu programa (comando jurídico), que pode escolher ou até mesmo criar a realidade social. Neste sentido, a norma jurídica para Müller abarca o que regula e o que deve ser regulado (supera a contraposição do ser e do dever ser).

Este caminho proposto por Müller, qual seja, incorporar a realidade social ao programa da norma, exige um trabalho detalhado do intérprete para delimitar o conteúdo normativo de cada um dos direitos fundamentais a fim de concretizá-lo. Neste sentido, sustentado em Müller, Pulido adverte que:

O princípio da proporcionalidade não deve ser aplicado neste procedimento de concretização. Bem antes, esta concretização deve consistir em especificar o programa normativo e o âmbito normativo de cada disposição jusfundamental, mediante uma análise linguística. (PULIDO, 2007, p. 451).

Portanto, o princípio da proporcionalidade fica preterido em razão da análise linguística do programa normativo, devendo reconhecer deste comando jurídico todos os dados linguísticos que conformam a disposição do direito fundamental e relacioná-los com o âmbito normativo, ou seja, com a realidade correspondente.

O resultado da análise linguística, segundo o qual se apura todo o programa normativo, constitui o elemento limitador da atividade legislativa. Em outras palavras, a atividade legislativa infraconstitucional deve configurar e concretizar o conteúdo do direito fundamental, devendo estar limitada por aquilo que foi concebido dentro do programa normativo do direito fundamental. Portanto, neste sentido, a vinculação imposta ao legislador vem da própria norma e não de elementos extrínsecos ao direito.

Nesta perspectiva, teoricamente, não haveria conflitos entre direitos fundamentais, visto que o programa da norma aplicado ao seu âmbito é visto individualmente, por consequência estaria superada o modelo da proporcionalidade como técnica de definição de limites ao legislador.

Em I. de Otto, outro pensador com o qual Pulido dialoga, a crítica recai, assim como em Müller, sobre a irracionalidade ou ineficiência da técnica da proporcionalidade enquanto

modelo para delimitar a atividade legislativa, visto que a técnica por meio da qual se trabalha a colisão de direitos aposta no subjetivismo além de relativizar a efetividade de um direito fundamental em detrimento de outro.

I. de Otto sustenta, segundo de Pulido, que o problema que a técnica da ponderação pretende resolver

não é na realidade de *limitação* de um direito constitucionalmente reconhecido, senão de *delimitação* de concepção do conteúdo do direito, de forma que o que se chama proteção de outro bem constitucional não exige em realidade uma limitação externa dos direitos e liberdades, porque as condutas das quais deriva eventual ameaça do bem de cuja proteção se trata sensivelmente não pertencem ao âmbito do direito fundamental e, em consequência, não se requer nenhuma limitação deste para excluí-las. (I. DE OTTO, 1979, apud PULIDO, 2007, p. 458).

Em outras palavras, a reflexão trazida por Otto está no fato de que a proporcionalidade seria útil só no campo da delimitação de conceitos, jamais no sentido de definir limites ao legislador, visto que os parâmetros utilizados pela técnica não partiriam do direito. Alguns exemplos são utilizados para ilustrar a percepção de Otto extraídos da corte espanhola. Primeiro: STC 12/82

para justificar a imposição de uma pena de restrição ocorrida no curso de uma reunião não faz sentido tratá-la como limites do mesmo direito, por uma simples razão de que o direito a se reunir não compreende conceitualmente o direito a exercer restrições sobre os demais [direitos]; tal restrição não forma parte do direito de reunião e penalizá-la não é, conseqüentemente, limitar o direito. (I. DE OTTO, 1979, apud PULIDO, 2007, p. 458).

A mesma construção é observada em outra decisão o Tribunal Constitucional STC 91/83, na qual

argumenta com o princípio da hierarquia da Administração para justificar restrições às reuniões de um sindicato de polícia em hora e lugar de trabalho. Neste exemplo, não haveria qualquer problema, pois a disposição que fixa o tempo e o local não forma parte do direito de reunião, de tal maneira que não é limitar o direito”. (I. DE OTTO, 1979, apud PULIDO, 2007, p. 458).

Neste sentido, a partir dos exemplos, é possível depurar que as medidas adotadas pelo poder público têm por escopo delimitar o conteúdo, e não criar restrições ao direito fundamental. Neste discurso, não há o que ponderar, não há eventual choque de direitos fundamentais ou qualquer possibilidade de mencionar o direito de reunião em contraposição à liberdade de manifestação ou de organização sindical.

Por fim, o terceiro e último autor que Pulido dialoga é Jürgen Habermas. Seu intento é demonstrar que a visão habermasiana também é uma versão da teoria estrutural interna dos direitos fundamentais.

Habermas rejeita a tese na qual direitos fundamentais se assimilariam à categoria de valores. Esta distinção é importante para compreendermos a versão teórica estrutural interna na teoria do pensador alemão.

Basicamente, a proposta oferece a ideia de que, uma vez constitucionalizados, os direitos fundamentais ganham força normativa. Em outras palavras, Pulido sustenta que os “direitos fundamentais entendidos como normas, ordenam condutas obrigatórias, ao passo que os valores patrocinam ações adequadas para a consecução de fins previsíveis” (PULIDO, 2007, p. 460).

A crítica habermasiana está no fato de que não raras vezes o tribunal constitucional alemão tem adotado a concepção valorativa dos direitos fundamentais. O uso da ponderação, a partir da adoção da perspectiva valorativa, não oferece “unidades de medida univocamente aplicadas, ou de denominadores comuns que sirvam para orientar o juízo da proporcionalidade em sentido estrito” (PULIDO, 2007, p. 462) (clara referência alexyana).

Habermas não nega a colisão de princípios constitucionais, e defende um método alternativo para solução do problema. Tomadas as lições de Klaus Günther, Habermas defende, como modelo mais idôneo, a teoria da norma adequada, na qual a

tarefa consiste em achar entre as normas aplicáveis *prima facie*, aquela que se acomoda melhor à situação de aplicação, descrita na forma mais exhaustiva possível a partir de todos os pontos de vista relevantes. (HABERMAS, 1997, PULIDO, 2007, p. 463).

No campo teórico, a norma adequada é aquela que atende um discurso de fundamentação (dentre vários possíveis em uma determinada ordem normativa) atrelado ao

discurso de aplicação jurídica (já no campo do caso específico). É na órbita da aplicação jurídica que, segundo Günther, haverá a solução das colisões entre as normas válidas destacadas na fase do discurso da fundamentação.

Só se obtém a norma singular quando se determina qual das normas *prima facie* que tem entrado em colisão, é a adequada para resolver o caso, considerando todas as circunstâncias da situação. (PULIDO, 2007, p. 486).

Contudo, Pulido não mede críticas à falta de critérios da tese defendida por Günther, quem, por sua vez, busca fundamentar a norma adequada com frágeis linhas, no sentido de que ela surgiria a partir da otimização do esgotamento do sentido normativo dos princípios em conflito, sem explicar o que seria, ou como seria esta otimização (“*agotamiento óptimo*”, no espanhol).

Antes de mais nada, parece-me que a proposta de Habermas, estruturada em Günther, está direcionada ao processo de julgamento ou ligada à tentativa de nortear a atividade jurisdicional, não propriamente aos limites à prática legislativa. Como tal, Pulido sustenta que a teoria da norma adequada estaria, pois, imbricadas às circunstâncias fáticas, voltada ao juízo ordinário, e pouco propensa ao controle abstrato.

Depois do desenvolvimento crítico das teorias alternativas, Pulido coloca-se no desafio de demonstrar a racionalidade do princípio da proporcionalidade aplicado à ponderação na colisão de direitos fundamentais.

4. A Ponderação de Alexy como meio idôneo à vinculação legislativa.

Começamos por atribuir ao professor Robert Alexy o merecido destaque na defesa e no desenvolvimento da teoria externa dos direitos fundamentais, na qual se tem por base, o critério da proporcionalidade para definir conteúdos vinculantes que emanam do direito. A obra básica alexyniana para estudarmos sua proposta é a Teoria dos Direitos Fundamentais, desenvolvida especialmente no capítulo três. Basicamente, Alexy trabalha com dois níveis distintos de validade para as normas jurídicas, manifestados em dois momentos, respectivamente.

O primeiro são os princípios cujo campo de atuação é mais amplo, de tal modo que “eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*” (ALEXY, op. cit., p.

103-104). Trata-se de um âmbito de proteção inicial bastante amplo, tal como, sustenta Pulido, “está conformado por todo o espectro de normas e de posicionamentos jurídicos que são possíveis relacionar em princípio semanticamente com o direito tipificado na Constituição” (PULIDO, 2007, p. 466).

O segundo são as regras, que “exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, op. cit., p. 104). Em tempo, as regras restringem o direito fundamental, dando-o definitividade jurídica: “Uma vez restringido, todo direito fundamental adquire sua posição jurídica definitiva, ou em outros termos, ganha contornos, já não em um âmbito de proteção inicial [como nos princípios], senão a um conteúdo efetivamente garantido” (PULIDO, 2007, p. 467).

Neste sentido, tomadas as lições de Alexy, em um penoso exercício de síntese, procurarei desenvolver os três níveis nos quais Pulido busca argumentos para demonstrar que a via da utilização do princípio da proporcionalidade é mais idônea por oferecer maiores vantagens racionais à vinculação legislativa.

Para tanto, o professor espanhol busca amparo na estrutura tripartite desenvolvida a partir das lições de Martin Borowski: (I) fundamentos filosóficos e políticos; (II) desenvolvimento da argumentação jurídica; (III) projeto que retrate o entrelaçamento das cargas (pesos) argumentativas.

Em (I), quanto os fundamentos filosóficos e políticos, a teoria externa se apresenta como uma teoria liberal, na medida em que, segundo Pulido

reconhece a liberdade negativa do indivíduo como base filosófica do Estado e que, a partir deste ponto de partida, admite a necessidade de restringi-la para a consecução de outros bens ou interesses relevantes para a comunidade ou para a tutela da liberdade dos demais. (PULIDO, 2007, p. 422-423).

Neste sentido, a base filosófica e política na qual repousa a teoria externa reconhece que o cidadão tem a opção de eleger determinada conduta livremente dentre as várias possibilidades existentes, e, eventualmente, o Estado poderá proibir algumas dessas possibilidades, com o fim de proteger os direitos fundamentais ou outros interesses da comunidade.

Dito isso, a teoria externa identifica no Estado aquele que determina, no caso concreto, o que se deve entender por razoável ou por necessário, ou, em outras palavras, aquele que define as condutas sobre as quais se projeta a liberdade do indivíduo.

Já as teorias internas partiriam de outra base filosófica na qual consideram que a comunidade (o todo social) deveria ser quem determina os âmbitos que integram a liberdade do indivíduo. A fragilidade estaria na natureza intuitiva para definir os limites à liberdade, ou, segundo Pulido, a partir de uma “correção de ideias poucos claras existentes na sociedade ou falsas impressões dos indivíduos sobre daquilo que verdadeiramente está amparado pelos direitos”. (PULIDO, 2007, p. 474).

Em (II), quanto ao desenvolvimento da argumentação jurídica, a teoria externa superaria a interna pelo fato desta gerar um déficit de argumentação, de tal sorte que, em um juízo de constitucionalidade, a decisão apenas delimitaria os conceitos internos dos direitos fundamentais, não sendo clara, portanto, quanto aos reais limites no caso concreto.

Diz o professor Carlos Pulido que a delimitação (não limitação) “não supre o risco das intervenções legislativas tornarem vulneráveis os direitos fundamentais”. Segue o mestre espanhol, “os eufemismos não modificam os fatos” (PULIDO, 2007, p. 479).

As teorias internas apostam em um elevado grau de objetividade, que nem sempre são observados nos direitos fundamentais, de tal modo que é outorgado aos tribunais constitucionais um maior nível de discricionariedade quando comparado à aplicação do princípio da proporcionalidade.

O juízo da ponderação avocado por Pulido eleva o grau argumentativo na decisão, de modo a definir, como sustentado por Alexy, níveis de intensidade de aplicação dos direitos fundamentais no caso concreto pela técnica do sopesamento. Neste sentido, a teoria externa desenvolve a argumentação em níveis (não monotônico), a dizer, a atribuição *prima facie* e a atribuição definitiva, propondo limites mais claros à atividade legislativa, visto que a proporcionalidade, além de atingir o direito fundamental que sofreu a intervenção da lei, alcança outros direitos a partir da perspectiva do caso concreto.

Sustenta-se que a teoria externa oferece um grau maior de sofisticação no desenvolvimento argumentativo, contribuindo para um elevado nível de racionalidade

decisória, e, em função desta racionalidade, a atividade jurisdicional seria mais limitada e menos discricionária.

Por último, em (III), a possibilidade de estabelecer entrelaçamento de pesos argumentativos só pode possuir laços com a teoria externa. Relacionar argumentos passa, necessariamente, pela proposta do uso da ponderação através da proporcionalidade, visto que a visão monolítica da teoria interna não coaduna com o ideal de colisão de direitos.

A ideia de atribuir pesos ou cargas aos argumentos, só é possível a partir do procedimento estruturado em níveis, conforme mencionado anteriormente. Veja. O primeiro nível é relacionar a lei ao âmbito inicial de proteção do direito fundamental, se a lei não estiver no âmbito de proteção inicial *prima facie*, deve o tribunal julgá-la inconstitucional. Do contrário, isto é, se a norma jurídica encontra-se dentro do âmbito protetivo do direito fundamental, passa-se a outra etapa na qual o tribunal deverá “ter em conta um complexo espectro de premissas normativas, analíticas e fáticas, que podem julgar a favor ou contra a lei”. (PULIDO, 2007, p. 484).

O enfrentamento proposto pelo professor Carlos Pulido é espinhoso do sentido de ter muito bem definida as premissas teóricas com as quais pretende dialogar. No caso, a ideia foi demonstrar que a teoria externa dos direitos fundamentais possui um arsenal argumentativo e teórico mais sofisticado e apto a esclarecer melhor os limites à atividade legislativa, a cargo a atividade decisória das cortes constitucionais. A questão é: como os tribunais devem decidir?

Ao levantar esta pergunta, caímos mais uma vez no complexo ambiente jurídico-hermenêutico com o qual se ocupou Pulido nesta análise. Em tempos pós-modernos, o fato é que não devemos coadunar com o protagonismo judicial e com decisões ativistas. Devemos ter a consciência que o agente julgador é um sujeito político, pois compõe um sistema político, mas que não deve decidir conforme convicções intersubjetivas.

O grande prejuízo, agora direcionando o discurso para a jurisdição constitucional brasileira, é que, segundo aponta Streck, importamos mal a teoria da argumentação e a ponderação alexyana (abordada por Pulido nesta análise) responsável por criar uma “fábrica de princípios” (STRECK, 2020, P. 162) ao bel-prazer dos juízes.

Esta má compreensão da proposta apresentada em Alexy, retratada por Pulido, tem estruturado decisões com base em escolhas pessoais dos magistrados, em anulação de princípios

em detrimento de outros, sem qualquer preocupação com o sopesamento. Fato que corrobora para incertezas quanto aos limites à atividade legislativa.

5. Algumas notas conclusivas.

O apurado estudo do professor Carlos Pulido é capaz de orientar uma base racional para a atividade legislativa no que tange a criação de leis.

Em que pese a atividade legiferante ser construída na arena política, quase sempre regada com contextos ideológicos, não significa atestar definitivamente que qualquer valor poderá ser objeto de inovação legislativa. A teoria de Pulido não debate limitações no âmbito procedimental ou formal, tampouco identifica objetivamente limitações encontradas nos dispositivos clausurados como pétreos em um sistema normativo. A proposta do professor espanhol passa por uma análise criteriológica que orbita a linguagem interpretativa a partir do olhar alexyano da aplicação do princípio da proporcionalidade à atividade legislativa.

Para chegar a um método idôneo legiferante, Pulido estrutura seu pensamento desenvolvendo antecipadamente um arcabouço conceitual que fundamenta as teorias de Conteúdo Essencial e a Teoria Interna ou de Conteúdo Reduzido para, ao fim e ao cabo, demonstrar que a proporcionalidade alexyana, aplicada à medida do atendimento de suas etapas intelectivas, seria o modelo mais adequado à atividade legislativa quanto a criação das leis, visto que não compreensão da técnica do sopesamento leva a decisões excludentes em um contexto de pluralidade contemporânea.

6. Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva, 2 Ed. , São Paulo: Malheiros, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales**. 3 ed. , Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão.** Diálogos com Lênio Streck., 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.