

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Ronaldo Galvão

**DA RACIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO:**

um exame sob a ótica da Teoria Discursiva de Robert Alexy

Belo Horizonte

2015

Ronaldo Galvão

**DA RACIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO:**

um exame sob a ótica da Teoria Discursiva de Robert Alexy

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador: Júlio Aguiar de Oliveira

Belo Horizonte

2015

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G182r Galvão, Ronaldo  
Da racionalidade do processo legislativo brasileiro: um exame sob a ótica da teoria discursiva de Robert Alexy / Ronaldo Galvão. Belo Horizonte, 2015. 118 f.

Orientador: Júlio Aguiar de Oliveira  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Devido processo legal. 2. Democracia deliberativa. 3. Racionalismo. 4. Razoabilidade (Direito). 5. Direito - Filosofia. 6. Estado democrático de direito. 7. Alexy, Robert, 1945- - Crítica e interpretação. I. Oliveira, Júlio Aguiar de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.537

Ronaldo Galvão

**DA RACIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO:**

um exame sob a ótica da Teoria Discursiva de Robert Alexy

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

---

Júlio Aguiar de Oliveira (Orientador) – PUC Minas

---

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno – PUC Minas

---

Ricardo Adriano Massara Brasileiro

Belo Horizonte, 17 de abril de 2015.

Em memória de Cônego Gabriel Hugo da Costa Bittencourt.

## **AGRADECIMENTOS**

A todos que colaboraram no incentivo à redação deste trabalho fica expresso aqui o meu carinho e reconhecimento.

Aos meus familiares quando compreendendo minhas ausências em função desta dissertação apoiaram meu intento.

Aos meus amigos, pelas sugestões apresentadas e paciência com minhas interrogações.

*A teoria do discurso oferece um critério, em situações específicas, para a racionalidade de processos de decisão e para a racionalidade das decisões produzidas neles. (ALEXY, 2014a)*

## **RESUMO**

Esta dissertação procura investigar a teoria discursiva do direito de Robert Alexy e, a partir dela, refletir sobre a existência ou não de um processo racional na tomada de decisões legislativas. Considerando a forma como se dá o processo legislativo brasileiro, através da teoria do direito, e das regras discursivas, pode-se chegar à conclusão de existir, uma racionalidade minimamente satisfatória no processo legislativo brasileiro.

Palavras-chave: teoria discursiva. Processo legislativo. Racionalidade.

## **ABSTRACT**

This dissertation investigates the discursive theory of law of Robert Alexy and, from it, reflect on the existence of a rational process in making legislative decisions. Considering the form in which the brazilian legislative process, through the theory of law, and discursive rules, one can conclude that there is a minimally satisfactory rationality in the brazilian legislative process.

Keywords: discourse theory. Legislative process. Rationality.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	11
PRIMEIRA PARTE .....	13
2. PROCESSO LEGISLATIVO .....	14
2.1 Democracia representativa .....	18
2.2 O Conceito de Processo Legislativo .....	20
3 A DINÂMICA DO PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	24
3.1 Teoria do discurso e sistema jurídico .....	27
3.2 Iniciativa legislativa .....	28
3.3 Do Processo Legislativo na Constituição de 1988 .....	32
3.3.1 <i>Votação / Discussão</i> .....	32
3.3.2 <i>Outras Deliberações</i> .....	38
3.3.3 <i>Espécies Normativas</i> .....	39
3.4 Lei complementar 95 de 26 de fevereiro de 1998 .....	40
3.5 Constituição como referencial principiológico .....	43
3.6 Concluindo .....	45
SEGUNDA PARTE .....	47
4 O MODELO DE RACIONALIDADE EM ALEXY .....	48
4.1 Um conceito de razão prática .....	48
4.2 Racionalidade Jurídica .....	53
4.3 A Teoria Discursiva do Direito .....	56
5 O CONCEITO DE DIREITO .....	58
6 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	63
6.1 A idéia central da obra .....	64
6.2 Discrecionalidade do Legislador .....	65
6.3 Princípios Formais .....	67
7 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA - UM CASO ESPECIAL DO DISCURSO PRÁTICO GERAL .....	69
7.1 Produção estatal do direito e discurso .....	73
7.2 A pretensão de correção .....	74
7.3 Regras do discurso jurídico .....	76
7.3.1 <i>Tipos de fundamentação das regras do discurso</i> .....	76
7.3.2 <i>As regras fundamentais</i> .....	76

7.3.3 regras de razão.....	77
7.3.4 Regras de carga de argumentação.....	77
7.3.5 Formas de argumento .....	78
7.3.6 Regras de Fundamentação.....	78
7.3.7 Regras de transição.....	79
7.4 Justificativa das regras .....	79
TERCEIRA PARTE.....	80
8 RACIONALIDADE DO PROCESO LEGISLATIVO BRASILEIRO .....	81
8.1 Processo legislativo brasileiro – apontamentos.....	81
8.1.1 O locus da discursividade .....	81
8.1.2 A bicameralidade .....	82
8.1.3 Independência textual/significativa da norma face ao legislador .....	83
8.1.4 A origem sociológica da lei.....	84
8.1.5 Decisões <i>seriatim</i> e <i>per curiam</i> .....	85
8.2 Legitimidade do legislador e da lei .....	87
8.3 Breve construção do sistema jurídico de Robert Alexy .....	88
8.4 Racionalidade legislativa.....	89
8.4.1 Racionalidade Linguística.....	90
8.4.2 Racionalidade jurídico-formal.....	90
8.4.3 Racionalidade pragmática .....	91
8.4.4 Racionalidade teleológica.....	91
8.4.5 Racionalidade ética.....	92
8.5 Regras do discurso legislativo brasileiro.....	93
8.5.1 Limitação ao poder discricionário do legislador.....	93
8.6 Lei Complementar nº 95 de 26 de fevereiro de 1998.....	95
8.7 Os Regimentos internos do Senado, Câmara dos Deputados e Congresso Nacional.....	97
8.8 A tramitação das proposições legislativas.....	100
8.9 O problema da correção em Alexy.....	104
8.9.1 As normas incompatíveis.....	105
8.9.2 Participação ilimitada.....	106
8.9.3 clareza linguístico-conceitual .....	106
8.9.4 Momentos .....	106
8.9.5 Saber se a norma <i>N</i> é correta.....	107

9. AINDA À BUSCA DE UMA RACIONALIDADE NO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO .....	109
9.1 Fase institucional do processo legislativo .....	109
9.2 Normatização racional para o processo legislativo .....	110
9.3 Regras do discurso prático e regras do discurso legislativo .....	110
9.4 Normas racionalmente editadas para um judiciário à busca da racionalidade .....	111
10 ÚLTIMA CONSIDERAÇÃO .....	113
11 CONCLUSÃO .....	114
REFERÊNCIAS .....	115

## 1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação investigará a existência ou não de racionalidade no processo legislativo brasileiro nos moldes da Teoria Discursiva do Direito desenvolvida nas obras de Robert Alexy.

A discursividade ou argumentatividade para ser considerada racional deverá observar regras devidamente instituídas. Procurar-se-á afirmar mediante a exigência de regras institucionalizadas que a racionalidade está, neste sentido, inserida num sistema jurídico de forma também institucionalizada. A institucionalização da razão pressupõe a existência de um sistema jurídico conforme a concepção de direito de Alexy.

Os pressupostos, pois, são: a pretensão de correção, legalidade conforme o ordenamento e eficácia social. Procurarei destacar neste trabalho a aplicação do direito no procedimento legislativo. Procurarei demonstrar que o processo legislativo faz parte da aplicação do direito nos parâmetros afirmados neste conceito de direito. Afirmarei que a semelhança das decisões judiciais colegiadas, a decisão legislativa, que produz uma norma, é também ato inserido no conceito de direito e nas regras do discurso prático geral.

Estas regras do discurso prático geral, com os devidos ajustes a fim de se adequarem ao processo legislativo, não podem ofender os princípios fundamentais estatuídos na Constituição. Daí que uma margem de manobra para legislar sobre determinados assuntos.

Será também tema deste trabalho, o sistema jurídico construído por Alexy, a racionalidade na busca da correção em sua máxima medida possível, e, ao final, afirmar a existência de um processo legislativo racional no Brasil.

O processo legislativo brasileiro será abordado tomando-se especialmente por base as regras que o regem, quais sejam, a Constituição Federal que dedica uma seção especial para o tema, e os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados, Senado e o Regimento Comum das duas casas legislativas. Nestes regimentos estão pormenorizadas as balizas (regramentos) básicas para a tomada de decisão para produção de uma determinada norma.

No desenvolvimento da dissertação, pretende-se conjugar o processo legislativo com as regras do discurso prático geral, procurando afirmar que se o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, e este discurso jurídico deve conter regras mínimas para se

estabelecer de forma racional. Ao final concluo que o discurso legislativo discursivo compõe o discurso jurídico institucionalizado que se expressa no processo legislativo brasileiro é racional.

## **PRIMEIRA PARTE**

Perspectiva Geral do Processo Legislativo

## 2. PROCESSO LEGISLATIVO

Ao introduzir a Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy faz uma advertência que ele diz ser generalizadamente de concordância de todos, qual seja, que não mais se pode afirmar que a aplicação das normas jurídicas decorre de uma subsunção de premissas maiores abstratamente formuladas (ALEXY, 2013, p. 18). Tomo parte neste pensamento no sentido que as normas uma vez colocadas de forma positivada na lei não de se tornar um referencial para as decisões jurídicas. Isto não implica necessariamente que são a consequência lógica dos enunciados normativos (sentenças) advindos do judiciário em forma de subsunção de um texto legal. Isto significa que o processo de formação de uma lei e as reais vontades legislativas podem não se realizar quando colocadas em função da solução de questões junto ao judiciário. Alexy propõe quatro motivos para entabular aquela sua afirmação:

(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão contrária a literalidade da norma.<sup>1</sup>

Daí voltar ao questionamento a que este trabalho se propõe a responder no seu transcurso: como deve ser elaborada uma norma a fim de que quem a tenha como instrumento de trabalho (ou seja, o magistrado) possa recebê-la de forma satisfatoriamente precisa a fundamentar as decisões judiciais? Ou mais sucintamente: como enviar normas ao poder judiciário de forma que seus julgados sejam racionais?

Remeto o questionamento ao judiciário por entendê-lo como formulador primário de regras interpessoais a partir da lei. Aqui, entendido que, tendo o litígio sido transformado em processo judicial, as pessoas procuram o judiciário para que ele determine a melhor forma de solucionar a querela a que então vinham se submetendo na vida privada. Certo que existem outros destinatários da lei e outras formas de solução de contendas particulares, mas aqui a atenção é ao magistrado. Refiro-me ao magistrado conquanto aquele cidadão portador de poderes estatais (de posse de cargo público), seja atuando em decisões ditas monocráticas, seja em decisões colegiadas. Assim, pois, ao referir-me ao judiciário cinjo-me à sua função julgadora.

---

<sup>1</sup> Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica* p. 19-20

A resposta que persigo àquela questão deverá ser a racionalidade do processo legislativo.

Não que se queira fazer severas amarras de ‘literalidade positivista’ ao judiciário para o seu mister de julgar, mas a Constituição deve ser tida como referencial dos julgamentos de forma que não seja abandonada como em casos que podemos verificar hodiernamente. Interpretando-se as normas ao arredo do que se pode verificar na Lei Fundamental criam-se problemas de grave evidência na relação entre poder judiciário e legislativo.

Pretendo neste trabalho aliar-me também ao pensamento de Lúcio Antônio Chamon Junior que ao prefaciá-lo o trabalho de Cattoni (2006) afirma que

“Somente quando se garante procedimentos institucionais para a produção legítima do Direito é que podemos pretender construir legitimamente o Direito!”<sup>2</sup>.

Aqui a legitimação é o foco maior apontado por Chamon, contudo, a lei não legitimada deverá ser desconsiderada para a finalidade aqui proposta. Entendida a legitimidade como norma elaborada por quem de direito. Aquela que se afasta deste ponto não poderá ter a epítome de lei/norma propriamente dita. A norma para ser legítima precisa de mais: estar calcada em regras racionais para poder se afirmar da racionalidade de uma lei. Uma lei racionalmente elaborada poderá, sim, ser elemento de grande importância ao poder judiciário.

Este trabalho se atem ao procedimento institucional para a produção da lei. O “proceder” – produção – para a concretização da lei/norma. Sendo que, como já dito, procuro afirmar que a racionalidade é o meio para a produção – num ambiente institucionalizado - da lei em sua forma mais ideal: na máxima medida possível, já que o ideal é apenas referencial. Penso estar alinhado ao pensamento de Alexy quando uma obra com vários de seus artigos que intitulada de “A institucionalização da Justiça”<sup>3</sup> vem corroborar esta minha linha de pensamento. A institucionalização resolve, a meu sentir, vários dos problemas hoje encontrados: justificação, legitimação, procedimentalização, racionalidade, correção e tantos outros. Inclua-se neste rol a racionalidade em seu viés aqui analisado, qual seja: a racionalidade do processo legislativo.

Tomo aqui, exemplificadamente, uma nuance já que a racionalidade não se resolve somente com questões linguísticas. Mas esta visão poderá dar a devida noção de por onde a racionalidade dever percorrer para atingir um ponto de satisfação nas pretensões que se

<sup>2</sup> CATTONI. *Devido Processo Legislativo*, p. 18

<sup>3</sup> La Institucionalización de La Justicia. Granada.

buscam neste trabalho. Atienza<sup>4</sup> (1997) aponta cinco níveis de racionalidade legislativa, aqui, e na esteira de Alexy, elejo a racionalidade lingüística para o exemplo que pretendo formular introdutoriamente.

Quanto a primeira proposição de Alexy, ou seja, a imprecisão da linguagem do Direito tenho que a resposta, inicialmente, pode ser encontrada na formulação da regra fundamental do discurso prático geral onde afirma que (1.4)<sup>5</sup> *diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados*<sup>6</sup>. Estas imprecisões são uma constante no resultado do processo legislativo, a informar que este processo não tem se atentado às variantes interpretativas da legislação colocada para otimização dos julgados.

Verificado este ponto, os demais apontados por Alexy serão aqui apresentados para que possa palmilhar o caminho que pretendo percorrer para poder afirmar que a racionalidade do processo legislativo mitigaria sobremaneira estes motivos que problematizam a fundamentação das decisões jurídicas.

O segundo ponto abordado por Alexy, o possível conflito de normas, parece como que minimizado com a ponderação e devidamente aprofundado com sua Fórmula do Peso<sup>7</sup>.

Dáí uma terceira dificuldade encontrada por Alexy que consiste em fundamentar e extrair racionalmente uma decisão jurídica diante de uma norma que padece de regulamentação, já que a norma que se sustenta é de textura tal que não fornece, por si, todos os meandros que pretende abordar. Tal caso é, de fato, responsabilidade que deverá ser retornada ao legislador e a este determinar a pretendida regulamentação, por estar o juiz diante de situação que não cabe em nenhuma norma válida existente. Mesmo tendo em mente a divisão entre princípios e regras, creio que, ao contrário dos princípios, as regras podem permitir ter este lastro regulamentativo. O que não concebo, e Alexy é claro neste ponto, é a noção de deixar um caso sobrestado por ausência regulativa. Criada uma norma, deverá o legislador apontar o proceder interpretativo da mesma até a sua efetiva regulamentação, quiçá apontando o princípio ao qual a mesma deverá estar vinculada. Ou seja, até que se regulamente determinada norma, aquela pendente de regulamentação, deverá apontar a

<sup>4</sup> Atienza. Contribucion a uma Teoria de La Legislación.

<sup>5</sup> Esta ordem é a utilizada por Alexy.

<sup>6</sup> ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*. p. 287

<sup>7</sup> Quando me referir à Fórmula do Peso estarei apontando três textos distintos de Alex. O primeiro publicado em 2003 sob o título *Die Gewichtsformel* na *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, traduzido por Luís Afonso Heck na obra *Constitucionalismo Discursivo* (2011), ao texto de tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno em *Teoria Discursiva do Direito (2014-A)* intitulado originariamente de *die Konstruktion der Grundrechte* publicado em *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, e por fim refiro-me ao texto mais atualizado que trata da fórmula do peso, incluindo sua reformulação, *Formal Principles* publicado em *Princípios Formais (2014b)* de tradução de Travessoni por época do Congresso Brasil-Alemanha de Teoria do Direito e Direito Constitucional: Conceito e Aplicação do Direito em Robert Alexy.

principiologia a ser tomada como referencial para os julgamentos dela necessários. Na ausência de tal determinação, valerá a Constituição Federal, no que couber. Aqui Alexy, a meu sentir, devolve a responsabilidade ao poder legislativo. Em situações onde não exista norma válida encontrada dentro da ‘moldura’ não poderá o judiciário, fazer uso de expressão recorrente: legislar para o caso concreto. Somente uma Constituição com princípios amplos e de texturas muito abertas poderia nortear, ao menos minimamente, soluções a partir da ponderação de princípios.

O último ponto afetado é o de que, em casos especiais, uma decisão ser contrária a literalidade da norma. Questiono aqui – e procurarei apontar respostas no curso desta dissertação – o que o termo “literalidade” pode oferecer para uma possível solução desta questão, ou pelo menos minimizar este problema. Em nota de rodapé a esta passagem Alexy<sup>8</sup> aponta que podem ocorrer imprecisões entre a vontade e a expressão da autoridade normativa. Palmilhamos neste ponto a questão da “linguagem” apontada por Derrida<sup>9</sup>, Leal<sup>10</sup>, Neves<sup>11</sup> e outros. Mas Alexy trata pontuadamente desta questão em sua Teoria dos Direitos Fundamentais sob o título “Texto e Vontade”<sup>12</sup>. Sobre esta questão terei de retomá-la mais detidamente nos próximos capítulos, deixando aqui as primeiras impressões de que um processo legislativo que não passe por uma rigorosa argumentatividade e racionalidade, inclusive terminológica, não atingirá os objetivos que proponho neste trabalho.

Daí que nos dizeres de Alexy naquela mesma nota de rodapé, com incompletude ou excesso de razões<sup>13</sup>, as advertências a um procedimento legislativo calcado em uma mínima racionalidade será a garantia de uma legislação que possa oferecer ao julgador molduras amplas o suficiente para aplicação aos casos concretos a ele apresentados, facilitando encontrar uma resposta correta às questões propostas. Ademais “*uma norma só é correta se pode ser o resultado de um procedimento definido por meios das regras do discurso*”<sup>14</sup>

Essas motivações acima apontadas que expressam a ausência de uma subsunção de premissas maiores na aplicação das normas, dão os primeiros passos à nossa observação ao processo legislativo como tal se afigura hodiernamente e encaminhará este texto para uma estrutura onde pretende-se apontar a racionalidade como fundamento maior para a solução dessas questões e outras que nortearão este trabalho.

<sup>8</sup> ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 20

<sup>9</sup> DERRIDA, Jacques. Força de Lei

<sup>10</sup> LEAL, *Processo como Teoria da Lei Democrática*

<sup>11</sup> NEVES, *A constitucionalização Simbólica*

<sup>12</sup> ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 552ss

<sup>13</sup> ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 20 – ainda na nota de rodapé

<sup>14</sup> ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*. P. 295 (posfácio)

A leitura de Alexy sugere uma resposta ao questionamento deste trabalho indicando a racionalidade como forma de se obter uma legislação correta para os fins pretendidos, dentre eles a justificação das decisões judiciais.

Uma ressalva que pode surgir é a afirmação que a legislação quando posta em prática no judiciário tenha o condão de solucionar as questões levadas a litígio como outrora pareceu-se afirmar neste trabalho. Alexy aponta que nem todo resultado de uma comunicação pela linguagem é correto, mas são corretos os resultados obtidos através de um discurso racional. Assim podem ocorrer situações onde o resultado correto não seja aquele que pacifique uma questão de litigiosidade posta a prova no judiciário, mas será correta se esta foi racionalmente obtida através do discurso.<sup>15</sup>

Agora afirmo nesta mesma linha de Alexy que a lei positivada pode ou não ser aquela inicialmente desejada por um grupo social, mas é correta já que advinda de um procedimento legislativo racional. Novamente há de se afirmar que não são os resultados que devem ser analisados e sim, os meios – racionais – que devem ser tomados para a prova de correção de um resultado que se pretende alcançar de correto.

Iniciarei agora apontamentos sobre o processo legislativo brasileiro como expoente de uma democracia deliberativa e representativa.

Abordarei a representatividade preliminarmente, já que a deliberatividade (discurso) é fator com o qual aliar-se-á aquele meu pretendido discurso legislativo racional.

## 2.1 Democracia representativa

Dizer simplesmente que Democracia significa só e tão somente ‘governo do povo’ pode causar pasmo a primeira vista, já que tal conceito retrocede aos primórdios – não menos importantes que os atuais pensamentos – de um momento histórico onde as deliberações se davam na *Ágora grega*<sup>16</sup> ou por Senadores de uma remota Roma alinhavados aos pensamentos das Famílias ou séquito de representados. O que não se pode perder no vernáculo é a sua origem etimológica a junção dos radicais que o compõe resulta justamente o conceito que à primeira vista parece-nos incompleto. A trazer outra significação, que não esta, a palavra original deverá ser alterada. Mas de minha parte pretendo apenas aliar-me àqueles que não se afastaram do conceito etimológico, mas deram-no maior lastro significativo. Assim sendo a

<sup>15</sup> “... a teoria do discurso não leva à conclusão de ser correto qualquer resultado de uma comunicação linguística, mas apenas ao resultado de um discurso racional. A racionalidade do discurso se define por meio da observação das regras do discurso.” ALEXY, *Teoria da Argumentação jurídica*, p. 296

<sup>16</sup> KELSSEN. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 412

democracia vai tomar contornos conceituais de amplitude tal que há de se calcar, num de seus componentes, a representatividade.

Enfrentando esta questão, Dahl<sup>17</sup> diz que ela “*deu pano para a manga*”<sup>18</sup>, e adota a conceituação que a democracia se trata de “*um processo para a tomada de decisões coletivas e vinculativas*”<sup>19</sup>. Este autor adota esta definição mesmo ciente de objeções de críticos que pretendem ver na democracia apenas a primeira definição, ou seja, a etimológica, ao argumento que as decisões coletivas e vinculativas não necessitam de um processo. De minha parte, fazendo coro a Dahl, compreendo que o processo é algo que não se pode relegar ao esquecimento quando se fala de democracia, mesmo na definição vernacular. Para um ‘governo do povo’ procedimentos hão de ser traçados para estabelecer esta governança de forma satisfatória. Somente um processo institucionalizado e racional poderá dar à democracia o real significado. Institucionalização esta que deverá acobertar a racionalidade, a justiça, a correção e demais fatores que tenderão a realização na máxima medida possível e um ideal de convivência social. A final, e em última análise os trabalhos acadêmicos/científicos sempre procuraram servir à sociedade procurando estabelecer na mesma um referencial de “mundo da vida” capaz de amenizar os conflitos existentes.

Um dos processos utilizados é a representação. Daí a justificativa da expressão Democracia Representativa.

Alexy (2011b) na apresentação da obra de tradução de Luis Afonso Heck alinha que:

Jurisdição constitucional é somente então, como representação argumentativa, portanto, como representação do povo por melhores argumentos que os do dador de leis, pensável se, no fundo, existe argumentação jurídico-constitucional racional.<sup>20</sup>

Esta afirmação é bem o resumo de muito que haverei de tratar neste texto, especialmente por haver sido reiterada agora em 2014 quando do recebimento, por Alexy, do título de Doutor *Honoris Causa* pela Universidade Federal de Minas Gerais. Seu pensamento deu origem à obra *Princípios Formais* onde no capítulo “As Dimensões Real e Ideal do Direito” afirma que a institucionalização da razão somente, não é uma condição suficiente, mas é necessária e completa em um constitucionalismo democrático (2014b, p. 135), e reafirma aquele pensamento exposto em *Constitucionalismo Discursivo*:

---

<sup>17</sup> DAHAL. *A Democracia e seus Críticos*.

<sup>18</sup> Idem Supra p. 3

<sup>19</sup> Ibidem p. 8

<sup>20</sup> Alexy. *Constitucionalismo Discursivo*, p. 11 – A despeito de meu desconhecimento da língua germânica, entendo que a expressão “dador de leis” seria mais bem exposta na língua portuguesa se traduzida por “legislador”.

Um limite exterior do direito é uma condição necessária da institucionalização da razão, mas não é, de modo algum, uma condição suficiente. Uma realização completa dessa ideia é possível apenas através da forma política do constitucionalismo democrático ou discursivo. A teoria do discurso exige a democracia, pois a ideia de discurso pode ser realizada, na medida em que ela pode ser realizada, somente em uma democracia deliberativa. (...) Assim, a realidade da vida política exige a jurisdição constitucional, compreendida como representação argumentativa ou discursiva do povo.

Questionar-se sobre outras democracias que não são representativas, ou outras formas de governo é fato que não se olvida, mas para meu trabalho estabelecerei como sendo esta a que melhor atende as necessidades de minha conclusão. No caso, a representatividade do legislador democrático. Ou seja, o representante num Estado Democrático, de governo popular (do povo) encarregado de compor normas para aquela sociedade. Aqui abordei só, e tão somente, a representatividade legislativa, ciente das várias teorias sobre as representatividades ‘executivas’ e a ausência de representação judiciária propriamente dita.

Ademais o que mais importa notar aqui é que este representante deve se ater às regras discursivas racionais para que se justifique a norma editada não somente pelo fato de ser oriunda de uma casa legislativa composta por pessoas legitimadas, mas sobretudo, pelo processo de edição destas normas: um processo legislativo racional.

## **2.2 O Conceito de Processo Legislativo**

Para perseguir meu objetivo a abordagem para definir um conceito da expressão “processo legislativo” levará em conta a Teoria Discursiva do Direito tal qual idealizada inicialmente por Habermas e posteriormente firmada em Alexy. Assim sendo, as diferenciações entre ‘procedimento’ e ‘processo’ não serão aprofundadas já que desvirtuaria o estudo. Resumirei-me a dizer que um processo tem finalidade e um procedimento não. Contudo as finalidades somente serão conseguidas de forma razoável acaso o procedimento revista-se de características básicas e aqui, no caso, a racionalidade é a essência de ambos.

É que processualistas debatem acirradamente os conceitos de processo e procedimento, contudo reafirmo que aqui neste contexto a racionalidade permeia ambos institutos. A racionalidade conduz o procedimento e assim sendo as probabilidades de o processo ser racional são maiores.

O conceito deverá conter os elementos da racionalidade e discursividade perpassando pelas linhas do pensamento sobre formação de “normas”.

Verifica-se que os dispositivos constitucionais que tratam em capítulo especialmente designado a esta finalidade revelam uma sistematização. O artigo 59 da Constituição Federal

já indica que “*o processo legislativo compreende a elaboração*” (grifo meu) das normas brasileiras. Este ‘compreender a elaboração’ já é significativamente a necessidade de sistematização tal que o resultado do processo seja alguma das espécies do gênero norma que trata aquele artigo.

Sistematização já orienta a um conceito procedimental. Aqui um modelo procedimental discursivo surge, tal qual apresenta a essência do trabalho de Habermas (2003b):

As condições para uma formação política racional da vontade não devem ser procuradas apenas no nível individual das motivações e decisões de atores isolados, mas também no nível social dos processos institucionalizados de formação de opinião e de deliberação.<sup>21</sup>

Estando estes processos institucionalizados e de forma argumentativa/discursiva a possibilidade de um resultado eficaz é maior, caminhando assim para as exigências de um sistema jurídico, conforme se haverá de ver adiante.

A institucionalização procedimental para fins discursivamente racionais é fator apontado por Alexy (2014a) quando afirma que

De acordo com a teoria do discurso, como eu a concebo, uma norma é correta quando ela pode ser o resultado de um determinado procedimento, o procedimento do discurso racional.<sup>22</sup>

Mais adiante Alexy faz definir sua teoria de forma mais complexa, apontando quatro níveis de seu modelo procedimental, mas tal ponto será abordado aqui noutra oportunidade.<sup>23</sup>

Habermas (2003b), ainda dando as bases de sustentação da teoria de Alexy aponta que,

O nível discursivo das comunicações políticas observáveis pode ser tomado com uma medida para avaliar a eficácia da razão procedimentalizada. Os resultados da política deliberativa podem ser entendidos como um poder produzido comunicativamente, o qual concorre como potencial de poder de atores que tem condições de fazer ameaças, e com o poder administrativo que se encontra nas mãos de funcionários.<sup>24</sup>

De fato, seguindo estes apontamentos não restam dúvidas, ou elas são dirimidas, no sentido de que o processo legislativo terá como condicionante de sua definição uma

---

<sup>21</sup> HABERMAS, *Direito e Democracia*, v. II p. 72

<sup>22</sup> ALEXY, *Teoria Discursiva do Direito*, p. 76

<sup>23</sup> Alexy elege quatro níveis, cada um com seu procedimento especial, mas todos eles imersos em racionalidade tal que há de se justificar racionalmente: I – o discurso prático; II a produção estatal do direito que interessa a este trabalho; III – o discurso jurídico; e por fim IV – o processo judicial.

<sup>24</sup> HABERMAS. *Direito e Democracia*, v. II, p. 73

procedimentalização argumentativa num sistema jurídico com certos fins: leis (aqui entendidas como normas).

Retomando o texto Constitucional, tenho que a expressão pode não ser a mais ideal, já que trata de processo “legislativo”. Mas o ‘processo legislativo’ tratado na Constituição ainda pode deixar algumas arestas a serem verificadas. Pode ocorrer que tal expressão cause espécie:

Revela este dispositivo uma louvável intenção sistematizadora, mas suscita de pronto controvérsia. E a disputa é justificada porque não é simples determinar o que significa legislativo em seu texto. Referir-se-á esse adjetivo à matéria ou ao sujeito? E, se ao sujeito, a qual sujeito, o Poder Legislativo ou o legislador?<sup>25</sup>

A compreender que a expressão “processo legislativo” refere-se à matéria, esta matéria seria de maior amplitude e deveria referir-se a “normas” e fazer a expressão assumir a forma: “processo normativo”. É que o artigo 59 da Constituição Federal de 1988 fala v.g. em Resoluções (inciso VII), que não são leis propriamente ditas. Também menciona Decretos Legislativos (inciso VI), que são leis as quais não exigem a promulgação do Presidente da República.

Ademais a Emenda Constitucional também prevista no mesmo artigo (inciso I) não pode ser denominada “lei” propriamente dita uma vez que somente pode ser alterada por quem detém poder constituinte, e não se trataria de edição de algum tipo de norma infraconstitucional, o que a retira do rol de “leis” para referir-se ao processo de sua elaboração a um processo legislativo. Esta ponderação mereceu a seguinte pergunta: “*admitir que emenda constitucional é obra do legislador não importa confundir Poder Constituinte com Poder Constituído?*”<sup>26</sup> Ora, a emenda muda toda a estrutura fundamental constitucional, e uma lei muda apenas outras leis. Uma lei jamais poderá contradizer a Constituição, mas nada impede que uma lei contradiga (e até revogue) outra lei. Já a emenda constitucional pode alterar a Constituição, e neste momento não estaríamos diante de um processo legislativo propriamente dito e sim de um momento de constitucionalização em sede de norma fundamental.

A par destas considerações, parece-me que a expressão mais adequada é que o Constituinte pretendia referir-se a “processo normativo”. É que em Alexy a expressão “norma” compreende “princípios e regras”, abarcando seu conceito tanto as emendas

---

<sup>25</sup> FERREIRA FILHO. *Do Processo Legislativo*, p. 218

<sup>26</sup> FERREIRA FILHO. *Do Processo Legislativo*, p. 222

constitucionais quanto as leis e demais atos que comporiam o conceito. Ele, Alexy (2012), não poderia ter sido mais objetivo quanto a isto:

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>27</sup>

Desta forma, é forçoso compreender como anteriormente alinhavi, que o “processo legislativo” é institucionalização discursiva e racional para fins de estabelecimento de normas,

Esta concepção é consentânea com a premissa básica da teoria discursiva: quando surgem controvérsias sobre pretensões de validade, inclusive sobre a validade ou adequação de normas jurídicas, uma decisão legítima depende: a) de um procedimento que permita a participação de todos os possíveis atingidos pela decisão; b) de que tal participação se dê em condições de comunicação que permitam uma troca mais ampla possível de razões relevantes para a decisão.<sup>28</sup>

Procurando em Alexy (2014a) uma colaboração na fundamentação deste conceito afirma que “*o procedimento da produção estatal do direito pode ser objeto do discurso*”<sup>29</sup> e assim ser racionalmente justificado. E ainda mais: que a teoria discursiva aplicada ao processo legislativo o legitima e o fundamenta.

---

<sup>27</sup> ALEXY . *Teoria dos Direito Fundamentais*, p. 87

<sup>28</sup> BARBOSA. *Processo Legislativo e Democracia*, p. 78

<sup>29</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*, p. 87

### 3 A DINÂMICA DO PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dinamismo é prescrever uma operacionalidade de ações que irão, no nosso estudo, desembocar no modelo legislativo para a concretização de uma lei. O texto legal é o resultado *a priori* do dinamismo processual legislativo. *A posteriori* esta dinâmica se dá em um contexto amplo e difuso onde estas ações são perpetradas. (a) Amplo, dado o fato de iniciar-se numa sociedade de tamanho continental como o Brasil e (b) difusa, eis que seus atos são complexos, diferenciados e permeado de fases distintas. Vários serão os momentos decisivos que comporão esta dinâmica. Várias dificuldades práticas serão encontradas e em cada uma delas esta implementação de comandos decisórios assumirá significativa importância. Cada um destes momentos comporá uma racionalidade própria e elementos constitutivos. Daí surge a divisão em fases que chamarei de (1) momento social, (2) momento institucional propriamente dito e (3) momento implementador.<sup>30</sup>

Por (1) momento social, denomino o qual onde a sociedade problematiza determinada situação / relação e solicita uma resposta jurídica sobre a questão posta em seu *mundo da vida*. Estas percepções são de cunho sociológico e afirmar que ‘a sociedade exige algo’ é questão legada à sociologia de cunho jurídico. Apresenta-se neste momento aquele em que a propositura de uma lei seja pela iniciativa popular com a apresentação de determinado projeto de lei, ou através da intensificação de conflitos onde a realidade social apresenta por seus interlocutores a necessidade de regulamentação daquele agir social. Trata-se este momento de um processo sociológico de dificultosa constatação da exatidão das vontades populares. Tentarei brevemente expor algumas destas questões neste escrito, mas de forma amena, a fim de que tal enfoque não venha furtar o motivo principal que estimula esta dissertação: a racionalidade do (2) momento institucional. Este primeiro momento pode ser entendido como um momento não institucionalizado, já que a institucionalização implica na elaboração de regras para sua existência. Estas regras institucionais é que vão dar o arcabouço procedimental racional na medida em que pretendo apontar na elaboração efetiva das normas jurídicas. De certo há de se afirmar que a ‘racionalidade’ também é incluída nas relações sociais. Mas, repito, aqui se trata de verificar a racionalidade no processo legislativo.

---

<sup>30</sup> Ainda aqui não se poderá perder de vista os níveis de racionalidade expostos por Alexy (*Teoria Discursiva do Direito* p. 86) e que no caso deste trabalho abordarei somente  $P_7$ , ou seja, o momento de produção da lei, sem, contudo, dissociar dos demais níveis.

O momento institucional (2) definirei como sendo aquele onde as casas legislativas<sup>31</sup> introduzem em suas pautas de debate aquelas propostas sociais e inicia, obediente a regras pré-estabelecidas (daí a institucionalização), a composição de um texto legal que vá suprir as necessidades expostas pelos cidadãos por eles representados.

De certo pode ocorrer que um debate legislativo surja diretamente na segunda fase, sem que a sociedade por meio de seus conflitos instigue esta atividade legiferante. É que o legislador, por sua iniciativa própria pode levar à sua respectiva competência legislativa um debate sem que este tenha sido motivo de clamor social.

Este é o momento de atuação do parlamento. Aqui ocorrerá a demanda maior da racionalidade que procuro neste texto. Esta dinâmica será nos capítulos seguintes analisada em seus momentos de maior expressividade para que minhas conclusões obtenham o sucesso desejado. Afirmo que se a racionalidade tem lugar de destaque é neste momento, há de se estabelecer este *locus* racional. Não nego, com isto, a existência da racionalidade nas outras fases, mas não na importância e proporção encontrada neste momento. Um novo momento de racionalidade surge com a norma posta, contudo, não mais no que se pode chamar de processo legislativo, entendido que ele termina com a sanção por quem competente para impor uma determinada norma.

Quem queira entender que a racionalidade processual legislativa ainda ocorre após a edição da norma não deixará de ter sua valia, já que a norma posta é pensada e repensada, passa por crivos sociais e de Cortes Constitucionais em última análise para serem declaradas constitucionais ou não, conforme o questionamento que a elas se destinar. Circunscreverei meu trabalho, só e tão somente, ao momento institucional quando a norma está em debate nas casas legislativas, seja por origem social (trabalharei o tema da iniciativa abaixo) ou de origem no próprio parlamento, seja origem de norma que até então não existia, seja de norma regulamentadora ou de outra natureza. O que importa afirmar é que este processo há de ser racional.

O último instante que denominei de (3), momento implementador, é aquele que se inicia com a publicação da norma, ou como preferem outros: 'a norma posta'. Esta fase é aquela onde depois de ter percorrido os dinamismos das fases anteriores inicia-se novos debates sociais (acaso faça-se entender que a primeira fase é o nascedouro deste debate) ou que a norma posta seja no seu local de origem (casas legislativas) motivo de novas reflexões.

---

<sup>31</sup> O plural aqui se deve por estar analisando uma concepção bicameral tal qual adotada na realidade brasileira, não negando a existência de outros processos legislativos que mitigam o bicameralismo, mas ainda assim podem ser racionais à forma que pretendo alinhar.

Sem dúvidas, o momento institucional (2), a meu sentir é o mais relevante já que todo o processo revestido de racionalidade institucionalizada se implementa neste momento. É neste instante que ocorre o ato decisório que perseguirei neste trabalho a fim de demonstrar que esta decisão legislativa deve conter elementos de racionalidade a justificar o lícito traçado de seu dinâmico existir. A final, todo o processo legislativo é uma continuidade de atos decisórios.

Todo este processo, esta cadeia de sucessão de atos (verbos), permeará a busca por uma legislação que atenda na máxima medida possível o sistema jurídico. Dinamismo é verbo, é ação! Daí afirmo que processo legislativo é o conjunto de regras institucionalizadas que o legislador deve obedecer racionalmente e discursivamente para a estruturação das normas<sup>32</sup>.

Este dinamismo a que me refiro é apontado por Rawls (1997) quando o menciona como um exemplo de instituições, as práticas sociais<sup>33</sup>.

Idealmente, as regras devem ser fixadas de modo a fazer com que os homens sejam conduzidos por seus interesses predominantes a agir de modos que promovam fins sociais desejáveis. A conduta dos indivíduos, guiada por seus planos racionais, deve ser coordenada tanto quanto possível para atingir resultados que, embora não pretendidos ou talvez nem mesmo previstos por eles, sejam mesmo assim os melhores do ponto de vista da justiça social. (...) Este é o objetivo do legislador ideal ao elaborar as leis...<sup>34</sup>

A verificação dos fatos sociais pelo responsável por legislar é deveras uma árdua atividade vez que aferir vontades populares é exercício que exige grande esforço numa sociedade de dimensões tão díspares como a brasileira.

Continuando seu desenvolvimento, Rawls, ao falar da “moralidade de grupo”<sup>35</sup>, mostra a complexidade que salientamos para um legislador aferir o que legislar. É que esta moralidade transcende limites que podem ser impossíveis (ou quase) de serem alcançados idealmente. É que nem sempre a “moralidade de princípios”<sup>36</sup> é atingida por todos os cidadãos de uma comunidade, quiçá de um Estado.

Estas ocorrências para serem filtradas e concretizadas em lei positiva (v.g. Direitos Fundamentais) deverão passar por um processo racional e discursivo extremamente

---

<sup>32</sup> Alguns autores, em especial Kildare Carvalho (2009), conceitua o processo legislativo como sendo conjunto de regras para a *elaboração* de leis. Contudo a de se entender a diferença entre elaborar, modificar, revogar, derogar, consolidar e outros fenômenos legislativos, ao que preferi fazer uso da expressão *estruturação* para compor este particular conceito, por entendê-la mais ampla.

<sup>33</sup> RAWLS. *Uma Teoria da Justiça*, p 57ss

<sup>34</sup> RAWLS. *Uma Teoria da Justiça*, p. 60

<sup>35</sup> Idem supra p. 518ss

<sup>36</sup> Ibidem p. 524ss

complexo, mas “*somente um sistema complexo, que enlaça ideal e real, pode realizar a razão*”.<sup>37</sup> Este sistema é por demais grande e complexo, e as confluências entre ideal e real são de tamanha divergência que, aqui, haverei apenas de limitar-me a analisar o momento institucional onde ocorrem os debates para a formulação das leis.

### 3.1 Teoria do discurso e sistema jurídico

Alexy (2014a) no seu artigo que leva o nome deste subtítulo, fala em quatro níveis do sistema jurídico e os delimita na seguinte forma:

No primeiro nível encontra-se o procedimento do discurso prático, que de agora em diante será denominado, como delimitação em relação a outras formas de discurso, “discurso prático geral” ( $P_p$ ). No segundo nível está colocado o procedimento de produção estatal do direito ( $P_r$ ), no terceiro o procedimento da argumentação jurídica ou do discurso jurídico ( $P_j$ ), e no quarto o procedimento do processo judicial ( $P_g$ ).<sup>38</sup>

Entretanto, cumpre salientar que aqui analiso e trato apenas de um processo conquanto procedimento ordenado de atos (verbos) que conduzem àquele meu último momento (implementador) de chancela da lei posta. Essa passagem de Alexy analisarei em momento oportuno, quando tratar da racionalidade do procedimento. Mesmo porque, o segundo momento (institucional propriamente dito) é aquele onde Alexy denomina de *institucionalizado*,<sup>39</sup> junto ao nível do processo judicial, nível este que neste trabalho não será alvo de maiores aprofundamentos.

Muito da obra de Alexy (2014a) volta-se ao objetivo de legitimar sistemas jurídicos como um todo, mas também na sua forma de legislar, sendo que um processo legislativo parlamentarista, aos olhos do teórico, parece ser cumprido em boa medida. Mas o discurso pode ser utilizado para criticar também os sistemas onde há institucionalização do processo legislativo.

Às questões levadas a juízo para determinar-se se algo é juridicamente comandado, proibido ou permitido deveriam merecer resposta facilmente encontrada no trabalho legislativo, ou seja, na lei. Seria a utopia de se encontrar uma resposta para todas as questões propostas em juízo. Alexy (2014a) afirma que a vagueza da linguagem e a possibilidade de a

<sup>37</sup> Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*. P. 15

<sup>38</sup> Alexy, *teoria discursiva do direito*. P. 86

<sup>39</sup> *Idem supra*

questão não ter sido regulamentada pelo legislador, fará com que necessariamente se lance mão do discurso jurídico para sanar este vácuo de racionalidade.<sup>40</sup>

Assim, afirmo que um sistema jurídico para o qual se volta a racionalidade na máxima medida possível quando em processo legislativo pode amenizar aquele vácuo a ser preenchido do qual alerta Alexy.

Tomando o discurso jurídico como aquele atrelado à lei, à dogmática e aos precedentes, este trabalho preza por verificar se a lei nacional é fruto de um procedimento racional.

Ademais já afirmei e será afirmado que o processo legislativo é um processo de tomadas de decisões na esteira do que diz Alexy (2014a):

O processo judicial é, assim como o procedimento legislativo, um procedimento institucionalizado. Suas regras são feitas de tal modo que depois da conclusão do procedimento há sempre somente uma possibilidade. Não só argumenta-se; além disso decide-se. A decisão não implica porém um abandono da razão.<sup>41</sup>

Essas decisões se dão de forma institucionalizada no processo legislativo brasileiro. São várias as decisões tomadas até que uma lei seja promulgada. Desde a decisão de se levar uma questão a ser alvo de regulamentação por lei, até o seu ato de promulgação são decisões que devem ser tomadas à luz da teoria discursiva.

## 2.2 Iniciativa legislativa

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) contemplando um Título especialmente para tratar “Da Organização dos Poderes” e, dirigindo um Capítulo para referência “Do Poder Legislativo”, destinou uma Seção (a oitava) especificadamente ao “Processo Legislativo” que engloba os artigos 59 a 69.

A iniciativa é o estopim deflagrador para o processo legislativo brasileiro poder ser denominado institucionalizado constitucionalmente. A Constituição define no artigo 61 quem são os titulares para a iniciativa das leis ordinárias e complementares; e no artigo 60 a Emenda Constitucional o faz com especiais conotações, dado o zelo que merece tal tratativa. A iniciativa, dado o caráter difuso que pode assumir, não é um ato processual legislativo propriamente dito, mas a atitude que deflagra este processo<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Ibidem supra, p. 88

<sup>41</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*, p. 89

<sup>42</sup> FERREIRA FILHO. *Do Processo Legislativo*, p. 228 e em BERNARDI. *O Processo Legislativo Brasileiro*, p. 332

Mas, ao seguir aquela minha proposta de dividir o processo legislativo em *momentos* distintos, faz com que a abordagem aqui exposta exija, para fins de racionalidade, uma exposição menos ordenada e mais perfunctória que a sequência exposta na Constituição Brasileira.

A Lei 9.709/98 (Brasil, 1998) regulamentou as disposições do artigo 14 da Constituição Federal quanto ao plebiscito, referendo e iniciativa popular, pontos que afetam sensivelmente o momento social do processo legislativo.

O artigo 13 da Lei 9.709/98 apenas diz que *a iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos deputados*, mas há muito mais antes deste ato processual legislativo ocorrer.

A sociedade em todo o seu dinamismo também debate e implementa situações que antecedem esta apresentação de projeto de lei que será o ponto inicial para aquele segundo momento que denominei de institucional. Fatores importantes, como os anseios sociais, o debate da opinião pública nos cenários dos meios de comunicação, as atividades de instituições especializadas e de defensores de classes, farão com que um debate prévio, não institucionalizado, e com níveis menos rigorosos de racionalidade esteja acontecendo.

Podemos afirmar então que no meu modelo de processo legislativo subdividido em três momentos, este momento da iniciativa poder ser repensado em duas fazes, a saber: a de (1.1) debates populares e a de (1.2) formação de entendimento apto a tomar corpo de Projeto de Lei. Poderia ainda subdividir a primeira fase em outros momentos como os não-institucionalizados, os institucionalizados-minimamente, que seriam entendidos como debates em ordens sociais oficialmente organizados, momentos onde se mesclam agentes formadores de opinião versus agentes políticos, etc. Mas tal temática deixaria tão refratário estes momentos e fases que seria por demais pormenorizar a questão. Cito este fato apenas para informar a sua existência e importância no cenário processual legislativo e racional da formação legislativa. Um estudo sobre a formação da opinião pública, que é deveras importante de se ter em mente neste momento, mas é fator que deverá ser apenas superficialmente tratado, dada sua conotação sociológica jurídica, não afeta o trabalho em que ora me empenho.

Assim sendo, retornando a este momento de iniciativa, há de se informar que a concretização de um Projeto de Lei passa por níveis argumentativos intensos no seio social, ou seja, quando do primeiro momento do processo legislativo.

A iniciativa institucional propriamente dita mitiga o primeiro momento, se o entendermos de forma ordenadamente rigorosa, já que o debate social somente adviria após os

demais legitimados do artigo 60 da Constituição Federal tomarem o impulso proposicional da lei.

Obedecendo-se a ordem que expus inicialmente os agentes sociais deverão apresentar argumentos fortes o suficiente para que o tema colocado à baila demonstre perante o parlamento ser relevante para a sociedade a ponto de instigar o encaminhamento para o segundo momento do processo legislativo. Mas estas razões já são o primeiro característico da argumentação jurídica institucionalizada dando início a esta fase legislativa.

As opiniões sociais são um juízo de valor que hão de apontar referenciais de importância no momento de racionalidade final como peso para aferição da decisão legislativa<sup>43</sup>.

Penso que a opinião pública pode refletir a opinião de especialistas num processo ideal de racionalidade legislativa, mas, no mais das vezes, o que se pode constatar é que a opinião pública pode ficar eivada de elementos menos especialistas e mais emotivistas. Não se pode negar que fatores religiosos, regionalistas, partidaristas, e de grupos de pressão bem como de várias outras variantes podem influenciar na formação de um consenso social. Daí o alerta que preferi fazer no sentido de informar que este momento social possui carga argumentativa racional muito extratificada, mas de grande valia no momento que o sucede (legislativo propriamente dito).

Retornando à Constituição Federal de 1988, a iniciativa de proposta de estruturação legal, ou como diz o artigo 60, para *a iniciativa das leis complementares e ordinárias*, há legitimados que não *os cidadãos*. Este dispositivo já indica pessoas que já estão, pela sua natureza, inseridos nalguma instituição, ou seja, no próprio Poder Legislativo (Membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado federal ou do Congresso nacional), no Poder Executivo (Presidência da República e Procurador-Geral da República) e no Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores). Isto, para citar só e tão somente o processo legislativo inscrito na Constituição federal que é referencial neste trabalho, não olvidando-se da existência dos processos legislativos estaduais e municipais e do Distrito Federal.

Estes, seguindo minha classificação, estão inseridos no segundo momento do processo legislativo, o que não significa mitigação dos debates que ocorrem no primeiro momento (que denominei de *social*). É que a sociedade não deixa de participar, mesmo que em menor proporção, como haverei de demonstrar, do momento institucional do processo legislativo.

---

<sup>43</sup> Retornarei a este tema mais aprofundadamente noutra oportunidade neste trabalho.

Neste sentido haverei agora de procurar uma definição para o que seja a iniciativa legislativa inscrita no artigo 60 da Carta Maior. O conceito pode tomar formato como sendo a (1) capacidade (2) legitimada para (3) impulsionar originariamente o (3) processo legislativo (4) junto ao devido órgão competente. Este conceito possui partes que merecem alguns apontamentos.

Esta (1) capacidade é a de estar em regularidade com as características essenciais do exercício da cidadania, entendido aqui o eleitor. É que o parágrafo segundo do artigo 61 exige para a iniciativa popular número certo de pessoas constantes do “*eleitorado nacional*”. Assim entendido, esta capacidade de deflagração do processo legislativo exclui os não legitimados ao processo eleitoral. Tal fator não nos é estranho já que a democracia que estamos é a representativa, a qual se dá, em regra, pelo do voto.

A legitimação (2) é encontrada na própria Constituição Federal e acima apontei nominadamente aqueles constates do *caput* do artigo 60. Legitimar é outorgar poder para determinado ato. Os legitimados devem ser interpretados restritivamente, e não extensivamente já que, só, e somente só, o poderá ser aquele que explicitamente constar do texto legal.

Por impulsionar originariamente (3) há de se compreender como deflagrar o processo legislativo e não necessariamente participar de todos os seus atos. Um processo tem de ter seu ponto de partida, e aqui no caso que dispus a dissertar pautando pelo discurso, este impulso pode se originar nos debates sociais de determinado conflito social que está a merecer regulação normativa. Estes debates podem ser o impulsionar originário de um processo legislativo já que o discurso social não pode ser mitigado na aferição de uma norma. De certo a oficialização e concretização desta iniciativa há de se dar com a apresentação de um Projeto de Lei para os debates do segundo momento (institucional), sendo, pois, este projeto a materialização original deste impulso. Dado este impulso oficial a continuidade do processo até seu momento final, que denominei de implementador (ou sancionador), dependerão os debates da segunda fase, já que vários assuntos são encerrados sem edição de alguma norma, mas este resultado (que chamarei de negativo) ainda será resultado de processo racional legislativo. Deixo, pois, claro, que há dois momentos distintos do impulso (1), o de debates e o (2) de apresentação de projeto de lei pelos capacitados legitimados acima expostos.

A iniciativa ao órgão competente (4) com último elemento do conceito que proponho justifica-se ante o fato que não somente a norma legal é transpassada pelas casas legislativas do Congresso Nacional. Ao menos originariamente não. É que há momentos que decretos e atos normativos podem ter seu nascedouro, até mesmo sem discussões (medidas provisórias)

serem emanadas da Presidência da República. De certo, como haverei de interpretar do texto constitucional, a Medida Provisória terá seu tramitar especializado junto ao Congresso Nacional. Alerta-se para este ponto no sentido de estabelecer que o processo legislativo tem seu local de tramitação primordialmente estabelecido, enquanto debate do segundo momento, junto às duas frações do Congresso: Câmara dos Deputados e Senado Federal. Ademais no início deste capítulo cuidei de informar a localização dos artigos que tratam do processo legislativo dentro do texto constitucional, ou seja, no capítulo dedicado ao poder legislativo, então, pois, o local competente para conhecer da iniciativa.

### **3.3 Do Processo Legislativo na Constituição de 1988**

Para este tópico de minha dissertação haverá de ser entendido que também pode ser denominado processo legislativo a sequência ordenada de atos, definidos a partir da Constituição Federal, que ordenam o tramitar de um projeto de lei. Fases legislativas, quorum, permissões e restrições em assuntos para poder legislar. Trata-se de um conceito restritivo e mais procedimental daquilo que estamos chamando de Processo Legislativo.

Importante aqui será apontar os momentos de normas procedimentais estabelecidas constitucionalmente, tais como a discussão e votação, quorum e deliberações necessárias para apreciação das matérias postas em ordem naquelas casas legislativas como desiderato de obedecido este processo tal se consubstancie numa norma.

#### ***3.3.1 Votação / Discussão***

Se a prática da argumentação se dá com proposições bilaterais (ou polilaterais) à busca de um consenso em prol da resolução de alguma questão posta, esta prática ocorre quando pessoas se colocam frente à frente com seus arrazoados e cada um promovendo sustentações diversas. Este momento é o de máxima importância no processo legislativo, eis que nele o teor textual da norma será definido. Nele as regras do discurso prático geral são levadas de sobrelevada importância. A racionalidade reside neste contexto.

Após aqueles primeiros momentos do processo legislativo, a fase de discussão e votação entra em cena como sendo o ápice argumentativo prático.

Proponho neste momento uma reflexão sobre o fato de que as deliberações das propostas de iniciativa próprias das casas (Câmara e Senado) são menos debatidas que as advindas de outros setores legitimados. É que a deliberação de propostas oriundas

primitivamente da própria instituição legitimada a fazer a proposição de normas surge em terreno no qual o debate já vinha ocorrendo, como nos casos apontados naquele momento social. No âmbito institucionalizado, quando dele mesmo advêm uma proposta, presume-se que seu debate já está suficientemente amadurecido a ponto de mitigar, aos menos à primeira vista, um debate mais intenso. Diversamente, os projetos direcionados às casas legislativas, advindos de outros legitimados, seja o poder executivo, judiciário ou iniciativas populares, no mais das vezes recebem emendas e proposições diversas a fazer com que aquelas iniciativas extraordinárias sejam alinhadas ao pensamento legislativo daqueles que têm, precipuamente, a incumbência de legislar. Esta reflexão é feita no sentido de apontar que debates surgem entre os legisladores originários (entendidos aqui aqueles componentes do poder legislativo) e aqueles legitimados extraordinários (entendidos aqueles que não compõem originariamente o poder legislativo) um discurso não institucionalizado, mas de relevante importância para a dinâmica do processo legislativo enquanto processo discursivo racional.

A Constituição Federal de 1988 regulamentou apenas coeficientes mínimos para a votação das matérias para as quais relegou mais importância, mas a forma procedimental está inserida em três documentos onde as regras práticas para os debates então inseridas: Os Regimentos Internos das composições legislativas do Brasil descrevem de forma pormenorizada os rituais (procedimentos) para os atos de fala de cada um dos deputados, senadores e congressistas.

Discorrer pormenorizadamente sobre cada um dos regimentos do Senado, da Câmara dos Deputados e do Congresso Nacional (Regimento Comum) seria empreitada por demais volumosa a tomar parte considerável deste trabalho. Neste sentido apenas algumas nuances de maior relevância a vista deste trabalho serão consideradas. De certo muito há ainda que se apresentar e os três regimentos são ricos mananciais de argumentação, contudo, reitero, somente trarei no presente momento aqueles pontos dos ditos Regimentos que poderão ser retomados nos próximos capítulos para subsidiar a conclusão a que se pretende na presente dissertação.

Início apontando que a Câmara dos Deputados é o destinatário em primeiro lugar da maioria das iniciativas legislativas, por este motivo suas disposições tomam relevância neste primeiro momento.

Surge, com efeito conceituador, o Art. 165 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados ao anunciar a que se presta as discussões:

(...).<sup>44</sup>

Daí a minha afirmativa que a fase institucional do processo legislativo assume seu grau maior de relevância. Até este momento propriamente dito, ou como diz o artigo, até esta *fase*, os debates se deram em comissões e/ou foram influenciados por proposições, além das emendas que eventualmente tenham recebido. Neste momento da discussão a totalidade dos deputados está ativamente participando da construção em concreto da lei.

Interessante apontar, para fins de uma futura justificação da racionalidade do processo, que o artigo adiante (Art. 166) representa fator que expressa a necessidade de se estar atualizando o debate nas conformidades da mudança da composição da câmara entre uma legislatura e outra:

Art. 166. A proposição com a discussão encerrada na legislatura anterior terá sempre a discussão reaberta para receber novas emendas.<sup>45</sup>

É que a mudança de uma legislatura significa que podem ocorrer mudanças nas formas de pensamento daqueles que ingressam no mandato parlamentar, e que trazem consigo as acepções de uma sociedade sempre em mutação quanto às suas necessidades legislativas. Ainda assim, mesmo que o parlamentar seja um caso de reeleição, nada impede que suas convicções, após o processo eleitoral e em contato mais aproximado com o eleitorado (sociedade), tenham mudado, de forma tal que as proposições para determinada matéria em debate no plenário possam sofrer modificações.

Essa característica do processo legislativo brasileiro é a meu sentir um reflexo de uma discursividade social, aquela que Habermas (2012) denominou de “mundo da vida”.<sup>46</sup>

Seguindo a ordem do Regimento interno e a elucidar mais ainda sobre as características da certeza das premissas empíricas, clareza lingüística e sinceridade<sup>47</sup>, os artigos seguintes dão a conotação de equidade no discurso parlamentar das discussões:

Art. 169. Nenhum Deputado poderá solicitar a palavra quando houver orador na tribuna, exceto para requerer prorrogação de prazo, *levantar questão de ordem*, ou fazer comunicação de natureza urgentíssima, sempre com permissão do orador, sendo o tempo usado, porém, computado no que este dispõe.<sup>48</sup>(grifei)

<sup>44</sup> BRASIL. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. P. 114

<sup>45</sup> Idem supra

<sup>46</sup> HABERMAS. *Teoria do Agir Comunicativo* v. 1

<sup>47</sup> ALEXY. *Princípios Formais*, p. 131

<sup>48</sup> Brasil. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*, p 114

São justamente estas questões de ordem que fazem com que o processo racional e discursivo do processo legislativo na sua fase institucional seja permeado de regras que dão a legitimidade para a estruturação de uma composição de normas racionalmente construídas.

Um aparte deve ser tomado neste momento para informar que quando me refiro a “normas racionalmente construídas” falo daquelas advindas deste procedimento havido pelo processo legislativo. O interessante ainda é notar que os próprios regimentos foram editados a partir de debates ocorridos entre os legisladores. São as regras (regimento) para se editar normas (leis v.g.). Pode-se dizer que os regimentos são as regras do discurso legislativo racional.

Ainda sobre a discussão ressalto dois pontos. O primeiro sobre o uso da palavra pelos interessados no debate:

Art. 174. O deputado, salvo expressa disposição regimental, só poderá falar uma vez e pelo prazo de cinco minutos na discussão de qualquer projeto, observadas ainda, as restrições contidas neste artigo.

§ 1º Na discussão prévia só poderão falar o Autor e o Relator do projeto e mais dois Deputados, um a favor e outro contra.  
(...)<sup>49</sup>

São normas discursivas como essas que compõem uma dinâmica processual legislativa a fazer aparecer a racionalidade de que trato neste trabalho. Os vieses das regras do discurso prático geral são encontrados nestes procedimentos legislativos. A análise desta confrontação poderá colaborar para a afirmação da racionalidade do processo legislativo brasileiro.

O outro ponto vem na mesma linha normativa do debate no artigo seguinte:

Art. 175. O Deputado que usar a palavra sobre a proposição em discussão não poderá:

- I – desviar-se da questão em debate;
- II – falar sobre o vencido;
- III – usar de linguagem imprópria;
- IV – ultrapassar o prazo regimental;<sup>50</sup>

Continuando o Capítulo XII do título V (Das Proposições) o Regimento Interno da Câmara dos Deputados ordena todas as questões relativas ao debate público destas proposições, como inscrição de debatedores (arts. 171 – 172), uso da palavra (art.s 173 – 175), apartes (Art. 176) etc.

Para retomar a importância racional do tema tratado nesta dissertação chamo a atenção para algumas especificidades do Regimento Interno da Câmara dos Deputados:

<sup>49</sup> Brasil. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*, p. 116

<sup>50</sup> Idem supra.

Art. 100. Proposição é toda matéria sujeita à *deliberação* da Câmara.

§1º As proposições poderão consistir em proposta de emenda à Constituição, projeto, emenda, indicação, requerimento, recurso, parecer e proposta de fiscalização e controle.

§2º Toda proposição deverá ser redigida com *clareza, em termos explícitos e concisos*, e apresentadas em três vias, cuja destinação, para os projetos é a descrita no § 1º do art. 111.

§3º Nenhuma proposição poderá conter matéria estranha ao enunciado objetivamente declarado na ementa, ou dele decorrente.<sup>51</sup> (grifos meus)

Os grifos acima surgem como expressão de duas circunstâncias distintas, mas igualmente relevantes ao que me prestei a expor neste trabalho à cerca da racionalidade. (1) A deliberação: ponto de essencial importância à racionalidade, onde todas as regras do Discurso Prático Geral<sup>52</sup> não de estar presentes. (2) A expressão vernacular exigente para evitarem-se as obscuridades e eventuais interpretações diversas da pretendida com o texto<sup>53</sup>.

Guinando agora para o texto do Regimento Interno do Senado Federal, melhor disposição não poderia ser encontrada num título especificamente para “Os Princípios Gerais do Processo Legislativo”, a fim de subsidiar melhor e mais especificadamente este trabalho dissertativo.

#### Título XV

#### DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO LEGISLATIVO

Art. 412. A legitimidade na elaboração de norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos:

I – a participação plena e igualitária dos Senadores em todas as atividades legislativas, respeitados os limites regimentais;

II – modificação da norma regimental apenas por norma legislativa competente, cumpridos rigorosamente os procedimentos regimentais;

III – impossibilidade de prevalência sobre norma regimental de acordo de lideranças ou decisão de Plenário, exceto quando tomada por unanimidade mediante voto nominal, resguardado o *quorum* mínimo de três quintos dos votos dos membros da Casa;

IV – nulidade de qualquer decisão que contrarie a norma regimental;

V – prevalência de norma especial sobre a geral;

VI – decisão dos casos omissos de acordo com a analogia e os princípios gerais de Direito;

VII – preservação dos direitos das minorias;

VIII – definição normativa, a ser observada pela Mesa em questão de ordem decidida pela Presidência;

IX – decisão colegiada, ressalvadas as competências específicas estabelecidas neste Regimento;

X – impossibilidade de tomada de decisões sem a observância do *quorum* regimental estabelecido;

<sup>51</sup> Idem supra p. 85

<sup>52</sup> ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 285ss

<sup>53</sup> A este respeito chamo a atenção para o item 3.2.1 da *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Alexy que dedica sob o título de “*Texto e Vontade*”, importantes considerações sobre a vinculação dos argumentos como vinculação à vontade do legislador. Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 552

- XI – pauta de decisões feita com antecedência tal que possibilite a todos os Senadores seu devido conhecimento;  
 XII – publicidade das decisões tomadas, exceção feita aos casos específicos neste regimento.  
 XIII – Possibilidade de ampla negociação política somente por meio de procedimentos regimentais previstos.<sup>54</sup>

Esses princípios gerais se afiguram como os *legitimadores da elaboração de norma legal*, tal qual expressa o *caput* do artigo, mas a racionalidade encontra-se imiscuída em todo o texto. Este ponto será melhor aprofundado no capítulo próprio onde me dedicarei a fazer a correlação entre o processo legislativo brasileiro e a racionalidade em Alexy.

Os debates acima assentados são os essenciais nas proposições de projetos, certo que após a tramitação nas comissões específicas, além das de Constituição e Justiça e a de Cidadania, os projetos podem retornar à discussão acaso sofram modificações. Mas nada altera a dinâmica da discussão. Destaquei estas duas comissões já que a estas recorrem todas as proposições legislativas e nas demais comissões ditas *temáticas* destinam-se cada qual à especialidade do tema legal. Isto será tratado ao final deste trabalho.

À guisa de encerramento deste tópico cumpre informar que as deliberações aqui tratadas sobre as proposições legais as quais pretende-se converter em normas legais obedecem ritualisticamente este processo complexo estabelecido nos regimentos internos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Insta apenas informar da existência de um Regimento Comum às duas casas legislativas destinado ao Congresso Nacional<sup>55</sup> que possui nos seus arts. 134ss as “Disposições Comuns Sobre o Processo Legislativo” que não diferem sobremaneira daquelas encontradas nos demais textos regimentais específicos de uma e outra casa legislativa.

Todas estas precauções procedimentais são a busca por uma correção na máxima medida possível, ou pelo menos na medida do que possa ser razoavelmente possível, para se estabelecer uma verdadeira institucionalização do discurso jurídico, aqui no seu viés legislativo. Penso que não há atualmente discordância em afirmar que no sistema jurídico o processo legislativo é parte componente.

A correção – que será abaixo motivo de especial debate – é a força motriz para a racionalidade institucionalizada. Uma pergunta pode surgir: com a institucionalização das regras contidas nos Regimentos Internos do Congresso e de cada uma de suas casas legislativas pode-se afirmar que está institucionalizada a razão, já que estes regimentos

<sup>54</sup> BRASIL. *Regimento Interno d Senado Federal*, p. 205

<sup>55</sup> BRASIL. *Regimento Comum*, p. 48

institucionalizam a pretensão de correção no processo legislativo? Será a resposta a esta questão dizer que o processo legislativo brasileiro é racional? O afã é que ambas respostas sejam positivas.

### 3.3.2 Outras Deliberações

Por “outras deliberações” denomino aquelas se afastam do processo ordinário legislativo, qual seja, o que se restringe somente ao círculo dos congressistas (deputados ou senadores, ou ambos em casa legislativa reunida), e a estes se somam, no debate para criação da nova norma, pessoas da sociedade civil<sup>56</sup>.

No Art. 252 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados verifica-se a regulamentação para a “Iniciativa Popular de Lei”, contudo este ponto já foi abordado anteriormente, e aqui pretendo deixar salientada a oportunidade de órgãos especializados poderem se ajuntar ao legislador para contribuir com o debate da norma que se pretende constituir. Daí especial atenção ao *caput* do artigo 254 daquele regimento:

Art. 254. A participação da sociedade civil poderá, ainda, ser exercida mediante o oferecimento de sugestões de iniciativa legislativa, de pareceres técnicos, de exposições e propostas oriundas de entidades científicas e culturais e de qualquer das entidades mencionadas na alínea *a* do inciso XII do art. 32.<sup>57</sup>

Apenas para esclarecimento informo que o art. 32 trata das Comissões Permanentes e seus respectivos campos temáticos.

Esta participação traz o cientificismo para dentro do processo legislativo a fazer com que aquele primeiro momento denominado “social” não seja de todo desvirtuado e tenha uma oportunidade de se ver institucionalizado.

Uma passagem sociológica deve ser lançada neste momento e entendo serem providenciais as palavras de Maffesoli (2004) analisando as conturbadas tomadas de decisões populares:

As loucuras coletivas, que não faltam na atualidade, remetem-nos, pura e simplesmente às “pitadas de loucura” dos demônios pessoais, entrando em ligação numa espécie de interatividade generalizada.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> BRASIL. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*, art. 252, p. 150

<sup>57</sup> *Idem supra* p. 151

<sup>58</sup> MAFESSOLI. *Notas sobre a pós-modernidade*. P. 95

É que muitas das interações acontecidas no âmbito social desta “loucura” que Maffesoli constata nas sociedades modernas são influenciadores do debate legislativo, e a esta realidade não posso, aqui, fechar os olhos. Ora, de forma não institucionalizada onde a racionalidade não obedece regras rígidas, o discurso não oferece sustentações em graus de certeza e de confiança suficientes para aferir-se uma total (ou na máxima medida possível) realização das regras discursivas próprias de um processo legislativo racional institucionalizado.

Estas participações nas comissões (institucionalizadas) da Câmara dos Deputados, Senado Federal e Congresso Nacional, obedecem aos mesmos regramentos para apresentação, e entram em debate frente a frente e em paridade de argumentação. Ou seja, quero dizer: na forma institucionalizada as acepções sociais, por mais maculadas e viciadas com desejos personalíssimos que entraram em interatividade generalizada, passam por crivos analíticos suficientemente fortes a não deixar que o debate se transforme em ponderações exclusivamente de uma parcela ou fração interessada unilateralmente da sociedade.

Estas participações serão alvo de análise neste trabalho quando eu apontar aqui o grau (ou peso) de uma interferência de determinados direitos fundamentais e a certeza das premissas que os justificam. Estas premissas serão aquelas levadas pelas entidades que o mencionado artigo autoriza para as Comissões Legislativas. Daí a fundamentar de forma forte ou fraca um eventual sopesamento (ponderação) na decisão legislativa.

### ***3.3.3 Espécies Normativas***

Eu não poderia falar neste trabalho de processo legislativo sem citar as espécies normativas contempladas em nossa Constituição. Contudo hei de deixar claro neste momento que a espécie normativa não nos interessa sobremaneira neste momento. Preciso deixar evidenciado que qualquer espécie normativa permitida no direito brasileiro deverá ser construída ou não (para os casos de arquivamento) mediante um processo legislativo racional.

Seja lei, emenda constitucional, leis complementares ou quaisquer outras, estas devem obedecer um processo (que já sinaliza racionalidade) mas antes de tudo, uma racionalidade na maior medida possível.

Para enunciá-las me restrinjo a dizer que as espécies normativas essenciais e constitucionalmente previstas para a Câmara dos Deputados, Senado Federal e Congresso nacional são: Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis

Delegadas, Medidas Provisórias (privativas do executivo), Decretos Legislativos, Resoluções e Leis Orçamentárias.

Cada uma destas espécies recebe tratamento diferenciado quanto à iniciativa, *quorum*, votação, tramitação, etc.. Contudo a racionalidade que pretendo expor neste meu trabalho extrapola estas diferenças e pode ser inserida em qualquer contexto procedimental legislativo a dar a todos eles a pretendida racionalidade.

Registro para a reflexão a norma denominada pelo art. 59 da Constituição Federal (Emenda Constitucional), já que sua particularidade remete à mudança da Constituição. Essa modificação exige uma racionalidade também exigente quando esta norma vai compor o arcabouço constitucional que irá nortear as demais normas denominadas infraconstitucionais. Convido a imaginar uma Emenda Constitucional que insira no contexto constitucional um Direito Fundamental. Como alhures já informei, a Emenda Constitucional não é contabilizada nas normas de competência do legislador ordinário e sim de legislador constitucional. Deverá ser assim, igualmente revestida de racionalidade. Mas no caso a racionalidade permanece tal qual a que será apresentada nos capítulos seguintes será abordada.

Não há de se importar com a justeza do resultado do processo legislativo, mas sim com sua racionalidade e pretensão de correção na máxima medida possível. É que pretendo afirmar que sendo racional o resultado, esse há de ser satisfatório a uma sociedade inserida numa democracia moderna, e não uma norma que se revista da mácula da injustiça extrema. Não se pergunta se “o resultado é justo”, mas sim “se o processo de formação da norma foi racional”. Daí não se perquirir se se trata de lei ordinária ou de lei complementar (v.g.), mas se foram obedecidas regras minimamente constituídas com base numa argumentatividade que na máxima medida possível possibilite o desejado processo racional de constituição de normas.

### **3.4 Lei complementar 95 de 26 de fevereiro de 1998**

Uma das preocupações com a racionalidade em Alexy é a exatidão dos termos empregados no texto legal. E tal observância é alvo de argumentação, ponderação e faz da norma um norte preciso para o que haverá de regulamentar (dever ser).

A Lei Complementar 95/98<sup>59</sup> neste sentido regulamenta que as disposições normativas devem obedecer a preceitos mínimos para a clareza necessária de um dispositivo.

---

<sup>59</sup> Alterada pelo Decreto nº 4.176 de 28 de março e 2002.

É um ponto que aqui não pode ser eximido de se tratar e o faço no sentido de diferenciar o que venha a ser um verdadeiro processo legislativo enquanto sucessão de atos devidamente ordenados para um desiderato pretendido que se consubstancia na edição (ou não) de uma lei e o que é legística.

Como já havia anunciado anteriormente neste trabalho, a redação de um texto não só reveste-se de racionalidade para aposição dos termos ideais que refletem a vontade do legislador, como também a redação de forma a fazer com que os termos textuais e vernaculares utilizados sejam de clareza tal que não levem a inconclusões interpretativas. A legística surge neste contexto como responsável por ocupar-se das questões relativas à técnica legislativa em abordagem predominantemente lingüística<sup>60</sup>.

Para a racionalidade legislativa que interessa no momento, o texto legal compõe-se de determinações a homogeneizar a elaboração da textualidade das normas e suas redações.

Mas ainda não vou me debruçar sobre a relação entre a legística e a racionalidade do processo legislativo neste momento. Restringir-me-ei a expor algumas nuances da Lei Complementar 95/98 sinalizando seus propósitos que serão mais detidamente analisados quando do momento ideal de conjugação do processo legislativo brasileiro e a racionalidade alexyana.

O artigo 11 surge neste contexto como sendo o de essencial importância para subsídio de minhas reflexões, e aqui o transcrevo à despeito de sua grande extensão:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

- a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
- b) usar frases curtas e concisas;
- c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;
- d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;
- e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

- a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;
- b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;
- c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;
- d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;

<sup>60</sup> FERREIRA, *A lei Complementar nº 95/1988 e a Técnica de Alteração de Leis*, p. 7

- e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;
  - f) grafar por extenso quaisquer referências feitas, no texto, a números e percentuais;
  - f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; (Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)
  - g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões ‘anterior’, ‘seguinte’ ou equivalentes; (Incluída pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001)
- III - para a obtenção de ordem lógica:
- a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;
  - b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;
  - c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;
  - d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

Adiante este artigo terá essencial importância quando a regra 1.4 do discurso prático geral for analisada:

1.4 Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.<sup>61</sup>

Contudo, em que pese essas determinações, há nas disposições finais da mencionada Lei Complementar uma disposição que entendo prestigiar a redação na conformidade que o legislador, na sua discricionariedade<sup>62</sup>, aponta para a norma legal. Finalizando sua redação a Lei Complementar anuncia:

Art. 18. Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para seu descumprimento.

Ora, daí vale dizer que não sendo clara, não sendo precisa e nem obedecendo uma ordem lógica a redação de uma lei, nada impedirá de ser a mesma seguida (entrar para o ordenamento jurídico). Pasma a disposição que obriga o cumprimento de uma norma que pode reunir em seu contexto tamanhas imperfeições.

Mas a expressão de maior importância que observo no texto é a que se refere a um “*processo legislativo regular*”. Perpassando pelas fases discursivas do processo legislativo de forma que a norma possa ser racionalmente compreendida no seu processo de criação na fase de debates, não se escusará de cumprir a lei que, a final, tiver sua redação com

<sup>61</sup> ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*. P. 287

<sup>62</sup> O tema da discricionariedade do legislador será abordado a tempo e modos oportunos neste trabalho. A discricionariedade foi alvo de algumas objeções à tese de Alexy, e aqui não deixarei de analisar estas objeções. A mais severa, ou nos dizeres do próprio Alexy, a mais “vigorosa” foi de Habermas. Apenas coloquei esta palavra (discricionariedade) para ensejar a possibilidade de o legislador redigir um texto até mesmo em desconformidade relativa com as exigências (exigências?) da Lei Complementar 95/1998.

desconformidade com o artigo 11 da Lei Complementar. Tal preceito é deveras complexo já que obriga a observância de uma lei da qual várias interpretações podem ocorrer! Acaso se esta imperfeição legística for levada a uma Corte Constitucional poder-se dar a mesma uma interpretação diversa da pretendida pelo legislador originário. E até que este legislador assim se pronuncie em retoque e ajustamento da norma que carrega em si alguma incompreensão, pode ser a causa de um verdadeiro pandemônio social, à medida que a tentar cumprir uma lei, cada qual (refiro-me aos cidadãos destinatários da norma) o fará com sua particular interpretação.

Mas não se pode negar que o artigo dá a exatidão da obrigatoriedade de cumprimento da norma, qual seja: o regular processo legislativo. É que o processo legislativo é garantia, ao menos minimamente, de racionalidade. E sendo racionalmente e procedimentalmente elaborada a lei, mesmo imprecisa vernacularmente, comporá o rol das normas postas.

Alexy (2012) reconhece que, uma interpretação semântica e a interpretação genéticas, isoladamente tomadas, pouco ou nada servem para vincular a argumentação. Mas é um erro pensar que essas argumentações em nada colaboram para a vinculação à argumentação.

Quando do início deste texto fiz exemplificar a racionalidade gramatical como sendo um viés que não pode ser relegado ao esquecimento. Continuando aquela exemplificação, tomo que à medida que a comunicação entre os legisladores se dá de forma escrita e atentos à redação de um texto, deverá esta formulação ser o mais criteriosa possível para que futuramente o intérprete da lei não tome conclusões até mesmo contrárias a vontade do legislador.

### **3.5 Constituição como referencial principiológico**

Até aqui se falou de normas, compreendidos entre elas os princípios e as regras na forma já exposta por Alexy (2012).

Agora hei de me deter na posição da Constituição neste processo legislativo, qual seja: a de norteadora de todos os atos processuais legislativos a serem perpetrados para a edição de normas. Justifico: nenhuma norma poderá ser dita em vigor acaso não esteja em conformidade com a principiologia exposta na Constituição. Nenhum debate (discussão parlamentar) poderá tomar seguimento acaso contraponha aos princípios estatuídos na Norma Fundamental.

Retira-se da racionalidade processual legislativa todo seu motivo de ser, acaso uma regra (e aqui a expressão deve ser diferenciada do conceito de princípio) esteja em confronto

com disposições de direitos fundamentais (v.g.), especialmente quando Alexy afirma que Direitos Fundamentais são direitos positivados.<sup>63</sup>

Estabelece-se, pois, dois parâmetros já alinhavados acima: uma lei pode contrapor-se a outra e modificá-la, revogá-la ou apor umas sobre as outras os efeitos da confrontação de uma lei e outra. Outro fator importante é a Emenda Constitucional que por ser de competência de legislador constitucional pode contrapor-se à própria Constituição. O Poder Constituinte Originário ao editar uma Emenda Constitucional pode colocar em xeque Direitos Fundamentais e, pode, esta colisão, necessitar de aprofundamentos extremos na ordem racional.

Caminha neste sentido a tratativa sobre a colisão de princípios. A colisão de regras postas pelo legislador ordinário em face de princípios ou direitos fundamentais constitucionais pode (ao menos aparentemente ser de fácil solução já que o princípio de início anularia a regra colidente) ser mais brandamente solucionável, mas no debate em processo legislativo em sede de Emenda Constitucional, onde se proponha princípio colidente com princípio já vigente, pode tornar a solução mais complexa.

No posfácio à Teoria dos Direitos Fundamentais Alexy (2012) estabelece a ordem-moldura como metáfora para indicar o que é permitido, proibido e facultado por uma constituição e a sua obediência a tais necessidades, impossibilidades e possibilidades constantes da Constituição.

O modelo da moldura foi até agora descrito com o auxílio dos conceitos de dever, de proibição e de faculdade. Mas é possível fazê-lo também com o auxílio dos conceitos de necessidade, impossibilidade e possibilidade. Aquilo que a constituição obriga é constitucionalmente necessário; o que ela proíbe, constitucionalmente impossível; e o que ela faculta não é constitucionalmente nem necessário nem impossível, mas meramente possível. Assim, o problema da moldura pode ser formulado como problema da existência de uma esfera composta por aquilo que é apenas constitucionalmente possível.<sup>64</sup>

Dá a discricionariedade do legislador sendo definida como fator preponderante na formulação do processo legislativo conquanto os temas a serem tratados neste processo devem se circunscrever ao constitucionalmente possível. Mas uma Constituição pode ser uma ordem-fundamento decidindo as questões fundamentais ou relegar certas questões a outros

---

<sup>63</sup> ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

<sup>64</sup> ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 583

planos deixando um vácuo nalgumas questões e assim ser uma ordem-moldura. A bem de um sistema jurídico, uma Constituição deve compor destes dois elementos, definindo de forma pética algumas questões e deixando em aberto outras.

Essa discricionariedade e vinculação ao texto constitucional se darão na argumentatividade racional do processo legislativo. É no processo e através dele que as ponderações hão de se sustentar e dar ao legislador as respostas para sua permissividade, faculdade para legislar. A operação racional em busca de uma correção na máxima medida possível de atendimento à ordem-fundamento/moldura fará com que o legislador defina objetivos, escolha meios, pondere e afinal cumpra o seu mister legislativo.<sup>65</sup>

### 3.6 Concluindo

Definido o que seja processo legislativo, penso ter apresentado até este momento, ao menos minimamente, as nuances de seu proceder no direito brasileiro. Apontei muito do que está por ser tratado e deixei alinhavados os temas que interessam à Teoria Discursiva em Alexy que sejam pertinentes ao tema. O esgotamento do tema “processo legislativo” é de gigantismo tal que não pode ser inserido na sua completude neste trabalho.

As discussões, tanto em plenário quanto nas comissões, são momentos fortes de apresentação das emendas, proposições e todos os demais atos que fazem de uma forma ou de outra acréscimos a discursividade desejada para a elaboração de normas num contexto racional.

A participação popular é apontada como forma importante, ressalvadas as possibilidades de vícios na formação da vontade popular. Igualmente importante a participação popular junto às comissões quando especialmente participam representatividades organizadas da sociedade civil.

Fiz a ressalva quanto à Emenda Constitucional e particularidades relativas ao poder legislativo constitucional de que se deve revestir o órgão encarregado de promover esta forma de significativa alteração da Constituição.

Aponto que novas disposições constitucionais e regimentais do processo legislativo brasileiro serão apontadas e o alinhavado será composto de forma a demonstrar que:

1 – das fases que apontei do processo legislativo a “institucional” é a de maior relevância quando se trata de legislar;

---

<sup>65</sup> Esta passagem é abordada por Alexy às páginas 585ss no posfácio da *Teoria dos Direitos Fundamentais* e aprofundada por Travessoni em *Princípios Formais*.

2 – as disposições constitucionais e regimentais em vigor satisfazem na mínima medida possível as exigências de um processo legislativo racional;

3 – as normas editadas em processo legislativo racional contribuem sobremaneira para a interpretação, implementação e vigência de uma ordem normativa no estado de direito democrático;

4 – por fim, as regras do discurso prático são suficientemente o bastante para um processo legislativo que atenta na máxima medida possível a uma legislação pretendida no Estado Constitucional.

Essas conclusões vão aportar no que foi até então sobre a necessidade de diálogo racional no parlamento para a sanção de normas (último momento: implementador) que componham a racionalidade legal desejada.

## **SEGUNDA PARTE**

Direito e Razão em Alexy

## 4 O MODELO DE RACIONALIDADE EM ALEXY

A racionalidade em Alexy funda-se na sua teoria argumentativa do direito. E aqui não me refiro à obra que leva este título, mas sim a todo pensamento desenvolvido por Alexy em suas produções acadêmico-científicas. Assim sendo, uma visão geral de sua obra, iniciando pela busca de um conceito de racionalidade que se coadune com o seu pensamento, é um caminho necessário a ser percorrido.

### 4.1 Um conceito de razão prática

A tarefa de conceituar a “razão prática” é necessária conquanto aqui se desenvolva sempre a articulação entorno da expressão “racionalidade”. Deste modo, o esforço deverá ser feito. Não se poderia pensar em um conceito desta magnitude sem antes perpassar por quem muito aprofundou estudos na gênese da “razão”, ou seja, Kant(2007)<sup>66</sup>. Na sua obra onde mais se dedica detidamente ao tema, especialmente no seu prefácio já insere a razão no conteúdo do conhecimento formal:

Todo conhecimento racional é: ou material e considera qualquer objecto, ou formal, e ocupa-se apenas da forma do entendimento e da razão em si mesmas e das regras universais do pensar em geral, sem distinção de objectos.<sup>67</sup>

Neste sentido, Kelsen (1986) também aponta em acordo com as lições de Kant:

Normas do chamado direito da Razão não podem ser fixadas pela razão, porque a razão humana é uma faculdade de conhecimento, a saber: uma faculdade de pensamento. Por meio da razão podem-se conhecer as normas estabelecidas por uma autoridade através de atos de vontade, podem-se produzir conceitos, mas não se podem produzir normas.<sup>68</sup>

Retornando a Kant, na leitura de Travessoni (2004):

A razão prática é aquela que não se preocupa em traduzir as leis dos fenômenos da natureza prática, mas em representar as leis segundo as quais o ser racional, dotado de liberdade deve agir.<sup>69</sup>

Daí poder afirmar que a razão em Kant é conhecimento *a priori*, não medida pela experiência. A razão prática em Kant é tomada como legisladora de cunho divino. Nesta razão

---

<sup>66</sup> KANT. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

<sup>67</sup> KANT. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 13 (BA III)

<sup>68</sup> KELSEN. *Teoria Geral das Normas*, p. 10

<sup>69</sup> GOMES. *O Fundamento de Validade do Direito: Kant e Kelsen*, p. 107

prática encontra-se o princípio da moral do dever-ser. Daí as conclusões de Travessoni no sentido de a teoria de Kant ser um modelo de perfeição de aplicação do direito.<sup>70</sup>

Em Kelsen verifica-se, contudo, uma crítica a este conceito de razão prática, quando aponta uma “*inadmissível confusão*” entre os conceitos tanto sendo razão como prática com a vontade e como faculdade de conhecimento da vontade (desejo).<sup>71</sup>

A este respeito Kelsen (1986) afirma:

O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora; e este conceito é – conforme se mostrará – insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade. Por isto não pode haver qualquer norma imediatamente evidente. Quando uma norma da qual se deriva o fundamento de validade e o conteúdo de validade de normas morais e afirmada como imediatamente evidente, é porque se crê que ela é posta pela vontade de Deus ou de uma vontade supra-humana, ou porque foi produzida através do costume e, por essa razão – como acontece com tudo que é consuetudinário – é considerada como de per si evidente (natural).<sup>72</sup>

Já em Dworkin (2002)<sup>73</sup>, numa contraposição a Hart, a resposta correta advém não de uma subsunção na aplicação de normas já postas, mas do descobrimento pela aplicação através do procedimento decisório do juiz. Dworkin (2003)<sup>74</sup> elege vários exemplos para compor sua afirmativa, afastando-se assim daquela racionalidade Kantiana. A racionalidade em Dworkin encontra-se no processo de aplicação do direito.

Até aqui, resumidamente, a racionalidade foi perpassada pelos maiores expoentes que trataram do tema; um aprofundamento maior sobre o tema poderia levar a um desvirtuamento de meus objetivos neste trabalho, pelo que, pressupondo que a racionalidade é o tema a ser exaurido em Alexy, passo a tratar mais detidamente sobre este ponto.

A racionalidade do direito em Alexy pode ser também analisada a partir de seu conceito de direito:

Direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apóia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer uma pretensão à correção.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> ALEXY. *Princípios Formais*, p. 37ss

<sup>71</sup> KELSEN. *Teoria Geral das Normas*, p.100/101

<sup>72</sup> KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, p. 218/219

<sup>73</sup> DWORKIN. *Levando os Direitos a Sério*

<sup>74</sup> DWORKIN. *O Império do Direito*

<sup>75</sup> ALEXY. *Conceito e Validade do Direito*, p. 151

Introduzindo texto publicado em 2000 Alexy o intitula já apontando onde se encontra a racionalidade: *La Institucionalización de La Razón*. Ao definir direito como sistema, não se pode mais fugir da institucionalização da racionalidade, como forma de ter, na máxima medida possível, uma compreensão rigorosa do direito e suas normas. No texto mencionado são apontados três elementos de ponderação e interpretação a guiar o conceito de direito: (1) legalidade conforme o ordenamento, (2) eficácia social e (3) correção material. Aponta mais, que o positivismo de Kelsen deteve-se nos dois primeiros pontos e não deu importância devida ao terceiro elemento<sup>76</sup>. Tanto é verdade que Kelsen afirma que “*todo e qualquer conteúdo pode ser direito*”<sup>77</sup>. Noutra extremidade, aqueles que mitigam os dois primeiros elementos e valorizam mais o terceiro tem uma concepção jusnaturalista<sup>78</sup>. Em Alexy a legalidade e eficácia devem estar intrinsecamente aliadas ao elemento da correção e sua dimensão discursiva.

Dá a Teoria Discursiva ter como pedra angular a argumentação jurídica, fundamentada num sistema de regras do discurso e princípios para garantir sua racionalidade.<sup>79</sup> Um discurso racional é um procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos. Assim pode-se dizer que a racionalidade do discurso se define por um conjunto de regras do discurso.<sup>80</sup> Desse modo, aqueles idealismos kantianos ou o rigorismo à única resposta de Dworkin são em Alexy mesclados e apontam para uma realidade mais concreta das relações humanas. No mundo da vida precisa-se estar atento a discursividade que se dá entre pessoas viventes e reais, assim sendo, somente um sistema como o do Direito (conceituado) de Alexy respeitando idealismo e realidade harmoniosamente pode oferecer uma melhor concretude para a racionalidade desejada.

Não se vá dizer, e isto Alexy reconhece, que seu sistema (discursivo do direito) vá garantir a certeza de racionalidade em todos os casos, que vá fazer tornar imutáveis as decisões, que estas medidas se perpetuarão. O discurso prático geral racional tem limites<sup>81</sup> isto porque algumas regras do discurso somente podem ser seguidas e realizadas parcialmente ou numa máxima medida possível. Ademais, a historicidade é fator que pode alterar as visões de

<sup>76</sup> ALEXY. *La Institucionalización de La Razón*, p. 218

<sup>77</sup> KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, p. 221

<sup>78</sup> A expressão “iusnaturalista” contida no texto parece-me em desconformidade com a nomenclatura posteriormente adotada em “Defesa de um Conceito de Direito Não-Positivista” em Teoria Discursiva do Direito (2014) quando abre mão de designar jusnaturalismo para mencionar “Não-Positivismo”.

<sup>79</sup> ALEXY. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*, p. 150

<sup>80</sup> ALEXY. *Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional*, p. 48

<sup>81</sup> ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 203/204

uma questão posta. O curso da história pode fazer que revisões nos discursos efetuados sejam necessárias, já que há regras que permitem que a qualquer momento qualquer pessoa pode fazer uma proposição.

Aqui vejo Alexy não se descuidando de que a criação de regras e cláusulas pétreas racionais não resolverão a busca incessante pela Justiça. A criação de mundos ideais (somente pensados e inalcançáveis na prática humana) serve apenas de referencial a ser perseguido: uma idéia reguladora<sup>82</sup>. É neste sentido que Alexy permite que tanto uma solução N quanto uma solução  $\neg N$ <sup>83</sup> podem ser possíveis. Possíveis discursivamente. Acontece que a racionalidade não se encontra no resultado. O resultado é que é fruto da racionalidade. Para se ter algo discursivamente possível necessita-se da observância das regras do discurso e de seu cumprimento, e igualmente depende dos participantes e da duração deste discurso. Daí já adentrar a um discurso real.<sup>84</sup>

De certo a racionalidade não resolve todos os problemas, mas retira em grande parte o perigo da irracionalidade recorrente. Mesmo porque não se pretende neste momento histórico elaborar um Código da Razão Prática.<sup>85</sup>

Estas reflexões são de importância basilar para afirmar que há racionalidade em determinado discurso que obedeça na melhor medida possível as regras discursivas apresentadas por Alexy.

Para chegar às minhas conclusões, o estudo da Teoria Discursiva de Alexy vem a ser necessário para verificar, posteriormente, a racionalidade do processo legislativo brasileiro, ou seja, o nível de racionalidade denominado de discurso jurídico de produção estatal do direito ( $P_j$ ) por Alexy.

O arremate de Alexy para o tema é bastante contundente e traz à modernidade os preceitos antes sustentados por Kant ao dizer que “*o lugar da salvação foi ocupado pela correção*”<sup>86</sup>. É bem verdade esta afirmativa conquanto, sem abandonar as linhas mestras da doutrina kantiana, dá mais segurança para a prática humana do pensar, fazendo com que as operações de uma subsunção advinda de um dever-ser firmado na gênese da existência humana como pretendia Kant, ser substituída por uma operação discursiva com o elemento da correção para que através da escoreita argumentatividade se possa deduzir elementos de racionalidade capazes de se justificarem de forma racional.

<sup>82</sup> ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica, p. 307

<sup>83</sup> Leia-se “não N” ou “negativo de N”

<sup>84</sup> ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica, p. 308

<sup>85</sup> ALEXY. Teoria da Argumentação Jurídica, p. 187

<sup>86</sup> ALEXY. Teoria Discursiva do Direito. P. 124

Alexy mais uma vez aproxima seus conceitos de uma humanidade entendida como sendo o mundo real dos acontecimentos diários. Alexy aponta para o cidadão comum o homem no mundo da vida. A compreensão do que Habermas exige para uma argumentação como racional não são abandonadas por Alexy apenas acrescentando que as regras da razão apresentadas por Habermas são importantes para (1) definir um ideal que pode ser cumprido por aproximação; (2) é um instrumento de crítica às limitações não justificáveis dos direitos e possibilidades argumentativas dos interlocutores; (3) podem ser um critério negativo sobre a correção ou a verdade, e acima de tudo (4) explicam uma pretensão de correção e/ou verdade.<sup>87</sup>

Quando se trata de levar a uma *praxis* no pensamento alexiano encontra-se uma grande possibilidade de realização já que o ideal não é abandonado, mas torna não algo a ser cumprido numa medida que não o sendo, não se está perfeito. Alexy trata do ideal como sendo referencial a ser cumprido na máxima medida possível, reconhecendo que estamos num mundo de seres humanos racionais e imperfeitos, e que exigir dos mesmos uma salvação pelo idealismo é negar-lhes a capacidade argumentativa que lhes é inerente. A correção vem para salvar o homem mesmo na sua decadente possibilidade de v.g cumprir os imperativos kantianos.

Por estas fórmulas Alexy aponta os critérios de correção para a racionalidade como sendo o norte a ser perseguido para que se colime, na máxima medida possível, numa racionalidade não perfeita, mas se que sabe imperfeita, e sabe-se incompleta porque não desconhece o ideal, e assim sempre se direciona a ele.

Para mais justificar esta minha assertiva, penso que andou bem Alexy quando desviando pela busca de um conceito de direito que trouxesse cânones pétreos de uma definição acabada preferindo utilizar a expressão “pretensão de correção” e não correção na sua máxima existência. A eficácia social apresentada no mesmo conceito não é plena, absoluta ou inarredável ela é, nas palavras de Alexy inseridas numa constituição com um “mínimo de eficácia social”<sup>88</sup>.

Daí seu atual pensamento muito bem acertado e de postura realística para os tempos modernos onde a globalização é caminho que parece ser sem volta:

O processo de formação da vontade democrática é objetivo na medida em que ele se apóia em argumentos, ou seja, possui um caráter discursivo ou deliberativo.

<sup>87</sup> ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 134

<sup>88</sup> ALEXY. *Conceito e Validade do Direito*, p. 151

Naturalmente, a institucionalização da razão não é um projeto fácil. Mas ele é um projeto possível e, além disso, um projeto necessário nacional e globalmente.<sup>89</sup>

Agora se pode dizer que a salvação não se dá pelo idealismo, mas sim pela pretensão de correção.

As regras do discurso, apresentadas por Alexy devidamente observadas são o caminho para a racionalidade. Os resultados de uma comunicação não são considerados para Alexy, assim sendo, é de maior importância a verificação se o discurso foi racional. A lógica, a experiência e outros fatores tomados por indicadores racionais são importantes, mas Alexy alerta que quando nem estes dois solucionam questões de racionalidade, somente resta a decisão. E somente uma decisão tomada sob a égide da teoria do discurso em uma argumentação racional pode ser eficaz para balizar a racionalidade pretendida.

## 4.2 Racionalidade Jurídica

Apesar das objeções entabuladas, especialmente por Habermas (2003-A), Alexy enfrenta a situação e deixa bem assentado que a ponderação é sim, um exercício de racionalidade.

Desta sua resposta destaco que Alexy afirma que a racionalidade da decisão passa por uma racionalidade das leis:

Diante da abertura dos resultados de discursos práticos gerais, podem ser mencionados fundamentos racionais para a introdução de procedimentos de decisão institucionalizados, como a legislação parlamentar, de modo que o limite autoritativo do discurso jurídico não retire deles o caráter de um procedimento racional. (...) Uma vez que essa pretensão não tem um significado definitivo no que diz respeito a decisões isoladas, quando a lei irracional ou injusta vale juridicamente a decisão é, na verdade, uma decisão juridicamente válida.<sup>90</sup>

Alexy afirma que racional é o que pode ser fundamentável em um discurso prático.<sup>91</sup>

Habermas de forma enfática responde este texto de Alexy publicado em 1990<sup>92</sup>, na sua obra *Direito e Democracia*, alertando que esta situação coloca em cheque a correção de uma decisão jurídica. Parece-me crer que Habermas não acredita, neste momento, na possibilidade de uma decisão válida a partir de uma legislação injusta.

<sup>89</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*, p. 369. Entrevista a Aguiar de Oliveira e a Travessoni Gomes Trivisono.

<sup>90</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*. P. 269

<sup>91</sup> ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 280

<sup>92</sup> Publicado originariamente em *Zur Kritik des Rechtspositivismus*

E, enquanto esse pressuposto não for preenchido, a harmonia entre direito e moral, defendida por Alexy tem uma desagradável consequência: ela não somente relativiza a correção de uma decisão jurídica, mas a coloca em questão enquanto tal.<sup>93</sup>

Habermas finca sua sustentação em Dworkin e arremata que “*uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente*”<sup>94</sup>.

Mas em 2009, Alexy, retomando a questão, aponta a ponderação ou sopesamento<sup>95</sup> para ao final apontar sua conclusão:

O objetivo foi alcançado. A ponderação prova-se como uma forma de argumento do discurso jurídico racional, o que é suficiente para enfraquecer a objeção da irracionalidade especificamente voltada contra a ponderação.<sup>96</sup>

É justamente neste momento, em que se refuta esta objeção de Habermas, que Alexy reforça a ponderação como a chave de racionalidade das decisões jurídicas (aqui também entendida por arrastamento a decisão legislativa) que já havia apontado antes na Teoria dos Direitos Fundamentais:

No que diz respeito à restrição eticamente imanente da lei moral, é necessário defender apenas uma tese: a de que, enquanto a restrição a direitos fundamentais, a lei moral – não se importa o que se entenda por esta expressão – nunca poderá ser uma cláusula totalmente independente de sopesamentos.<sup>97</sup>

Penso que a existência de um processo legislativo, por si e só, já é indício forte da existência de uma racionalidade, mesmo que fraca e contestável, mas o processo é quem dá esta garantia mínima de racionalidade. Cumpre aqui apontar que Alexy comprova à saciedade que a racionalidade reside na ponderação e na fundamentação das proposições ponderáveis. Ele apresenta a lei da ponderação nos seguintes termos:

Quanto maior o grau de descumprimento de, ou de interferência em, um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio.<sup>98</sup>

A este respeito é possível concluir que existe a possibilidade de emitir juízos racionais sobre a intensidade de uma interferência, sobre a importância da razão justificadora desta

<sup>93</sup> HABERMAS. *Direito e Democracia*. P. 289

<sup>94</sup> HABERMAS. *Idem supra*

<sup>95</sup> Há quem refute esta palavra, “sopesamento”, ao argumento de sua inexistência na língua portuguesa tratando-se de neologismo de Virgílio Afonso da Silva na tradução de “*Teoria dos Direitos Fundamentais*” de R. Alexy. Contudo não alio-me a esta vertente já que a palavra encontra-se no Dicionário Aurélio 3ª Ed. 2004.

<sup>96</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*. P. 159

<sup>97</sup> ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. p. 128

<sup>98</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*. p. 154 e Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.593

interferência e sobre a relação de umas com as outras. Nesse sentido, aquelas oposições de Habermas ficam mitigadas e devidamente respondidas.

Mas para isto, Alexy (2012), a por um fim à discussão, apresenta a Fórmula do Peso como sendo a operação racional e de ponderação para formular os juízos racionais necessários a fundamentar a argumentação jurídica. Recentemente em 2014 em Alexy apresenta um refinamento desta fórmula<sup>99</sup> com mais um elemento de construção de juízos ponderados diante de algum conflito de princípios.

Esta observação se faz necessária já que na produção legislativa conforme será apresentada, conflitos podem ocorrer quando se propõe positivar determinada norma (princípio ou regra). O legislador no máximo de seu labor tem uma margem de manobra muito grande para decidir sobre uma ou outra situação a ser legislada e normatizada (aqui como sinônimo de positivada). Mas esta liberdade para legislar não é irrestrita e não pode ter amplitude tal que delibere sem nenhuma vinculação a preceitos constitucionais limitadores de sua atividade legislativa, especialmente os direitos fundamentais. Pois, a abrandar esta atividade normativa em extremos, entregar-se-ia ao legislador um grau de discricionariedade tamanho que não se pode conceber num estado democrático de direito.

A teoria do discurso oferece meios e modos para se afastar de intuicionismos, emotivismos e subjetivismos para dar uma resposta se determinados argumentos são válidos ou inválidos. Afirmar que uma proposição é discutível não fundamenta a alegação de correção opinando-se subjetivamente (ou emotivamente, ou intuitivamente) para uma determinada solução. Correção e validade, elementos constantes no conceito do Direito em Alexy, contornam a racionalidade do discurso. A Teoria Discursiva do Direito apresenta regras (do discurso racional) capazes não de garantir a certeza do resultado de uma argumentação, mas a sua racionalidade.

A racionalidade, por conseguinte, não pode equiparar-se à certeza absoluta. Nisso consiste a idéia fundamental da teoria do discurso prático racional.<sup>100</sup>

Como sempre salientado por Alexy, sendo o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral, a discursividade é uma operação essencial para comprovar a veracidade das proposições e sua correção. Tratando-se de proposições sobre normas, denomina-se discurso prático. Fica assim traçado um caminho a percorrer no sentido de aprofundar-se nas regras do discurso. Regras estas que são, conforme já dito, a base da racionalidade do

<sup>99</sup> ALEXY. *Princípios Formais*, p. 11

<sup>100</sup> ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 179

discurso. Após a publicação da Teoria da Argumentação Jurídica, no posfácio acrescentado à segunda edição, respondendo a algumas objeções, Alexy retoma o mesmo raciocínio anterior e reafirma todas estas questões.

Na teoria dos princípios, as máximas da proporcionalidade e da ponderação são elementos centrais. Destes elementos a ponderação é tratada desde longínquos tempos por muitos filósofos, mas em Alexy esta questão é enfrentada como algo que ocorre diariamente e não um ponto distante localizado nas recônditas profundezas do espírito. Ele coloca o direito como um ponto central da razão.

Deste modo, a ponderação penetra neste sistema como sendo elemento do direito, que por sua vez a retira da razão prática e torna a sua teoria discursiva do direito como um caso especial do discurso prático geral, fazendo-a não algo abstrativista ou inalcançável, mas realizável.

Assim sendo hei de passar pela exposição da Teoria Discursiva de Alexy para introduzir a racionalidade legislativa.

### **4.3 A Teoria Discursiva do Direito**

A teoria discursiva do Direito compreende toda a obra de R. Alexy, e não se pode afirmar seguramente que em uma ou outra, exclusivamente, estão todos os elementos da Teoria. O centro dessa teoria é informar que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, ou seja, a denominada Tese do Caso Especial. Mas para este mister foram percorridos vários caminhos, desde um conceito de direito, uma teoria de direitos fundamentais e a argumentação jurídica. Esses três pilares compõem toda a teoria. E nesse sentido a produção estatal do direito é, também, objeto da argumentação jurídica.

O caminho percorrido cronologicamente destas três obras é em primeiro lugar a Teoria da Argumentação Jurídica (1978), seguida de Teoria dos Direitos Fundamentais (1985) e o Conceito e Validade do Direito (1992). Contudo, para os objetivos desta dissertação, a apresentação destas obras deverá ser outro, para obedecer uma lógica que culminará com a discursividade do processo legislativo.

O risco que admito enfrentar aqui é subverter na ordem de minha apresentação a ordem da evolução do pensamento de Alexy. Justifico minha opção.

Para uma apresentação e afirmação sobre existência ou não de racionalidade no processo legislativo brasileiro a obra maior de Alexy a dar bases a este estudo é a Teoria da

Argumentação Jurídica onde a racionalidade e ponderação por regras e formas do discurso prático geral são apresentadas. Limitadores ao poder de legislar ou como preferem muitos numa expressão mais elegante, a “margem de manobra legislativa” encontra-se na Teoria dos Direitos Fundamentais. Assim sendo, nesta ordem e nesta relevância que penso estar justificada a minha escolha para apresentação da racionalidade em Alexy para ao final tratar da racionalidade legislativa brasileira. Ainda, para mais justificar minha apresentação, a obra organizada por Travessoni, *Teoria Discursiva do Direito* (2014-A), deverá estar a todo o momento permeando a apresentação das demais, já que nela todo o pensamento de Alexy está sintetizado nos seus vários artigos. E todas as vezes que se mencionar princípios (formais), ponderação, conflito entre princípios, ou seja, necessitar-se de fazer uso da Fórmula do Peso, a mais recente apresentação de Alexy na obra *Princípios Formais* (2014-B), quando acrescenta o conhecimento prático à Fórmula do Peso Refinada deverá ser utilizada.

Travessoni destaca a importância da primeira obra:

Essa análise mais aprofundada do conteúdo das três obras sugere que a *Teoria da Argumentação Jurídica* desempenha um papel de destaque, porque nela já se encontram teses das quais decorrerão as outras características do sistema de Alexy, desenvolvidas na Teoria dos Direitos Fundamentais e em *Conceito e Validade do direito*.<sup>101</sup>

Passo, pois a analisar as obras sob o viés aqui pretendido, no sentido de terminar meus estudos com a Teoria Discursiva do Direito com a finalidade de não se perder o vínculo com a parte de estudos que a sucederá, qual seja, a discursividade – racional – no processo legislativo brasileiro.

---

<sup>101</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*, p. 9. Estudo introdutório realizado por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Onde destaca os três elementos fundamentais da obra de Alexy e a sugestão de uma configuração para a sua apreciação e apresentação.

## 5 O CONCEITO DE DIREITO

Por muito tempo de nossos estudos no mais das vezes nos debruçamos sobre obras de grande volume de informações cujas definições devem ser pinçadas de forma esparsa ou deduzirmos certos conceitos a partir de releituras. Alguns escritores não têm, ou não se sentem compromissados com a síntese. Lançam aos ares centenas de páginas com as mais sábias instruções, mas pecam com ausência de uma fórmula concisa para suas conclusões. Estes autores cobram do leitor uma obrigatoriedade de conhecimento de toda a sua obra produzida ao longo de anos de estudo ou exigem uma capacidade de exegese do texto que no mais das vezes criam correntes diversas de interpretadores cada qual com sua linha de pensamento e, portanto, uma visão diferenciada para cada um dos leitores. Entendo que debater um tema é missão maior do teórico do direito, mas as variações sobre o dizer de uma pessoa podem ao final de uma corrente de intérpretes colocar palavras e sentidos na obra que seu autor jamais desejou. Necessita-se para um bom debate, mesmo que para efetuar objeções ou justificar a concordância, que o autor expresse-se de forma clara e com objetividade. Daí então, os debates podem centrar no tema proposto pelo autor e não em perquirir sobre o que pretendia ou não dizer.

Esta crítica dá-se para introduzir a obra de Alexy (2011a) que num ato de respeito ao leitor, encerra com um verdadeiro “ponto final” seu pensamento e, sem delongas ou abertura a lucubrações abstrativistas, taxativamente diz que:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com esta constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apóia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.<sup>102</sup>

Ou se não se pode ser mais preciso ou se desconhece o conceito de precisão.

Mas o grande legado deste conceito e de toda a construção de Alexy sobre ele é a sedimentação de uma diferenciação entre positivismo e o que se preferiu chamar por longo tempo de “jusnaturalismo” que passa a figurar como não-positivismo, tendo como base a

---

<sup>102</sup> ALEXY. *Conceito e Validade do Direito*, p. 151

inserção no conceito de direito do elemento da moral. A moral compõe o conceito de direito de Alexy.

A distinção conceitual proposta por Alexy entre positivismo e não positivismo gira em torno da questão da existência ou não de uma conexão necessária entre direito e moral. Enquanto o positivismo jurídico defende a tese da separação, o não-positivismo defende a tese da conexão. O positivismo é caracterizado pela tese da separação, segundo a qual o direito deve ser definido sem a inclusão de qualquer elemento moral. De acordo com esse entendimento, o conceito de direito é composto por dois elementos definitórios: a legalidade autoritativa conforme o ordenamento e a eficácia social. Ambos inseridos na dimensão fática ou real do direito.

O não-positivismo, por sua vez, é caracterizado pela tese da conexão, segundo a qual o direito deve ser definido de modo a incluir elementos morais. Isso, porém, não exclui a legalidade autoritativa, nem a eficácia social. O que distingue o conceito positivista daquele não-positivista é a concepção de que o conceito de direito deve ser definido de modo que ele contenha, além das características que se ajustam aos fatos – legalidade autoritativa e eficácia social -, também elementos morais. Assim o conceito não-positivista de direito apresentado por Alexy possui duas dimensões sendo uma fática com elementos da legalidade autoritativa e eficácia social e uma outra dimensão ideal onde se encontram elementos morais.

Deste conceito de direito, o que mais importa aqui é afirmar que a racionalidade o circula por todos os vértices em que se possa tomar o conceito.

Procurarei aqui desmembrar o conceito de direito nas suas três essências de forma, a firmar o entendimento na racionalidade que posteriormente fará concluir por uma existência (ou não) dela no processo legislativo brasileiro.

Uma quarta fração de desmembramento do conceito se torna necessária para a finalidade aqui pretendida. Assim sendo, nota-se mais uma vez a versatilidade oferecida nos estudos advindos dos trabalhos de Alexy.

(1) Pretensão de correção. *“Direito é um sistema normativo que formula um pretensão de correção, consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas”*.<sup>103</sup> Daí as falas anteriormente ressaltadas de que a razão pretendida por Kant no sentido de que, seguindo seus preceitos, ou como prefere alguns, seus imperativos, o homem estaria apto a se denominar verdadeiramente racional. Aqui Alexy aponta um viés firmado na correção. Não na correção absoluta ou

---

<sup>103</sup> ALEXY. *Conceito e Validade do Direito*, p. 151

imperativa, mas na pretensão que leva o homem a cada vez mais se aproximar de um ideal que lhe serve de parâmetro para ser cumprido na máxima medida possível. Esta pretensão de correção deve-se estabelecer dentro de um sistema normativo. A mim interessa informar que a racionalidade institucionalizada é quem melhor corresponderá às pretensões de correção que são exigidas num estado democrático. Os fins da democracia, seu proceder, suas qualidades e especificidades (que aqui tratarei de forma rarefeita dada a extensão do tema) e sua dispersão na sociedade somente podem se concretizar mediante atendimento a esta busca incessante pela justificação de normas contidas numa Constituição socialmente eficaz. A meu ver, apresenta-se nesta Constituição, não somente a norma positivada, como pode se apresentar na Teoria dos Direitos Fundamentais, mas entendo neste porém que a Constituição<sup>104</sup> pode ter seu sentido mais ampliado a informar não apenas a Carta Maior, ou Lei Fundamental, mas sim constituição passando a ter o significado de todos elementos que “fazem parte”, que “dão sustentação” aquele sistema normativo, ou àquela democracia. Assim sendo, por “normas de uma constituição” deve se entender, a meu particular sentir, como todos os “dever-ser” racionalmente justificados através do discurso.

(2) Legalidade conforme o ordenamento. *“Bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com esta constituição”*. Como já informava sobre minha leitura de Alexy, esta constituição não grafada com letras maiúsculas ou não traduzida como Norma Fundamental (assim chamada a Constituição Alemã, diferentemente da nossa que no mais das vezes é grafada com “Carta Magna”), justifica informar que esta constituição é do verbo “constituir”, ou seja, do que é constituído o “sistema normativo” a que Alexy se refere. Mas aqui, neste excerto da definição de Direito, a conformidade deverá ser com esta totalidade de “regramentos” do sistema. Prefiro fazer uso do vernáculo “regramento” para que com ele ultrapassasse as definições tão espinhosas de Constituição, Norma, Princípio, Lei, Regra, e adoto esta forma mais generalizante de tudo o que se possa conceituar também como “dever-ser”. Esta conformidade com a homogeneidade do sistema não deixa de passar pela racionalidade ao questionar “o que é conforme com o sistema normativo”. Somente um processo racional baseado na discursividade poderá responder a esta questão. Entendido que estas normas devem ser “conforme o ordenamento” ou acompanhando a definição: *“conforme*

---

<sup>104</sup> Pretendo diferenciar a palavra constituição utilizando-a de duas formas básicas: iniciada com letras minúsculas referir-me-ei ao verbo constituir ou a sua forma substantivada; utilizando-a com inicial maiúscula estarei referindo a Carta Magna, Lei Fundamental, Norma Maior, Carta Constitucional ou como melhor adjetivarem a Constituição da República Federativa do Brasil conquanto texto do qual se deva derivar, de forma obediente a ela, todas as demais formas de “dever-ser” que também se denominam normas, regras, regimentos, etc.

a *constituição*” pode-se afirmar que a Constituição, Normas, Regras e demais “dever-ser” (administrativos, regimentais, consolidadores, estatutos, etc.) devem estar finamente alinhados a correção racional de que depende este sistema.

Ou seja, há duas questões a serem observadas neste momento: a) uma coisa é dizer que normas devem ser constituídas de forma socialmente eficaz; outra b) é dizer que a Constituição deve conter normas socialmente eficazes.

(3) Eficácia Social. *“e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia”*. Como já dito anteriormente, este elemento moral do conceito de direito não deixa escapar a necessidade de racionalidade para sua composição. Quem, senão a racionalidade em todos os elementos poderá dizer que uma ou outra norma estabelecida possui “eficácia social”? Neste ponto a moralidade e racionalidade trilham juntas numa simbiótica relação a fim de estabelecerem um sistema normativo nos moldes pretendidos por Alexy. Diante de uma ou outra situação, onde se deve aquilatar se é ou não socialmente eficaz uma determinada norma, somente a racionalidade poderá ser o significativo da alavanca de Arquimedes para encontrar-se a resposta. Somente ela poderá ser o ponto de apoio para definir-se um questionamento baseado na Teoria da Argumentação Jurídica ou definir pontos centrais da Teoria dos Direitos Fundamentais.

(4) Por fim Alexy no seu conceito de direito acrescenta às linhas que até aqui foram discutidas outro elemento importante para o mister que ora se pretende. *“Ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apóia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão de correção”*. Chamo a atenção para um núcleo desta passagem que será muito útil no final deste trabalho: *“apoiar o procedimento de aplicação do direito”*. Este núcleo inclui o processo legislativo como sendo forma de aplicação do direito. Ao se procurar normas conforme uma constituição (aquelas que fazem construir) de um determinado sistema, verificar se estas normas são ou não eficazes socialmente, e se estão com um grau pretendido e/ou aproximado de correção para fins de se estabelecer uma Constituição ou Normas que dela derivam, dever-se-á proceder através de um procedimento legislativo para que assim se leve à positivação das mesmas. Isso quer dizer que o procedimento de aplicação do direito no viés legislativo deverá ter sempre como base fundamental este conceito de direito.

Por mais que se procure desvencilhar do senso comum que a aplicação do direito também se dá no processo legislativo, entendo que é através dele e primeiramente que se estabelece o verdadeiro e pretendido “Estado Democrático de Direito”. Afinal é esta a

pretensão apontada no Preâmbulo da Constituição Brasileira<sup>105</sup>. O caminho que se pretende percorrer noutras futuras épocas é poder afirmar que o legislativo bem cômico de suas responsabilidades será capaz de minimizar as agruras por que passa o Poder Judiciário ao aplicar o direito, entendido aqui suas funções de solucionar lides entre cidadãos entre si e com o Estado. De certo, a função de controle de constitucionalidade é essencial que seja realizada pelo judiciário (ponto até mesmo difícil de combater nos atuais dias<sup>106</sup>), mas um legislativo que leve à positivação leis carregadas de argumentatividade (discursividade), suficientemente cumpridas na máxima medida possível, e por isto com racionalidade tal, que as funções de controladores de constitucionalidade já teriam sido realizadas no germinar da lei, mitigaria este papel atualmente exclusivo do judiciário. Já se disse que cumprida a argumentação racional, as conclusões deste processo hão de estar conforme uma pretensão de correção satisfeitas na máxima medida possível, assim sendo, aquele processo legislativo assim realizado emitiria provimentos (lei, normas, etc.) de forma desejável sob todos os aspectos desta definição de direito.

O tema da discricionariedade do Legislador e a discricionariedade judicial será tratado por mim ainda nesta obra.

---

<sup>105</sup> BRASIL. *Constituição*, p. 10.

<sup>106</sup> Entendo que em avançado estágio da evolução da democracia a constitucionalidade das normas pode ser efetuada por órgãos independentes do Poder Judiciário e do Legislativo. Uma forma híbrida de se verificar o fiel preceito dos direitos fundamentais contidos nas normas editadas pelo legislativo pode ser alcançado por modos não vinculados ao judiciário ou legislativo, mas a ambos tangente.

## 6 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pode-se afirmar que a grande parte dos conceitos essenciais da teoria discursiva do direito de Alexy encontra-se nesta obra. A base fundamental da diferenciação entre princípios e normas, o conflito entre regras, a colisão dos princípios, o modelo de regras e toda a justificação científica utilizada são um arcabouço inarredável para a compreensão das demais obras de Alexy especialmente a Teoria da Argumentação Jurídica. Não que seja uma obra pressuposta, mas já alertei aqui que são obras que possuem uma interdependência e a necessidade de compreensão mínima de todas três monográficas é essencial. Em Teoria dos Direitos Fundamentais descortina-se a base para as demais.

Novamente alerto que mesmo sabendo das importantíssimas contribuições da teoria, o objetivo aqui é tratar da possibilidade e necessidade da institucionalização da razão conforme afirma o próprio Alexy<sup>107</sup>.

Meu caminho a ser palmilhado é o de procurar afirmar que a institucionalização da razão é (ou não) possível e constatável no legislativo brasileiro.

Muito da obra agora em comento talvez não tenha aqui a atenção que o leitor pretendia, ou por suas convicções científicas ou por entender que temas de maior importância são tratados na obra. Para minha finalidade elegi os pontos que hão de ser o alicerce firme para minhas proposições finais. Afinal, quando Alexy diz que a teoria dos direitos fundamentais é uma teoria dos direitos fundamentais da Alemanha, necessita-se de abstrair, a princípio, a teoria pura tratada por Alexy e posteriormente fazê-la comportar-se dentro do sistema brasileiro. Preciso no final de minha obra demonstrar a possibilidade (ou não) da releitura de seus conceitos dentro da racionalidade (se é que ela existe) do processo legislativo brasileiro. Disto, muito que da obra oferece pode fazer com que um ponto ou outro seja privilegiado em detrimento daqueles de maior atenção pelos grandes teóricos brasileiros.

“Constitui tese central da *Teoria dos Direitos Fundamentais* o fato de a teoria dos princípios implicar a máxima da proporcionalidade e esta implicar a teoria dos princípios.”<sup>108</sup>

A máxima da proporcionalidade é constituída de três elementos essenciais da racionalidade conforme serão apresentados neste trabalho: adequação, necessidade e proporcionalidade. Esses três são o resultado dos princípios como sendo comandos de

<sup>107</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*. Entrevista a Aguiar de Oliveira e a Travessoni Gomes Trivisonno, p. 359ss

<sup>108</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*. Entrevista a Aguiar de Oliveira e a Travessoni Gomes Trivisonno, p. 364

otimização. A otimização pode se dar pela ponderação. A ponderação levou os estudos de Alexy à estruturação da fórmula do peso, e esta como elemento de uma correção de proposições e conflito de princípios sob o ponto de vista da Constituição. A fórmula do peso deu estrutura matemática à ponderação. Assim a teoria dos princípios formula a questão sobre o problema da racionalidade prática no direito, o que é uma questão para ser colocada na generalidade da teoria da argumentação jurídica.

Faço lembrar aqui que Alexy reconhece que neste mundo não pode existir uma racionalidade perfeita, mas devemos procurar alcançar o máximo de racionalidade.<sup>109</sup>

### 6.1 A idéia central da obra

No posfácio de 2002 mais uma vez e de forma categórica Alexy afirma que o núcleo central de sua obra é informar que os direitos fundamentais têm a natureza de princípios e são comandos de otimização. É a matéria essencialmente tratada no capítulo 3 da obra.

Em outros escritos Alexy diferencia regras e princípios informando que regras são comandos definitivos. São normas que comandam, proíbem, ou permitem algo de forma definitiva. A forma de sua aplicação é a subsunção. Sendo uma regra válida, ela só pode ser cumprida ou descumprida.

Princípios são comandos de otimização. São normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são normas que podem ser cumpridas em graus diferentes e a medida comandada de sua realização depende das possibilidades fáticas e das possibilidades jurídicas. Os princípios, tomados em si, contém sempre um comando *prima facie*. A forma de aplicação do princípio é a ponderação. Ponderação, por sua vez, é a determinação da medida comandada de cumprimento de um princípio em relação às exigências de um princípio oposto.

A distinção, pois, é o caráter *prima facie* dos princípios. A distinção baseia-se nas noções de dever-ser real (regras) e dever-ser ideal (princípios).

A distinção é dada na seguinte forma:

Todo dever ser que não prevê que aquilo que é devido é possível fática e juridicamente em toda sua extensão, mas que exige, porém, cumprimento o mais amplo ou aproximadamente possível. Ao contrário, pode o caráter de prescrições que só podem ser cumpridas ou descumpridas ser caracterizado como dever ser real.<sup>110</sup>

<sup>109</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*. Entrevista a Aguiar de Oliveira e a Travessoni Gomes Trivisonno, p. 367

<sup>110</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*, p. 190

Continuando seu posfácio e respondendo a algumas críticas, especialmente as de Habermas e Böckenförde, Alexy faz citação de especial importância para este trabalho alertando para a repartição de competências entre o Estado judiciário e o Estado legislativo, e aponta como resolução da questão o enfrentamento do conceito de ordem-moldura que é um conceito formal analisado na relação entre a Constituição e Legislativo, apresentando três modelos, ou constelações: (1) um modelo puramente procedimental, que é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais, pois nega qualquer vinculação levando ao ceticismo radical em relação à ponderação; (2) um modelo puramente material onde a Constituição apresenta deveres ou proibições para toda e qualquer decisão legislativa, eliminando a discricionariedade do legislador, e por fim (3) um modelo denominado como âmbito facultado onde questiona-se se a teoria dos princípios poderia ao mesmo tempo obrigar o legislador a algumas coisas e facultar-lhe outras. E nalguns casos não dizer se é proibido ou facultado permitindo fazer ou não fazer algo. Estas molduras apresentadas são os limites daquilo que a Constituição definitivamente obriga ou proíbe.

A ordem-fundamento, outro conceito que Alexy enfrenta contra o “arsenal” de críticos de sua teoria dos princípios, afirma que a Constituição deve ser capaz de ter uma “decisão até para os termômetros para febre”<sup>111</sup>.

Uma Constituição deve conciliar estas duas ordens (moldura e fundamento) decidindo algumas questões fundamentais (não necessariamente até para os termômetros para febre) e deixar algumas sem definição tão severa, ou seja, com um lastro de abertura maior. A teoria dos princípios adota a premissa que uma Constituição pode ter estes dois elementos, por três motivos: (1) estabelecendo uma moldura obrigando e proibindo algumas coisas; (2) facultando outras coisas, admitindo algumas faculdades / discricionariedades e por fim (3) se através de suas proibições e obrigações puder se decidir as questões essenciais para uma sociedade.

## **6.2 Discricionariedade do Legislador**

Esta discricionariedade do legislador é subdividida em três pontos: (1) definir objetivos, (2) escolher meios e (3) sopesar (ponderar).

---

<sup>111</sup> ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. P. 578

Mais tarde, ao verificar-se a fórmula do peso, será anotado que um resultado igual a 1 permitirá devolver a discricionariedade ao legislador para que ele decida de uma forma ou de outra num determinado conflito de princípios. Mas neste momento analiso somente a discricionariedade estrutural entendida como aquela que as normas de uma Constituição nem obrigam nem proíbem.<sup>112</sup>

Definir objetivos (1) implica estar diante de uma situação que (a) faculta a intervenção cabendo ao legislador definir se interfere ou não num determinado direito fundamental ou (b) existindo razões para uma tomada de decisão, não o obriga se acaso estas razões estiverem presentes, ou seja, cabe ao legislador a decisão de adotar um determinado fim e sobre um determinado momento para a intervenção.

Escolher meios (2) é um momento onde a intervenção é devida e exige uma ação efetiva do legislador. Diante de uma situação que possa ser cumprida por diversos modos, caberá ao legislador optar por um deles. A ponderação se dará sobre qual destes meios há de se efetivar a proteção e efetivação de determinado princípio.

Com relação à discricionariedade para ponderar (3) haverá de se ter em mente a lei da ponderação que reza: *“quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”*<sup>113</sup>. Um tema de objeção surgiu neste momento quando os críticos exigiram de Alexy atingir um “ponto máximo” obrigando a completude da resposta na moldura. A teoria dos direitos fundamentais pede uma máxima da proporcionalidade em suas outras três máximas subsidiárias: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Desdobrando estes conceitos a máxima de otimização de Pareto<sup>114</sup> vem à tona como fator a possibilitar a existência de dois princípios colidentes em exclusão de um ou outro, adequando-as a um caso concreto. Aqui o critério é negativo, ou seja, não busca o ponto máximo da adequação e sim elimina os meios não pertinentes. A máxima da necessidade requer que não se faça uma intervenção de forma muito intensa, buscando meios menos invasivos para a escolha de um ou outro, evitando esforços desnecessários à consecução de um objetivo. A verificação desta competência legislativa equivale a poder afirmar que é possível mitigar (restringir) um direito fundamental, no que diz respeito à ponderação quanto a seus resultados. Isto é um caso de discricionariedade epistêmica vinculada aos princípios formais.

<sup>112</sup> ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 584

<sup>113</sup> ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 593

<sup>114</sup> Uma proposição pode ser melhorada sem que uma outra seja piorada. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 589

Daí um redirecionamento se inicia em sentido à formula do peso. As máximas da proporcionalidade visam que, em estando diante de possibilidades fáticas, aperfeiçoe-se no sentido de evitar custos evitáveis.<sup>115</sup>

### 6.3 Princípios Formais

Princípios formais são

...aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida<sup>116</sup>

Princípios formais se referem à dimensão real ou fática do direito.

E como tais, quanto mais peso se atribui a estes princípios maior é o caráter *prima facie* das regras que deles decorrem. Por *prima facie* entende-se que aquele dever-ser não é um mandamento definitivo, mas somente realizado numa maior medida possível. O caráter *prima facie* de um princípio faz com que ele ceda lugar a outro sem perder sua valoração. Os princípios, após a resolução de eventual colisão, continuam válidos, somente informando que um princípio cedeu lugar a outro em razão de seu peso relativo ao outro, para um determinado caso concreto.

Princípios Formais são ponderáveis. O legislador democraticamente legitimado e imbuído de sua tarefa de tomar decisões pode efetuar a operação de ponderação no sentido de buscar uma decisão que seja importante para o Estado no qual legisla. A ressalva é o fato de que o legislador ordinário não pode interferir em direitos fundamentais ao argumento que ele está legitimado para tal. Seria arbitrário tal pensamento e, acaso tal atitude se concretize, fragilizaria todo o sistema constitucional democrático. A discricionariedade do legislador não é absoluta. Alexy aponta dois tipos de discricionariedade: material ou estrutural e a discricionariedade epistêmica. A primeira informa que o que não é proibido é permitido ao legislador atuar livremente. Já a segunda é quando há dúvidas quando a permissividade da Constituição em permitir ou negar determinados comandos.

Surge a ponderação no sentido de ser a operação necessária e útil a informar sobre as possibilidades discricionárias do legislador legitimamente constituído para enfrentar as colisões entre princípios e a solução sobre quais pontos poderá ter maior ou menor liberdade

<sup>115</sup> ALEXY. *Princípios Formais*, p. 6

<sup>116</sup> ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 105

legislativa. Foi a partir deste pensamento e de seus desdobramentos que Alexy apresentou a reformulação de sua Fórmula do Peso.

## **7 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA - UM CASO ESPECIAL DO DISCURSO PRÁTICO GERAL**

Cuido aqui de alertar que a visão tomada para a apresentação desta obra é no sentido de trazer para o direito brasileiro as suas contribuições, e não apenas fazer a importação de uma teoria inaplicável ao contexto de um país que ainda procura se tornar uma verdadeira democracia. O histórico democrático alemão é muito mais profícuo e de experiência tal que pode ser considerada uma democracia mais avançada que estas abaixo da linha do Equador, em especial na América Latina. O Brasil, com apenas 27 anos de democracia ainda é um Estado com longos caminhos a serem percorridos para estabelecer-se no cenário mundial como sendo verdadeiramente democrático na sua forma de efetivamente existir. Não será a denominação constante na Constituição da República Federativa do Brasil, seja no seu preâmbulo seja no seu artigo primeiro, que o dará autoridade de existência prática para se intitular democrático. Nossas instituições impregnadas de pessoas que militam mais o proveito próprio que o social, crises sociais criando diferenças abissais entre seus pólos, um pluripartidarismo que contribui para miscigenar a cultura política de forma perniciososa, a ausência de efetiva participação popular na construção democrática são fatores que não nos possibilita dizermos definitivamente democráticos, mas na máxima medida possível posso afirmar que depois das manifestações de junho de 2013 a existência democrática firmou-se no cidadão comum e a vagarosos passos há de se implementar a democracia desejada neste país.

Assim sendo, os contornos da obra de Alexy devem cuidadosamente ser tomados de zelo tal que não se faça aqui a epítome de um Estado que não existe, numa teoria aplicável somente a um mundo abstratamente e hipoteticamente construído. É preciso que a Teoria do Direito vá contribuir direta e eficazmente com o pensamento e, especialmente com as práticas democráticas.

Alexy na sua obra deixa bem compreendido que a busca por instituições e Estados democráticos que prezem pelo bem comum, pela correção de suas ações vão se dar com a observância da argumentação jurídica. As regras da argumentação jurídica são a alavanca de Arquimedes que poderá fazer mover as Democracias imberbes rumo à verdadeira prática que respeite os homens e, em cada um, sua humanidade.

As regras da argumentação jurídica em suas particulares universalidades podem colaborar para que as discursividades humanas sejam racionalmente justificadas.

Alexy leva sua teoria não para o necessariamente correto ou aquele ideal inarredável já mencionado aqui. Sua pretensão é de uma teoria como idéia reguladora onde, respeitados os

dissensos haverá de prevalecer a melhor racionalidade, ou seja a melhor argumentação com correção.

No Estado Democrático de Direito onde a governabilidade se dá de forma (1)comunitária, (2)coletiva e especialmente justificada, somente uma argumentação jurídica (3) válida nos seus variados (4) aspectos poderá legitimar os trâmites do discurso.

Em que pese já ter tratado superficialmente destes temas no início deste trabalho penso que devo dar uma mínima justificativa a estes pontos.

(1) Uma sociedade participativa democraticamente compõe uma comunidade complexa e de variantes argumentativas de magnitudes impressionantes como no caso brasileiro. Este empecilho deve ser considerado ao aplicar-se a teoria alexiana já que conflitos não de ocorrer e as percepções não de passar por um estágio de consenso habermasiano flexibilizado como alhures pude pontuar.

(2) O coletivo aqui utilizado diz respeito às instituições decididoras de uma democracia como a brasileira: executivo, legislativo e judiciário, com ênfase a estas duas últimas eminentemente criadoras e interpretadoras aplicadoras de normas jurídicas. São as decisões originadas destes dois elementos da democracia brasileira que necessitam de um grau de legitimação pela correção, a fazer com que o ideal pretendido, ou ao menos desejado, seja na máxima medida utilizado como idéia reguladora.

(3) A argumentação jurídica deverá ser válida, ou seja, preencher os requisitos mínimos das regras propostas por Alexy e em especial não contrariar o seu conceito de direito naqueles elementos constitutivos que o envolve.

(4) Somente um tramitar argumentativo legitimado pela racionalidade, ponderação e correção nos moldes propostos por Alexy podem subsidiar uma democracia nas formas pretendidas.

Mas um ponto deve ser bem ressaltado em Alexy, para que o meu trabalho não pareça dedicado a questões finalísticas. Alexy procura não os fins e sim os meios. Explico: a preocupação maior é com o processo argumentativo, e não, ao menos a princípio, com a materialidade dos resultados, e sim com a procedimentalidade racional. Com as justificações dos argumentos. De certo há de se retirar do mundo jurídico tudo aquilo que for categorizado como sendo de “extrema injustiça”. Faz sentido a preocupação com o processo e não, precipuamente com seus resultados, pois, obedecendo-se a argumentação num processo que tenha a correção necessária, de certo os resultados aferidos não de ser satisfatórios materialmente. Os enunciados que regulam o discurso prático e o seu caso especial, qual seja,

o discurso jurídico, sendo fundamentados racionalmente, é a primeira preocupação de Alexy no contexto de suas obras.

Na reformulação da Fórmula do Peso Alexy acrescenta elementos empíricos, mas isto não é o suficiente para desqualificar sua maior preocupação com a correção procedimental da argumentação jurídica, mesmo porque esta fórmula é justamente o esquadro pelo qual passa a correção.

Também as regras do discurso, mesmo que sofram algumas variações de autor para autor como analisado nas análises às objeções formuladas especialmente por Habermas<sup>117</sup>, sempre terão o condão primordial de verificar o grau de racionalidade de um discurso. Seja este discurso prático ou um caso especial, como é o caso do discurso jurídico. Ademais a obra nos informa que tudo pode ser objeto de discurso, inclusive as próprias regras, ou seja, suas formas e conteúdos<sup>118</sup>.

Neste sentido a obra de Alexy mescla teorias de outros autores e as reúne numa formulação que pode ser compreendida como a correção das ponderações havidas argumentativamente num processo racional levando a conclusões obtidas consensualmente. Mais uma vez o processo racional sendo priorizado relativamente aos resultados. Por mais que se tente fazer objeções a tal perspectiva, pode-se afirmar que as possibilidades de em um procedimento destes germinar um resultado que não tenha eficácia social e venha a ser extremamente injusto são raríssimas.

E de uma objeção destas pode-se informar que os resultados sempre que sem eficácia social ou extremamente injustos nem sequer (especialmente pela última característica) seriam direito, mas as variantes de outros resultados não inseridos nestas características indesejáveis, podem variar historicamente e assim dar abertura a novo procedimento. Alexy é um autor que reconhece a mutabilidade da humanidade submissa às variações do tempo.

Mais ainda se pode dizer da obra de Alexy. O reconhecimento que suas regras não podem ser seguidas integralmente, pois se assim fosse estaria diante de uma situação ideal de fala. O que a obra aponta é que elas podem ser cumpridas aproximadamente. Daí dizer que quanto mais integralmente cumpridas mais racional será o discurso (seja ele geral ou do caso especial: jurídico). E ainda mais: outras regras podem ser criadas a depender do discurso que se procede e de suas adequações ao mesmo. Necessário será que estas novas regras sejam argumentativamente e racionalmente fundamentadas.

---

<sup>117</sup> ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 107ss

<sup>118</sup> ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 32

Não que se faça objeção severa a Dworkin e a sua busca pela única resposta correta. Mas que esta ideia é apenas uma ideia regulativa.

Como caso especial do discurso prático geral, o discurso jurídico, vinculado ao direito vigente, é um discurso fundamentado racionalmente.

O discurso jurídico é *prático* por se constituir de *enunciados normativos*. É *racional* por se submeter à pretensão de *correção* discursivamente obtida. É especial por se subordinar a *condições limitadoras* ausentes do discurso prático racional geral, a saber, *a lei, a dogmática e os precedentes*.<sup>119</sup>

Fica, pois, o ideal institucionalizado do discurso jurídico nestes limites nos quais os participantes devem se inserir. As regras do discurso prático geral são todas aplicáveis ao caso especial apresentado por Alexy (o discurso jurídico). Ambos têm a mesma estruturação, contudo do discurso jurídico cercado de especificidades, especialmente um ordenamento jurídico onde ele vá se dar.

Compõe o sistema jurídico a fase de produção do direito ( $P_j$ ) que analisarei em outra etapa desta apresentação. Por decisões judiciais também há de se incluir a produção legislativa, já que a decisão de se levar a concreção positivada uma determinada norma deverá anteceder um procedimento legislativo fundamentado racionalmente.

Assim, são apresentadas duas formas de justificação (interna e externa) onde, na primeira verifica-se a logicidade da decisão, e a segunda verifica-se a correção das premissas lógicas; em ambos os casos utilizando-se de regras que lhes são próprias.

Neste momento uma importante constatação deve ser levada novamente em elevô: Alexy não fixa se a lei atende ou não os anseios sociais. Este pensamento se desvirtuaria de sua linha de pensamento da teoria da justiça e estabeleceria preceitos sociológicos, o que não é o caso. O mote principal das pesquisas na obra em comento e em minha pesquisa não abandona este pensamento, afinal a sociedade é a destinatária final das normas, mas detém o estudo na racionalidade das argumentações jurídicas que vão, por fim, culminar em decisões dentro de um ordenamento jurídico vigente. Essas decisões, conforme já mencionado, mas a fixação deste ponto não prejudica, são tanto aquelas que implicam em colocar no ordenamento jurídico uma determinada norma, ou seja, a decisão legislativa, bem como a decisão que regulamenta uma relação posta para regulamentação, como é o caso da decisão judicial. Reforço mais uma vez: a probabilidade de uma decisão jurídica não ser conforme o ordenamento ou, ser extremamente injusta é minimizada, acaso esteja em consonância com a racionalidade da argumentação jurídica.

<sup>119</sup> ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica* p. 9-10. Grifos do original.

Para que a lei passe a compor o ordenamento jurídico ela necessita de estar lapidada dentro de um sistema jurídico onde Alexy insere um modelo procedimental de quatro níveis, que após serem percorridos positivar-se-á.

Sobre esta positivação é que pretendo apontar ao final deste trabalho, sua racionalidade, seus percalços, regras e como se dá o processo legislativo brasileiro sob uma ótica alexyana.

### 7.1 Produção estatal do direito e discurso

“*O procedimento da produção estatal do direito pode ser objeto do discurso*<sup>120</sup>.” A teoria discursiva do direito dá o lastro necessário para uma produção institucionalizada pelo processo legislativo a tal ponto que a teoria do discurso e a legislação passam a ter conexões necessárias para que na máxima medida possível legislem-se os direitos fundamentais.

Ao legislador constitucional caberá o papel de estabelecer a principiologia sob a qual as demais legislações hão de tomar como norte. Esta categoria de legislador cuidará de direitos sobre a democracia, liberdades, coibição de arbitrariedades, haverá de ponderar sobre como afastar-se da extrema injustiça e conduzir um processo árduo de manutenção de uma ordem constitucional que, a meu entender, haverá de se balizar pelo primeiro princípio, qual seja, o da democracia<sup>121</sup>. O legislador constitucional deverá deixar explícitas as condições de discricionariedade que terá o legislador ordinário. A discricionariedade do legislador é ponto já apontado neste trabalho e neste momento é de se ressaltar que a discricionariedade deverá estar otimizada de forma material ou estrutural já que neste sentido as normas já disporão sobre o que é permitido ou o que é proibido ao legislador ordinário ao fazer uso da discricionariedade.

Por fim, deverá o legislador constitucional estabelecer uma constituição fundamentada e fundamentável nos direitos fundamentais.

Esta assertiva acima deverá ser justificada. Por fundamentada deverá se entender que o legislador constitucional, fazendo uso do discurso, encontrou por elementos que devam ser positivados<sup>122</sup> e os levou a guisa de promulgação.

<sup>120</sup> ALEXY, Teoria Discursiva do Direito p. 87

<sup>121</sup> “*A democracia é uma tentativa de institucionalizar, na máxima medida possível, os ideais do discurso enquanto deliberação pública.*” Alexy. *Princípios Formais*. P. 14.

<sup>122</sup> Direitos Fundamentais são direitos positivados conforme Alexy informa no primeiro capítulo da *Teoria dos Direitos Fundamentais* p. 32: “*uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivos vigentes.*”

Por fundamentável dou significado para indicar que deverá a Constituição, em seus aspectos elementares, após ser submetida a ponderação discursividade racional, não conter elementos desafiadores de uma ordem que prestigie direitos fundamentais. Ou seja, internamente ela deverá se justificar através dos direitos fundamentais.

Com estas linhas constitucionalmente traçadas o legislador ordinário deverá ser obediente a estes preceitos e com eles somente efetuar ponderações a fim de estabelecer seus limites discricionários e quando criar regras, que estas não desafiem os direitos fundamentais.

## 7.2 A pretensão de correção

Do que disse no item anterior sobre fundamentabilidade e fundamentação da Constituição Alexy faz importantes apontamentos para a direção que tomo neste momento. Sua sentença é: “*Correção implica fundamentabilidade*”<sup>123</sup>, ou seja, algo terá condições de ser fundamentável acaso tenha uma pretensão de correção. É sobre esta ótica que já deixei assentado aqui que a correção em Alexy toma uma perspectiva de tamanha importância já que até mesmo ela é elemento a dar embasamento àquela racionalidade que aqui se persegue demonstrar existir (ou não) no processo legislativo brasileiro.

A institucionalização da razão passa pela correção. Já foi dito aqui que a salvação perdeu seu lugar para a correção e que esta, na atualidade *ex vi* da teoria de R. Alexy, assume papel de especial relevância para o processo legislativo racional. A correção é um dos elementos da definição de direito. A correção contribui na formação dos direitos fundamentais e sua fundamentação constitucionalizada.

---

<sup>123</sup> ALEXY. *Constitucionalismo Discursivo*. P. 21. Em que pese estar utilizando a obra traduzida por Luís Afonso Heck não descuidei de ter outras publicações deste texto. Heck fez uso para sua tradução do texto originariamente publicado no livro com o título “*The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law*” editado por Luc J. Wintgens, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1999. Contudo a mesma expressão em artigos reformulados por Alexy são encontrados. Cito dois: “*La Institucionalización de La Razón*” traduzido por José Antônio Seoane do “*A Definition of Law*” em “*prescriptive Formality and Normative Rationality in modern Legal Systems*” McCormick and G.-H. Von Wrigth Berlin 1994 p. 101ss sendo este o que melhor corresponde àquela tradução de L A Heck; o segundo em “*La Institucionalización de La Justicia*” traduzido por José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez, Granada 2010 foi extraído de “*Recht und Richtigkeit*” em “*The Reasonableness as Rational. On argumentation and Justification*” Berlin 2000 p. 3ss. Este último com reformulações de Alexy para as finalidades que a obra se destinava, ou seja, uma análise sobre a institucionalização da razão.

A abordagem a ser efetuada aqui, será no sentido de aliar o processo legislativo a uma correção que lhe dê guarida para a formulação de uma legislação racional. Alexy elege três pontos essenciais para justificar sua tese: a formulação<sup>124</sup>; a necessidade e o conteúdo.

1 A formulação encontra-se nos casos clássicos do magistrado e do legislador. Eles atuam no direito e para o direito. Três elementos advêm destas formulações: (a) a afirmação da correção; (b) a possibilidade de fundamentabilidade e por fim (c) o reconhecimento da correção destas decisões legislativas ou judiciárias.

2 A necessidade de correção é condição inafastável e, portanto, não tem uma necessidade meramente contingente, e sim definidora do direito. Sem correção não haverá direito. Alexy lança mão de dois exemplos para apontar esta necessidade de correção. Um dos exemplos diz “*X é uma república soberana, federal e injusta*”<sup>125</sup> e traz aqui uma forma legislativa carregada de vício. O vício encontra-se na falta de correção com os direitos fundamentais. A cláusula da injustiça é contraditória a ideia de república e de constitucionalismo. A contradição absurda afasta o interesse para o conceito de direito, já que estando a correção e a necessidade aliadas a tal conceito, não se pode imaginar algo *injusto* ser abarcado numa Constituição.

O segundo exemplo de que lança mão Alexy diz respeito à decisão judicial da qual me eximirei de tratar neste momento por ser o exemplo de uma contradição advinda do judiciário.

3 O conteúdo da correção dependerá do contexto<sup>126</sup>. Seja uma assembleia constituinte, seja uma decisão judicial, será este conteúdo que conterà a fundamentação que haverá de ser fundamentada.

Interessa, pois, contar que este conteúdo advenha de severa ponderação e discursividade para que seja devidamente fundamentado. Este procedimento deverá ser o da argumentação.

Novamente o alerta que para a correção seja aplicada, ou melhor dizendo, real na máxima medida possível, terá ela sua forma ideal como ideia regulativa, já que para o discurso ideal as condições necessárias são inaplicáveis no mundo como o vemos:

Define-se mediante a busca de uma resposta a uma questão prática sob condições de tempo ilimitado, participação ilimitada e falta de coerção total para gerar uma clareza lingüístico-conceptual completa, informação empírica completa, capacidade e disposição completa para a troca de papéis e completa ausência de preconceitos.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> Aqui faço uso da expressão utilizada na tradução de José Antonio Seoane acima citada que traduz “La formulación” ao contrário de L A Heck que preferiu utilizar a expressão “O Promover”, que a mim parece não ter sido muito feliz. Diz o texto “¿Qué significa que el Derecho formule una pretensión?”

<sup>125</sup> ALEXY. *Constitucionalismo Discursivo* p. 21

<sup>126</sup> ALEXY. *Constitucionalismo Discursivo* p. 25

<sup>127</sup> ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica* p. 305

Somente será possível discursivamente o que pode ser resultado de um discurso. A correção será sempre, pois, relativa enquanto real, sempre idealizando a busca pela correção plena de um discurso ideal.

### **7.3 Regras do discurso jurídico**

Doravante serão analisadas as regras do discurso e suas fundamentações tal qual Alexy as propôs para dar entrada na parte final deste trabalho, conjugando tudo que até aqui foi dito, para procurar uma resposta à questão principal proposta: existe racionalidade no processo legislativo brasileiro?

#### ***7.3.1 Tipos de fundamentação das regras do discurso***

Alexy<sup>128</sup> informa que aos quatro tipos de fundamentação apresentados podem ser acrescentados outros. Que estes tipos de fundamentação ainda são passíveis de crítica. Mas encerra de forma primorosa informando que o discurso teórico-discursivo deve ser levado a cabo não somente por regras fundamentadas. O importante e racional é que de alguma maneira a discussão deve se iniciar, mesmo que com base em regras não fundamentadas.

É importante este aspecto no sentido que uma discussão somente terá início quando alguma questão for proposta. Por menos racional que seja, ou até mesmo que se afaste perquirir se a proposição é racional ou não, ela deve ser colocada em pauta de discussão. A partir deste momento e no desenvolvimento da discussão regras vão surgindo e sendo justificadas a fazer com que a busca da máxima medida possível de racionalidade seja aferida.

A fundamentação técnica pressupõe permitir fins que não são justificados. A fundamentação empírica dá por racional a práxis. A definitiva, no fim, torna-se arbitrária e a pragmático universal fundamenta poucas regras fundamentais.

Contudo, as quatro formas compõem um “discurso teórico-discursivo” criando regras com obrigações, proibições e permissões.

#### ***7.3.2 As regras fundamentais***

---

<sup>128</sup> ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica* p. 186

Para o fim a que se destina o presente trabalho as regras a serem utilizadas circunscrevem somente as regras do discurso prático geral, já que caminho para o discurso ocorrido nas esferas legislativas e não jurídicas.

Serão reproduzidas aqui somente as pertinentes ao fim colimado no trabalho.

As regras fundamentais do discurso prático geral são

1.1 Nenhum falante pode contradizer-se.

1.2 Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.

1.3 Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.

1.3' 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.

1.4 Diferentes falantes ao podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

### **7.3.3 Regras de razão**

2 Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.

2.1 Quem pode falar pode tomar parte no discurso.

2.2.a Todos podem problematizar qualquer asserção.

2.2.b Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

2.2.c Todos podem expressa suas opiniões, desejos e necessidades.

### **7.3.4 Regras de carga de argumentação**

3.1 Quem pretende tratar a uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.

3.2 Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve ter uma razão para isto.

3.3 Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em cãs de contra-argumentos.

3.4 Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhe for pedido, de fundamentar por que tal manifestação foi introduzida na afirmação.

### 7.3.5 Formas de argumento

4 G R./N.

4.1 T R/N

4.2 F R/N

4.3 Fr R'/R

4.4 T' R'/R <sup>129</sup>

4.5  $R_i P R_k$

4.6  $(R_i P R_k) C$

A primeira forma indica que, tomando uma regra pressuposta como válida, serão assinaladas as conseqüências de se seguir um imperativo.

Em 4.1 e 4.2 apontam-se as conseqüências (F) de se seguir uma norma e sua verdade (T).

Em 4.3 e 4.4 apontam-se as conseqüências (Fr) de se seguir determinada regra.

Em 4.5 apontam as prioridades de uma regra sobre outra em determinadas condições (C).

### 7.3.6 Regras de Fundamentação

5.1.1 Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve aceitar as conseqüências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

5.1.2 As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.

5.1.3 Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.

5.2.1 As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica.

Uma regra moral não resiste a tal comprovação:

a ) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação.

---

<sup>129</sup> No original consta 4.2, e não 4.4, mas junto ao tradutor com tratativas pessoais com este mestrando, foi verificada a singela incorreção material que aqui faço.

b ) Se originariamente não se pode justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.

5.2.2 As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual.

Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis.

5.3 Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.

### ***7.3.7 Regras de transição***

6.1 Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico).

6.2 Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem.

6.3 Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso.

## **7.4 Justificativa das regras**

Estas regras recebem de Alexy um capítulo próprio para explicá-las e justificá-las no seu texto. Eximir-me-ei desta tarefa, por ora, já que no capítulo final estas justificativas serão apresentadas quando da exposição sobre a racionalidade (ou não) do discurso racional legislativo brasileiro.

O que pretendo comprovar é que as regras do discurso jurídico legislativo coadunam-se àquela tabela de regras elaborada por Alexy acima transcritas. Ao retornar à análise dos Regimentos Internos da Câmara, Senado e Comum terei de demonstrar que as disposições destes Regimentos são as regras necessárias à racionalidade pretendida no processo legislativo brasileiro.

## **TERCEIRA PARTE**

Investigação sobre a racionalidade do processo legislativo brasileiro

## **8 RACIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO**

Espero ter percorrido um caminho que apontasse, mesmo que de forma fragmentada, os elementos que um processo legislativo deve minimamente possuir para que se possa afirmar – ou não – sobre a existência de racionalidade.

Já se afirmou que o resultado do processo legislativo é fator que não se observará, uma vez que não se pretende fazer uma análise casuística ou superficial de qual tipo de legislação pretende um povo ou qual é a norma mais adequada para reger determinados momentos da vida humana. O que se pretende verificar são os meios. Da análise de como se dá o processo legislativo brasileiro, com olhos postos na teoria de Alexy, poder-se-á apontar a sua racionalidade.

Doravante, mais que alicerçado nas palavras de grandes pensadores, este dissertador passa a apontar suas conclusões e a enfrentar o tema conforme se pode apreender da bibliografia utilizada. De certo ainda se recorrerá a referências e apontamentos de jusfilósofos, mas a responsabilidade das assertivas é sempre deste articulista.

### **8.1 Processo legislativo brasileiro – apontamentos**

Do muito que já se foi dito até agora necessário se faz alguns apontamentos com uma finalidade dupla: (1) demonstrar que há mais elementos a serem investigados e que os mesmos não comportam maiores aprofundamentos neste momento e (2) algumas singularidades que não se podem deixar serem passadas *in albis* no presente trabalho. Estas reflexões são como fios soltos de futuros trabalhos que hão de ser desenvolvidos, quiçá em futuras revisitações após as saudáveis críticas que este trabalho frutificar.

#### **8.1.1 O locus da discursividade**

O processo legislativo brasileiro é argumentativo. Esta afirmação deverá ser comprovada neste meu trabalho e as análises devem se iniciar pela observância dos ditames encontrados na Constituição para este corroborar a expressão ‘argumentatividade do processo legislativo brasileiro’.

Aqui há de se entender precipuamente que argumentar é procurar o consenso nas formas expostas por Habermas e aprimoradas por Alexy para a discursividade / racionalidade e correção.

Mas para iniciar este estudo na Constituição Brasileira uma crítica não pode passar sem ser feita: a expressão “Do Processo Legislativo” constante da Seção VIII do Capítulo I do Título IV de seu texto. É que na Constituição não existe o processo propriamente dito discriminado nesta seção. Apenas algumas limitações e orientações mínimas e essenciais. Mas nada que traga processo (como procedimento em cadeia de sucessão de atos) a fim de subsidiar o trabalho dos legisladores. Contudo não peca completamente por isto, de forma que esta minha crítica surge somente relativamente à palavra “processo”, já que sempre procuramos ver um desencadear de fatos orientados para um fim quando deparamos com um processo que discipline algo a ser feito: no caso, a legislação. As limitações impostas ao poder de legislar são de basilar importância para o processo legislativo que ficou relegado à “lei complementar que disporá sobre a elaboração, redação alteração e consolidação das leis.”<sup>130</sup> Fator este que ficou regulamentado pela Lei Complementar 95/98 e nos Regimentos Internos próprios de cada uma das casas legislativas e no Regimento Interno Comum ao Senado e à Câmara.

Com isto a discursividade é muito mais evidente nos Regimentos próprios de cada uma das casas legislativas e no regimento comum que, no propriamente dito, texto constitucional.

### **8.1.2 A bicameralidade**

O processo legislativo brasileiro é bicameral, pendendo entre normas que são editadas somente por uma das ditas casas legislativas e normas que dependem da participação de ambas frações do Congresso.

Esta característica não afetará o presente trabalho já que o que se pretende não é um estudo sociológico dos partícipes do processo legislativo. Uma análise assim pormenorizada deveria abordar elementos como a natureza da norma que se pretende legislar e o *quorum* para a votação numa e noutra porção de congressistas, isto apenas para citar dois elementos. Ademais, verificar a tão profundo seria esbarrar em elementos que retirariam o caráter teórico

---

<sup>130</sup> Conforme ficou determinado no parágrafo único do artigo 59 que inicia esta seção da Constituição.

do presente trabalho e levaria a estudos de temas complexos como “mensalão”<sup>131</sup> que de certo alteram todo o panorama que aqui se expõe.

O que se pretende afirmar é a racionalidade que se encontra nas regras do processo legislativo e na forma com que são feitas as leis no Brasil, olhos postos também nos documentos que traçam o procedimento de criação da lei.

Adentrar aqui em meandros de ordem sociológica, onde se avistaria noticiários da imprensa que diuturnamente nos arregalam com corrupções e desvios de funções (legislativas), que de certo afetam todo o processo legislativo brasileiro. A análise de casuísticas tais como o dito “mensalão”, deputados flagrados com dinheiro em peças de roupa íntima e outros escândalos que a imprensa é pródiga em apelidar de “operação lava jato” ou “petrolão”, operação “tsunami” etc., levaria esta dissertação a desiderato totalmente diverso do que se pretende na linha de pesquisa que se elegeu para estudo.

Deste modo, esses fatores não serão aqui considerados. Ademais, a racionalidade, correção e discursividade não frutificam em terrenos tão insalubres.

O que se deixa claro neste momento é que a bicameralidade não afeta os estudos aqui propostos.

### ***8.1.3 Independência textual/significativa da norma face ao legislador***

Após as leituras dos nomes maiores dos estudos da linguagem<sup>132</sup> pode-se afirmar que a tese não é mais do teórico.

Quando o teórico emite suas teorias e concepções, elas não mais lhes pertencem. A linguagem toma nuanças de magnitude tal que o seu gerador não tem controle sobre ela, ele não pode conduzi-la. A independência da linguagem e das emissões proferidas não pode ser controlada ou direcionada conforme seu emissor a pronunciou. Torna-se livre de forma tal que não se vincula mais a sua origem. Depois de Derrida<sup>133</sup> e outros estudiosos da linguagem compreende-se que estas teorias (emissão de símbolos do pensamento) entram num plano de existência autônoma e ficam a produzir significados independentemente de quem tente lhes cercar ou dar nortes orientativos (de orientação).

---

<sup>131</sup> Ação Penal 470 STF

<sup>132</sup> Derrida e Gadamer para citar dois expoentes.

<sup>133</sup> Aqui mencionando não apenas uma obra, mas toda a sua concepção de linguagem como sendo elemento livre, sem amarras ao seu ponto original. A linguagem como elemento independente e que produz significação autônoma.

Não mais se pode questionar a quem pertence determinado texto. O texto torna-se livre em sua significação e passa a existir de forma autônoma depois de grafado ou emitido sonoramente. A existência que assume um texto carregado de teoria ou não subsiste por si. Exemplo claro desta afirmação é quando Clarice Lispector<sup>134</sup>, questionada sobre sua compreensão de seu próprio texto, “O Ovo e a Galinha”, não tem uma resposta adequada e a autora reconhecendo isto afirma que cada um pode compreendê-lo da forma que bem o quiser, assim como qualquer obra sua.

Assim também é a lei. Depois de posta (colocada; emitida; no sentido de vigência) não mais pertence ao legislador. A lei passa à forma independente e livre da sua fonte geradora. Este existir autônomo da lei como linguagem também não será alvo de maiores especulações neste texto, já que – repiso – o que se procura são suas origens como procedimento em máxima correção possível estabelecida de forma discursiva na busca de uma racionalidade. Aquilo que se torna a lei, como emissão simbólica de existência própria e independente (autônoma), como algo que foi expresso, e após tal ato, se firma sozinha e somente terá lugar noutras investigações.

#### ***8.1.4 A origem sociológica da lei***

As manifestações de junho de 2013 procuraram alterar alguma ordem econômica, social e política no Brasil e se fragmentaram em várias reivindicações. Algumas das vertentes dos manifestos pretendiam reformas de leis. Atualmente vê-se na sociedade uma devotada atenção para a reforma política; alguns setores desejam uma reforma tributária; uma legislação sobre uniões homoafetivas é necessária a convalidar julgamento ocorrido no STF. E por aí vão desejos sociais por legislações nos mais variados temas. De certo há quem queira uma regulamentação dos termômetros de parede conforme exemplifica Alexy no posfácio da Teoria dos Direitos Fundamentais.

Mas como constatar estas vontades? São de fato aspirações válidas encontradas na sociedade? Sob que métrica há de se aferir a necessidade ou não de uma determinada normatividade sobre algum aspecto? Estas e outras tantas perguntas devem ser levadas a cabo de estudos sociológicos.

---

<sup>134</sup> Programa Panorama da TV Cultura gravado em 01/02/1977.

A teoria do direito não relega estes pensamentos e deles não se afasta, mas deverá, neste arrazoado, ser apenas uma notícia da necessidade de aferição destas vontades sociais, mas não o mote principal da racionalidade de um procedimento legislativo.

A sociologia do direito trás para a seara da teoria muitos elementos empíricos que subsidiam os estudos mais abstrativistas e colaboram muito com aqueles que procuram dar vieses práticos aos seus estudos.

Mas novamente alerta que aqui a racionalidade inicia sua aferição nos debates ocorridos para a formação da lei quando de forma institucionalizada no órgão legislativo competente para legislar.

A lei tem precedência social. A vontade social dita, em muito, os fatores que vão dar contorno fático as normatividades advindas do legislativo.

A lei sucede socialmente. A lei recebe críticas sociais após sua vigência. Daí regulamentações que sobrevém à lei.

#### **8.1.5 Decisões *seriatim* e *per curiam***

Por último, mas não significando que o elenco destes apontamentos se encerra aqui, o tema do modelo de decisões é deveras importante neste sentido para tratar da racionalidade.

Tenho que este ponto deverá merecer cuidados maiores que os até agora dispensados. Presentemente as críticas aos modelos de decisões tem-se centrado apenas nas decisões judiciais, ou seja, aquelas que resolvem conflitos (entre normas ou entre situações que exijam aplicação de lei para casos concretos). Centram-se mais ainda nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Contudo, decidir não é ato exclusivo do judiciário, e mais, decidir a aplicação das leis para os casos estabelecidos em processos que tramitam pelo poder judiciário não se me afigura de completa abordagem. O Legislativo também decide sobre as leis. Contudo não só sobre sua aplicação, mas sobre a sua existência!

Dispensando aqui as definições dos dois modelos, na pressuposição de quem leia este trabalho saiba destes conceitos, é de se notar que o modelo *per curiam* é o atual modelo de decisão legislativa quando da elaboração das leis.

Se no modelo *seriatim* o resultado da decisão é um apanhado das decisões esparsas dos julgadores<sup>135</sup>, em sede legislativa há debates, argumentações, discursividade em tal patamar que as fazem serem mais depuradas (no sentido de que são mais detidamente

---

<sup>135</sup> Vale dizer que, *v.g.*, no STF somente 6 (seis) resultados são possíveis numa decisão: 11x0; 10x1; 9x2; 8x3; 7x4 e 6x5. Já no legislativo existe apenas uma resposta à argumentação jurídica: o texto promulgado.

analisadas) e poderem ser chamadas de aplicáveis ao modelo *per curiam* de decisão, não judicial *latu sensu*, mas de justiça quando se trata de por em vigência determinada norma.

Não que se queira valorar mais o ato (processo) de formação das leis em detrimento daquele que aplica uma determinada norma ao caso concreto v.g.. Mas pode-se afirmar que o modelo de decisão *per curiam* sobressalta em racionalidade se confrontado com o modelo *seriatim*.

É que o cerne das diferenças entre os dois modelos é a emissão de uma única decisão pelo órgão julgador. Tomando também que o legislativo é órgão que decide sobre se determinada norma deve ou não existir no ordenamento jurídico e que as decisões emanadas no legislativo não são as de um ou outro legislador em apartado e isoladamente, mas de um órgão legislativo como tal. Esta característica faz poder afirmar serem *per curiam* as decisões legislativas.

Contudo, este tema deverá, como aqueles demais acima, ser o motivo de aprofundamentos noutros momentos. Mas ele é mote para argumentar sobre a racionalidade.

É que para afirmar sobre a existência ou não da racionalidade haverá de existir a precedência de elementos que estão localizados no início desta dissertação, que a olhares mais apurados, podem ser verificados no processo legislativo brasileiro com mais notabilidade que no próprio judiciário.

Dois pontos se elegem para esta reflexão: (1) a qualidade de quem julga e (2) a quantidade que julga.

Em (1) muito se preocupa em exaltar o juiz Hércules. Mas ele é um só e julga na solidão de seus pensamentos. A objeção comum a este meu pensamento é o fato de que num processo judicial as partes também argumentam e que tem oportunidades iguais de fala. Por fim pode se objetar que a decisão judicial é uma construção dialética em argumentatividade racional. Mas o ato de decidir, ao fim e ao cabo, é solitário deste ou daquele magistrado. Decisões estas que depois de emitidas (para as decisões colegiadas) são apuradas em ordem de maioria para a redação de uma ementa em acórdão.

Em (2) nota-se que as decisões legislativas são tomadas em grande número. No caso do Brasil às centenas: 513 deputados federais e 81 senadores. Estes legisladores argumentando uns com outros a fim de se tomar uma única decisão: a redação final de um artigo de lei. Ao verificar a gênese de uma lei nota-se que o caminho percorrido é muito mais dialético que aquele momento de decidir verificado no judiciário. Como exemplo, basta a

leitura de 1820 páginas para a construção do artigo quinto da Constituição de 1988<sup>136</sup>. Para tal artigo cada um dos constituintes apresentou emendas que foram amplamente debatidas entre eles. Este diferencial de debate da decisão entre aqueles que decidem é de essencial importância para a garantia de um mínimo de racionalidade.

Chegar a afirmar que uma decisão legislativa é do modelo *per curiam* e que esta sobrepõe à decisão *seriatim* que é modelo adotado no judiciário é tarefa temerosa, mas não desprovida de fundamentos, que, contudo, não poderá ser efetuada neste trabalho.

## 8.2 Legitimidade do legislador e da lei

O último tema a ser tratado antes de dar início as conclusões deste trabalho é alertar que aqui se fala não em legitimidade do legislador, tema que é relegado aos estudos da democracia representativa. Muito se tem discutido sobre novas formas de representatividade ou formas de governo que nem sequer são verdadeiramente representativas e ainda debates sobre a representatividade e suas nuances. Tomo que a outorga a determinada pessoa ou a um grupo para que esses sejam responsáveis pela tomada de decisões pode ser considerado representação. Suas formas, maneiras de eleger os representantes, quem é capaz para outorgar a representatividade são questões afetas a uma miríade de páginas de teses que se avolumam nos mais variados sentidos.

Daí, legitimado o legislador, esse assume os poderes inerentes à responsabilidade de editar normas para aquela sociedade na qual está inserido. Note-se que não foi dito ‘sociedade que representa’, mas sim falo de uma atividade voltada à lavra de regimentos legais gerais, os quais aqui são denominados genericamente de normas positivadas, para um grupo de pessoas inseridas dentro de um determinado Estado de Direito.

A compreensão que este trabalho quer dar é a legitimidade da lei sob a égide da racionalidade. Aqui uma norma só é legítima se acaso seja fruto de um processo de criação pautado num processo legislativo que tenha conotações de racionalidade as mais esmeradas possíveis, ou seja, com uma pretensão de correção na máxima medida possível. A racionalidade que pretendo abordar é aquela advinda das regras do discurso prático geral apontado por Alexy.

---

<sup>136</sup> A construção do artigo 5º da Constituição de 1998 [recurso eletrônico]. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

Esta racionalidade deverá estar minimamente institucionalizada através de processos e regras processuais que determinem a elaboração da lei no formato o mais minucioso possível, ou seja, com a máxima correção.

Em últimas palavras, estabelecer um processo legislativo pode ser um discurso de justificação da lei pela sua racionalidade.

### 8.3 Breve construção do sistema jurídico de Alexy

*“Todo sistema jurídico implica uma pretensão de correção”*<sup>137</sup> (Alexy 2011-A). Este ponto já foi muito abordado neste trabalho, mas há de se reconhecer o alerta de Alexy de que esta assertiva tem poucas consequências práticas. As consequências práticas iniciam quando esta pretensão de correção, em que pese formulada, não é cumprida e adentra-se no limiar da injustiça extrema. Neste sentido, um Estado Constitucional Democrático, que em termos globais considere a moral, pode ser considerado como inserido num sistema jurídico. A fundamentar essa proposição é lançada mão dos exemplos das sociedades de bandidos que estabelecem regras e normatividades que as fazem tangenciar algo que pode ser denominado sistema jurídico. À frente em sua obra (Alexy 2011-A, p. 76ss) é colocado o diferenciador da injustiça extrema.

Importante ressaltar a diferenciação assentada para a injustiça extrema excluindo assim, quando de sua existência, a possibilidade de um sistema jurídico.

Interessante observação é a que a falta de legitimidade não exclui o caráter jurídico do sistema existindo normas que tenham condão de juridicidade mesmo contraposta a uma determinação moral.

Sobre a pretensão de correção como elemento da racionalidade é que se pretende afirmar neste trabalho que no sistema jurídico do Estado brasileiro há um processo legislativo racional.

A institucionalização da razão deve ser precedida pela institucionalização da correção. É que na racionalidade há mais elementos que a correção que aqui se elegeu para tomar nuances mais relevantes. Assim sendo a institucionalização da justiça recebe o mesmo raciocínio já que na justiça também existem mais elementos que a razão. Um elemento que não foi desconsiderado do conceito de direito que também deve ser sobrelevado para o complexo conceito de justiça (que aqui não ouse enfrentar) é a moral.

---

<sup>137</sup> ALEXY. *Conceito e Validade do Direito*, p. 42

José Antônio Seoane, fazendo a apresentação da *La Institucionalización de La Justicia* (Alexy 2010, p. 6) já questiona sobre alguma diferença entre a institucionalização da correção ou melhor dizendo, a institucionalização da pretensão de correção, no sentido que esta implica na institucionalização da justiça e esta na institucionalização dos direitos humanos como elemento básico de todo o Direito. A institucionalização é uma cadeia de sucessivos elementos numa ordem não mensurável com a finalidade de se poder afirmar existir – na máxima medida possível – um sistema jurídico.

É de se afirmar a importância de que todo este complexo encadeamento de elementos que se institucionalizam ocorra em fundamentação mediante a discursividade.

Já foi afirmado aqui que o processo legislativo brasileiro é institucionalizado. Institucionalizou-se mediante sua inserção no texto legal Constitucional. A norma Constitucional no caso foi aberta o suficiente, tanto que deu discricionariedade ao legislador ordinário de regulamentar o procedimento legislativo. Assim sendo, a moldura constitucional conferiu discricionariedade ao legislador para editar a Lei Complementar 95 de 26 de fevereiro de 1998 e os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados, Senado e Congresso.

#### **8.4 Racionalidade legislativa**

Atienza (1997) fez publicar uma coletânea de artigos sob o título *Contribución a una teoría de La legislación* e em um de seus capítulos dedica-se a apontar os *niveles de racionalidad legislativa* e aponta cinco níveis: Linguístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico e ético.

Quando se conceituou razão neste trabalho não cuidei de subdividir a racionalidade já que não a desmembro em qualidades ou frações que distinga um tipo de racionalidade de outro. Este mister deve ser relegado, a meu sentir, a trabalhos mais aprofundados que dêem conta somente de definir a razão.

Deste modo, a racionalidade legislativa aqui é aquela onde se procura a correção na sua máxima medida possível.

Mas as lições de Atienza no mencionado texto podem contribuir sobremaneira para a compreensão da racionalidade na forma que se pretende demonstrar nesta dissertação. Mesmo porque as questões problemáticas apontadas por Alexy quanto à fundamentação das decisões

jurídicas (incluídas aí as legislativas) podem ser minimizadas observando-se estes níveis de racionalidade<sup>138</sup>. Passo, pois, resumidamente a apontar estes níveis de racionalidade.

#### **8.4.1 Racionalidade Linguística**

O sistema jurídico consiste em uma série de enunciados lingüísticos organizados entre um emissor e um receptor. Havendo obscuridades nalgum enunciado pode ser que o ato comunicativo fracasse.<sup>139</sup> Pode ocorrer casos em que o enunciado é interpretado num caso de irracionalidade tal que se transmita justamente o contrário do que se desejava transmitir.

Para evitar estes erros de inferência deve-se lançar mão de recursos tais como a lingüística, a lógica e até mesmo da psicologia. No caso da psicologia Atienza (1997) acrescenta que se trata da psicologia cognitiva.

A técnica de redação dos textos jurídicos deve ser esmerada a fim de evitar o objeto de que se está tratando naquele enunciado.

Este ponto mereceu expressa disposição legal no Brasil quando da edição da Lei Complementar 95 de 1998 que será objeto de estudos abaixo.

#### **8.4.2 Racionalidade jurídico-formal**

No nível de racionalidade jurídico-formal o editor e o destinatário das leis são os órgãos e indivíduos designados com tais pelo ordenamento jurídico. Aqui o sistema jurídico é entendido como um conjunto de normas validamente estabelecidas. O fim da atividade legislativa é constituir um conjunto de leis sem lacunas, contradições e que seja o direito um mecanismo de previsão da conduta humana e suas consequências.

São irracionais nesse nível as leis que corroem a estrutura do ordenamento jurídico.<sup>140</sup>

Melhorar a técnica jurídica significa elaborar uma série de diretrizes legislativas e estabelecer técnicas aos parlamentos, ministérios e demais órgãos do sistema jurídico em que estas leis se apliquem.

---

<sup>138</sup> Alexy aponta na Teoria da Argumentação Jurídica quatro motivos pelos quais os enunciados jurídicos podem não ser bem fundamentados: 1) a imprecisão da linguagem do direito; 2) os conflitos entre normas; 3) casos não regulamentados e 4) casos em que uma decisão pode contrariar uma norma. P. 19.

<sup>139</sup> ATIENZA. *Contribución a una teoría de La legislación*, p. 28

<sup>140</sup> *En el nivel R2 puede decirse que una ley es irracional si y em La medida em que la misma contribuye a erosionar la estructura Del ordenamiento jurídico.* Op. Cit. P. 33

Atienza<sup>141</sup> exemplifica o tema perquirindo sobre a possibilidade de o preâmbulo de uma lei fazer parte de seu conteúdo normativo ou não. A racionalidade jurídico-formal é quem deve cuidar destes aspectos.

Neste ponto o Brasil atende com certa satisfação, novamente, com atenção a Lei Complementar 95 de 1998, já que a mesma dispõe de tais preceitos e os aborda sistematicamente.

#### **8.4.3 Racionalidade pragmática**

Consiste na adequação da conduta dos destinatários ao que está prescrito na lei.<sup>142</sup> Este nível de racionalidade fracassa e se torna irracional na medida em que a determinação legal falha em influenciar o comportamento humano.

Deve-se questionar por quais motivos ocorreu este fracasso: falta de sanções adequadas, falta de orçamento monetário para implementação.

Aqui, sendo a racionalidade pautada nos estudos até agora alinhavados, é possível verificar que aquela dita representatividade, quando se tratou da democracia representativa, pode solucionar tal questão. Quando obedecida a regra de que todos podem ter vez e voz junto ao poder legislativo – respeitadas as regras que lhe dão a racionalidade pretendida para a participação discursiva – o questionamento se soluciona.

Alertou-se aqui e Atienza faz o mesmo, no sentido de que para evitar-se a irracionalidade neste ponto devem-se incluir estudos de sociologia.<sup>143</sup>

Conforme mais tarde se verá, as comissões permanentes e técnicas do Poder Legislativo brasileiro podem oferecer meios e modos para que as normas editadas sejam adequadas aos destinatários.

#### **8.4.4 Racionalidade teleológica**

Ao nível da racionalidade teleológica, os editores são os portadores de interesse social, privado ou geral, que alcança o mesmo resultado em leis.<sup>144</sup> Exemplifica o tema informando que os enfermos podem ser destinatários também de normas de vigilância sanitária além do

<sup>141</sup> ATIENZA. *Contribución a una teoría de La legislación*, p. 34/35

<sup>142</sup> *Consiste em la adecuación de la conducta de los destinatarios a lo prescrito en la ley.* Op. Cit. P. 36

<sup>143</sup> ATIENZA. *Contribución a una teoría de La legislación*, p. 37

<sup>144</sup> *En nivel de la racionalidad teleológica, los editores son los portadores de los intereses sociales, particulares o generales, que logran que los mismos se traduzcan en leyes.* Op. Cit. P. 37

hospital em que se encontram, já que estas normas visam melhorar a sua situação conquanto enfermos. Se o direito persegue os fins através de meios, estes fins devem ser alcançados.

É irracional este nível quando não produz os efeitos desejados ou produz resultados até mesmo indesejáveis.

A forma de se abordar esta questão racional já foi tratada neste trabalho quando se disse que acaso a produção de uma lei obedeça a critérios racionais na busca de uma correção na máxima medida possível, pouco provável que seus resultados não sejam também racionais. De certo, o grau<sup>145</sup> de racionalidade na elaboração de uma lei há de refletir na racionalidade de seus resultados.

#### 8.4.5 Racionalidade ética

Trata-se da obrigação ética de obedecer às leis. Os legisladores são vistos do ponto de vista de quem está legitimado e em que circunstâncias, para exercer poder normativo sobre os outros.<sup>146</sup>

Não é racionalmente ética a legislação ditada por quem não legitimado a tal também de forma ética. Atienza chama de “*legitimación ética*”<sup>147</sup>, também aquela lei que prescreva comportamentos imorais ou fins ilegítimos.

Um importante ponto a salientar é que este nível de racionalidade é de função muito mais negativa que construtiva. Não exige nenhuma técnica legislativa já que não existe nenhum procedimento para se chegar à liberdade, igualdade e justiça através de leis elaboradas sob as técnicas racionais anteriores. O instrumento que dispõe a ética e o discurso ético.<sup>148</sup>

Uma questão pode ser formulada neste momento sem o compromisso de lhe dar uma resposta: seria não-ético o resultado de um discurso racional que obedecesse na máxima medida possível e com correção em igual proporção às regras discursivas? Parece-me que não. Já se alertou aqui que a injustiça extrema nem sequer é integrante do que se pode chamar de sistema jurídico. Radbruch é o marco de assertiva neste sentido no seu “Cinco Minutos de

<sup>145</sup> Aqui uma questão tormentosa: *grau* de racionalidade. Não foi abordada esta questão no trabalho, já que ela requer estudos extenuantes e aprofundados. O tema é moderno e pouco tratado ainda. Mas graus de racionalidade, a meu sentir, um dia poderão ser aferidos através de fórmulas que hão de se desmembrar daquelas da “Fórmula do Peso”, sopesando também a razão. Mas aqui apenas se pretende fazer boa profecia de estudos ainda muito embrionários na atualidade.

<sup>146</sup> ATIENZA. *Contribución a una teoría de La legislación*, p. 39

<sup>147</sup> ATIENZA. *Contribución a una teoría de La legislación*, p. 39

<sup>148</sup> ATIENZA. *Contribución a una teoría de La legislación*, p. 40

Filosofia”. Foi afirmado que sistemas jurídicos podem ser injustos sem serem extremamente injustos, tomando assim a Teoria Discursiva do Direito máxime de atenção aos meios e não aos fins eis que a análise destes resultados extrapolaria estes estudos. Mas a resposta à proposição anterior parece, pois, negativa, reafirmando que onde há racionalidade / razão haverá de existir necessariamente a ética.

É o que Alexy (2011-B) denomina de “impossível discursivamente e necessários discursivamente”<sup>149</sup>. Aplica exemplificadamente a escravidão como impossível e a democracia como necessária, estando entre estes dois pólos de possibilidades um espaço tamanho que a teoria do discurso não pode exceder.

## 8.5 Regras do discurso legislativo brasileiro

Para diferenciar os argumentos válidos dos inválidos, num ato de fundamentação de proposições normativas, Alexy (2012) aponta o problema do regresso ao infinito como uma dificuldade. Mas apresenta uma saída para o Trilema de Münchhausen:

A situação pode-ser se evitar se a exigência de uma fundamentação de casa proposição por meio de outra proposição se substitui por uma série de exigências na atividade de fundamentação. Essas exigências podem formular-se como regras do discurso racional. As regras do discurso racional não se referem, como as da lógica, só a proposições, mas também ao comportamento do falante. Neste sentido, podem designar-se como “regras pragmáticas”. O cumprimento destas regras certamente não garante a certeza definitiva de todo o resultado, mas caracteriza um resultado racional.<sup>150</sup>

Neste sentido, regras existem no processo legislativo brasileiro que podem conduzir a uma resposta à existência ou não de uma racionalidade regida por regras institucionalizadas e assim institucionalizada a razão.

Estas regras serão aqui apresentadas iniciando-se pelas contidas na Constituição. Não abordarei todas, mas aquelas que em particular contribuirão para minhas conclusões.

### 8.5.1 Limitação ao poder discricionário do legislador

Limitação aqui entendido o que já foi estudado nesta dissertação quando à discricionariedade do legislador quando é proibido, facultado ou permitido legislar. Verifico,

<sup>149</sup> ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*, p. 30

<sup>150</sup> ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 179

pois, as duas primeiras situações, já que o que é permitido é consectário refratário do que não é proibido ou facultado.

O parágrafo quarto do art. 60 é limitador ao poder de legislar, na forma expressa proibitiva:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda que tente abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação de poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

Assim, quando anteriormente foi dito sobre os limites de discricionariedade para legislar ou em outras palavras: o poder do legislador escolher o que, como, quanto, os limites de uma proposição são neste sentido acima transcrito, proibidas. Note-se que o texto é claro em informar que nem sequer deliberar pode, ou seja, menos ainda implementar, regulamentar, ponderar sobre os temas elencados no texto.

Tal artigo foi eleito por se encontrar na seção destinada ao “Processo Legislativo”, mas de certo há outras limitações impositivas negativas tais como algumas contidas no artigo quinto: prejudicialidade ao ato jurídico perfeito (inciso XXXIV) e negativa da pena de caráter perpétuo (inciso XLVII b). Citando apenas estes dois para não preencher uma resma de exemplos.

É necessário que a Constituição defina pontos onde o legislador não poderá se imiscuir. A bem da verdade antes de se falar em discurso, ponderação, argumentação ou outra forma dialetizada de interação entre indivíduos ou de um indivíduo frente a situações díspares, deve-se limitar o que se pode tratar. É o que se pode chamar de “regra Constitucional”. Se regras são realizáveis na proporção do tudo-ou-nada<sup>151</sup> os exemplos acima indicam que diante destas situações o legislador fica impossibilitado de agir.

Fica, pois, desenhada uma moldura à frente do legislador. Um espaço onde ele encontra seus limites legísláveis.

Depois de proibir, o texto Constitucional apresenta outras disposições, agora voltadas à faculdade<sup>152</sup> de legislar.

<sup>151</sup> ALEXY. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 91: “Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos.”

<sup>152</sup> Ainda sobre a faculdade de legislar há disposição no art. 128 V, facultando aos Procuradores-Gerais da União e dos Estados a iniciativa de leis complementares. Por se tratar de iniciativa extraordinária (entendido aqui que ordinariamente a iniciativa se dá no legislativo) fica o registro desta oportunidade facultativa de propor lei.

Art. 155. Compete os Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

V – é facultado ao Senado Federal:

- a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;
- b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito de específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

No caso acima até mesmo o vernáculo é ideal para o exemplo, já que a faculdade é colocada também na forma explícita não deixando margens de dúvida quanto ao que se pode tratar relativamente aos impostos que o artigo menciona.

Definidos estes pontos, o legislador fica autorizado, ou seja, lhe é permitido legislar sobre o que mais não confrontar com as determinações limitadoras da Constituição Federal.

### **8.6 Lei Complementar nº 95 de 26 de fevereiro de 1998**

Após 10 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, foi regulamentado o parágrafo único do artigo 59: “*Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis*”. Posteriormente foi alterado pelo decreto 1.176 de 28 de março de 2002.

Mas este documento ainda não é suficiente para o que se pretende neste trabalho. Aqui se deve fazer mencionar uma ressalva: trato neste meu trabalho da racionalidade com um todo e como definida no início. Anteriormente já foi visto sobre a racionalidade lingüística e esta Lei Complementar vem atender esta modalidade.

Colocando os legisladores no seu mister máximo de editar normas, devem estes tratar sobre documentos que sejam na máxima medida possível assemelhados lingüisticamente, a dar paridade no discurso a ser elaborado posteriormente.

A Lei Complementar dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis.

Disciplina questões de grave importância como a estrutura da lei em três partes básicas:

Art. 5º O projeto de ato normativo será estruturado em três partes básicas:

I - parte preliminar, com a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas;

II - parte normativa, com as normas que regulam o objeto definido na parte preliminar; e

III - parte final, com as disposições sobre medidas necessárias à implementação das normas constantes da parte normativa, as disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.

No demais, a Lei Complementar possibilita aos legisladores aferirem uma honestidade dos dizeres a serem levados à positivação quando a mesma lei complementar requer a clareza vernacular. As expressões utilizadas devem ser no seu sentido comum, salvo se se trata de questões técnicas.

Prefere a utilização da conjugação dos tempos verbais no presente ou futuro simples do presente. Não utilização de palavras ou expressões de duplo sentido.

Esta, em especial, ‘não utilização de expressões com duplo sentido’ atende aquela regra do discurso prático geral de nº 1.4 “Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados”<sup>153</sup>, conforme já foi mencionado no início deste trabalho.

Aqui a atenção deve-se voltar à racionalidade na forma de unificar os símbolos de expressão utilizados pelos interlocutores no discurso jurídico. A racionalidade e a máxima possível correção é neste caso a utilização de palavras, expressões, formatação textual, linguagem e tudo mais que se fizer necessário para que um e outro legislador possam compreender o que está sendo proferido pelos demais. A compreensão dos enunciados deve conter clareza tal que não restem dúvidas quando ao que se pretende dizer.

Duas preocupações devem ser tomadas neste momento: 1) que as expressões utilizadas sejam compreendidas entre os colégios de legisladores, ou seja, que aqueles 513 deputados e os demais 81 senadores compreendam entre si o que se está a levar positivamente. O desrespeito a esta regra pode ocasionar transtornos de ordem comunicativa entre os legisladores e fazer com que a pretendida norma possa promulgada não mais com os interesses inicialmente pretendidos. 2) que os destinatários finais da norma também compreendam o que lhe é obrigado, permitido ou facultado fazer. O dever-ser social estabelecido pelas normas deve ser explicitamente verificável logo a primeira vista e não deixar dúvidas quanto a matéria tratada. Aqui se entenda como destinatário da lei, também aquele que faz uso dela para decidir junto ao poder judiciário. Um texto normativo que padeça desta irracionalidade poderá fazer com que o judiciário fique com perigosa liberdade para interpretar a norma nos meios e modos que bem entender<sup>154</sup>. Mas até mesmo aquele magistrado que vá fazer uma operação de ponderação certamente terá dificuldades diante de texto vago e impreciso.

---

<sup>153</sup> ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*. P. 287

<sup>154</sup> Falo aqui de um judiciário que não aplica racionalidade ou ponderação em suas decisões como é de sabida ocorrência em nossa sociedade. Juizes há que desprezam a boa forma de julgar preferindo decisionismos danosos.

A pretensão de correção passa também pela Lei Complementar 95/98, e fará com que o debate no legislativo possa ser profícuo na busca da máxima razão possível.

### **8.7 Os Regimentos internos do Senado, Câmara dos Deputados e Congresso Nacional**

Não restam dúvidas que a teoria de Alexy dá conta de estudos efetuados também, dentre outros, da teoria dos atos de comunicação de Habermas.<sup>155</sup> Em Habermas os atos de fala assumem especial lugar. Em Alexy não é diferente.

Os atos de fala e as proposições elevadas por cada um dos falantes devem obedecer minimamente a regras específicas na conformidade do discurso que se propõe efetuar. O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O discurso jurídico deve conter regras especiais.

As regras especialíssimas a dar a conotação de apartado do discurso prático geral para o caso da elaboração de leis estão dispostas nos regimentos internos destes três órgãos do legislativo brasileiro.

Já foi transcrito aqui “Os Princípios Gerais do Processo Legislativo” constantes do artigo 412 do Regimento Interno do Senado Federal.<sup>156</sup>

Equivalem esses princípios à busca na máxima medida possível de um processo legislativo com racionalidade tal a possibilitar a afirmativa da existência de um sistema jurídico (aqui na ótica legislativa) que dentro de uma correção tal afirme ser racional o processo legislativo brasileiro.

Poder-se-ia afirmar sem medo de ser ousado que estes princípios podem ser o gatilho para a elaboração de uma tabela de regras do discurso jurídico legislativo.

Aliado a estes princípios as disposições constantes do regimento ainda traduzem formas discursivas para a realização de forma a despontar uma racionalidade tal que possa se afirmar que o resultado é uma legislação com uma medida racional capaz de oferecer ao Poder Judiciário meios e modos de operacionalizar também discursivamente.

Já nos capítulos iniciais do regimento o art. 14 expressa as formalidades para uso da palavra por parte dos Senadores. No texto regulador verificam-se disposições limitadoras de tempo para ingresso com a palavra, número de vezes que pode manifestar por sessão e apartes entre os senadores.

---

<sup>155</sup> Na obra *teoria da Argumentação Jurídica* Alexy dedica vários capítulos a análise de teorias de Erlangen e Perelman, além das de Stevenson, Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin e Baier.

<sup>156</sup> BRASIL. *Regimento Interno do Senado Federal*. P. 205

Reproduz-se o texto<sup>157</sup>:

CAPITULO III  
DO USO DA PALAVRA

Art. 14. O Senador poderá fazer uso da palavra:

I – nos cento e vinte minutos que antecedem a Ordem do Dia, por dez minutos, nas sessões deliberativas, e por vinte minutos, nas sessões não deliberativas;8

II – se líder, uma vez por sessão:8

a) por cinco minutos, em qualquer fase da sessão, exceto durante a Ordem do Dia, para comunicação urgente de interesse partidário; ou

b) por vinte minutos, após a Ordem do Dia, com preferência sobre os oradores inscritos;

III – na discussão de qualquer proposição (art. 273), uma só vez, por dez minutos;

IV – na discussão da proposição em regime de urgência (art. 336)

uma só vez, por dez minutos, limitada a palavra a cinco Senadores a favor e cinco contra;

V – na discussão da redação final (art. 321), uma só vez, por cinco minutos, o relator e um Senador de cada partido;

VI – no encaminhamento de votação (art. 308 e parágrafo único do art. 310), uma só vez, por cinco minutos;

VII – no encaminhamento de votação de proposição em regime de urgência (art. 336), uma só vez, por cinco minutos, o relator da comissão de mérito e os líderes de partido ou bloco parlamentar ou Senadores por eles designados;

VIII – para explicação pessoal, em qualquer fase da sessão, por cinco minutos, se nominalmente citado na ocasião, para esclarecimento de ato ou fato que lhe tenha sido atribuído em discurso ou aparte, não sendo a palavra dada, com essa finalidade, a mais de dois oradores na mesma sessão;

IX – para comunicação inadiável, manifestação de aplauso ou semelhante, homenagem de pesar, uma só vez, por cinco minutos;

X – em qualquer fase da sessão, por cinco minutos:

a) pela ordem, para indagação sobre andamento dos trabalhos, reclamação quanto à observância do Regimento, indicação de falha ou equívoco em relação à matéria da Ordem do Dia, vedado, porém, abordar assunto já resolvido pela Presidência;

b) para suscitar questão de ordem, nos termos do art. 403;

c) para contraditar questão de ordem, limitada a palavra a um só Senador;

XI – após a Ordem do Dia, pelo prazo de vinte minutos, para as considerações que entender (art. 176);

XII – para apartear, por dois minutos, obedecidas as seguintes normas:

a) o aparte dependerá de permissão do orador, subordinando-se, em tudo que lhe for aplicável, às disposições referentes aos debates;

b) não serão permitidos apartes:

1 – ao Presidente;

2 – a parecer oral;

3 – a encaminhamento de votação, salvo nos casos de requerimento de homenagem de pesar ou de voto de aplauso ou semelhante;

4 – a explicação pessoal;

5 – a questão de ordem;

6 – a contradita a questão de ordem;

7 – a uso da palavra por cinco minutos;

c) a recusa de permissão para apartear será sempre compreendida em caráter geral, ainda que proferida em relação a um só Senador;

d) o aparte proferido sem permissão do orador não será publicado;

e) ao apartear, o Senador conservar-se-á sentado e falará ao microfone;

XIII – para interpelar Ministro de Estado, por cinco minutos, e para a réplica, por dois minutos (art. 398, X).

XIV – por delegação de sua liderança partidária, por cinco minutos, observado o disposto na alínea a do inciso II e do § 3o deste artigo.10

<sup>157</sup> BRASIL. *Regimento Interno do Senado Federal*. P. 29

§ 1o É vedado ao orador tratar de assunto estranho à finalidade do dispositivo em que se baseia para a concessão da palavra.

§ 2o (Revogado.)

§ 3o O líder que acumular lideranças de partido e de bloco parlamentar poderá usar da palavra com base no inciso II uma única vez numa mesma sessão.

§ 4o Os vice-líderes, na ordem em que forem indicados, poderão usar da palavra com base no inciso II do caput se o líder lhes ceder a palavra, estiver ausente ou impedido nos termos do art. 13.

§ 5o O uso da palavra, por delegação de liderança, poderá ocorrer uma única vez em uma mesma sessão e não poderá ser exercido na mesma fase da sessão utilizada pelo líder para falar nos termos do inciso II do caput.

§ 6o O Senador que fizer uso da palavra por delegação de liderança, ou para comunicação inadiável não poderá, na mesma sessão, solicitar a palavra como orador inscrito.

§ 7o Aplica-se o disposto no § 1o do art. 17 aos Senadores que fizerem uso da palavra com base no que dispõem os incisos I, IX, XI e XIV.

§ 8o Aos membros de representação partidária com menos de um décimo da composição do Senado será permitido o uso da palavra, nos termos dos incisos I, II e XIV, uma única vez em cada sessão.

Se para cada situação na qual vá se estabelecer um discurso, e nele procura-se uma racionalidade tal que o resultado possa ser denominado de resultado racional, a ordem de manifestações entre os que dialogam deve ser rigorosamente, e racionalmente decidida, de forma que todos tenham ciência desta parte das regras do discurso legislativo racional.

Vale dizer que esta disposição do art. 18 encontra-se com peculiar redação:

Art. 18. O senador, no uso da palavra, poderá ser interrompido:

I – pelo presidente:

(...)

h) para prestar esclarecimentos que interessem à boa ordem dos trabalhos;

Equivale esta disposição àquela aposta por Alexy como sendo a primeira das regras da razão no discurso prático geral: *(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.*<sup>158</sup>

As demais regras da razão compõem o bojo de todas aquelas já transcritas no artigo 14 retromencionado.

Estas demais regras da razão são aquelas que permitem aos senadores tomar a voz e a vez em todos os discursos de seus pares. Apresentarem as proposições e emendas que entenderem convenientes e ver tudo isto debatido à exaustão de forma a chegar-se a um resultado eficaz racionalmente.

No Regimento Interno da Câmara dos Deputados existem disposições assemelhadas com a mesma paridade entre os Deputados no sentido de poderem tomar a palavra de forma organizada e com variedade de oportunidades. Lá as disposições legais do Regimento assumem um viés de singular vernacularidade que já foi mencionado neste trabalho, mas aqui

<sup>158</sup> ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 287

o retorno, a informar que a palavra utilizada no texto é “*discussão*”. A palavra refere-se ao debate a ser efetuado discursivamente. A forma com que os Deputados devem, a semelhança dos Senadores, portar-se diante seus pares para a tomada de pontos e contrapontos de forma que o resultado possa se consubstanciar em texto legal que tenha sido amplamente discutido, ou noutras palavras, que o texto legal seja fruto de uma discursividade na máxima medida possível conquanto refere-se aos incansáveis pronunciamentos e oposição de ideias sobre o tema em voga naquele momento legislativo.

No dito regimento estas disposições são as contidas nos artigos 165 e seguintes.<sup>159</sup>

Quando Alexy<sup>160</sup> aponta as *regras da carga da argumentação* essas encontram espelho na seguinte disposição do artigo 176 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “*Aparte é a interrupção, breve e oportuna, do orador para indagação ou esclarecimento, relativos à matéria em debate.*”<sup>161</sup>

Todas aquelas regras da carga da argumentação de uma forma ou de outra podem ser incluídas nestes apartes de forma que devam ser obedecidas para a boa ordem dos trabalhos legislativos.

Não é redundante reescrever estas regras:

### *3 Regras de carga de argumentação*

3.1 Quem pretende tratar a uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo

3.2 Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve ter uma razão para isto

3.3 Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em cãs de contra-argumentos

3.4 Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhe for pedido, de fundamentar por que tal manifestação foi introduzida na afirmação

O entendimento é que até aqui o que se expôs vai minorando as questões que dificultam a busca por uma racionalidade em medida aprazível o suficiente para a edição de textos legais.

## **8.8 A tramitação das proposições legislativas**

Já se viu que as proposições legislativas possuem várias formas de serem iniciadas, ou seja, possuem vários legitimados. Mas a despeito destas formas de iniciativa legal, estes

<sup>159</sup> BRASIL. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*, p. 114

<sup>160</sup> ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 288

<sup>161</sup> BRASIL. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*, p. 117

textos iniciais tomam a forma de Projeto de Lei que deverá seguir uma determinada ordem de tramitação para exaurir os debates e chegar-se ao texto final.

Relembro que os debates obedecerão às regras ditadas nos regimentos internos e transcritos na forma da Lei Complementar 95/98.

Apresentada uma proposição legislativa<sup>162</sup> esta é numerada e publicada no Diário da Câmara dos Deputados. Trata-se, pois da ampla publicidade dessas proposições. Daí que se pode afirmar da ciência de todos dos temas apresentados para serem legislados.

Poder-se-á objetar esta assertiva anterior onde afirmo existir ciência de todos pelos atos publicados no Diário da Câmara dos Deputados, alegando que nem todos os cidadãos têm a oportunidade de acompanhar tais publicações e muitas delas passam despercebidas e assim não existe ampla divulgação dos atos legislativos e assim poder-se-ia mitigar a amplitude dos debates. Respondo a essa eventual objeção no sentido de esclarecer que na continentalidade geográfica do Brasil procurar um debate onde participem todos os envolvidos, ou seja, todos os cidadãos é de fato exigir-se demais. Apenas um país de proporções paroquianas à comparação do Brasil como no caso da Islândia com apenas 350.000 habitantes ou um país de menores proporções como Mônaco, Vaticano ou Liechtenstein poderia se exigir tamanha reunião de pessoas para debater todos os temas legislativos.

Fica apenas o registro neste momento do fato de em 2008 a Islândia ter obtido a reunião de 98% de sua população para a elaboração de sua constituição. Tal fato é de tamanha relevância que a constituição recebeu o apelido de “wikconstituição” referindo-se a plataforma da Wikipédia, vez que foi construída pela inserção de toda a população islandesa nas redes sociais do facebook e twitter.<sup>163</sup>

A democracia representativa no Brasil mesmo que não amadurecida por uma reforma política, ainda dá a resposta necessária de levar ao Poder Legislativo vozes capazes de fazer ecoar no Congresso as acepções de seus representados. Não bastasse esta característica essencial e etimológica da democracia,<sup>164</sup> ainda é permitida junto ao Congresso nacional (assim dizendo para generalizar a Câmara dos Deputados e o Senado Federal) a participação popular de forma ampla, seja através de indivíduos por si ou através de grupos especializados (leia-se associações, federações, igrejas, etc.), levando para o cenário político a voz do cidadão. Mesmo que ainda mantenha-se a objeção no sentido de que a maioria fala em

---

<sup>162</sup>Aqui o termo ‘proposição legislativa’ é utilizado seguindo a nomenclatura dada pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

<sup>163</sup> CASTELLS. *Redes de Indignação e Esperança*, p. 32ss

<sup>164</sup> Diz-se etimológica para dar mais enlevo a expressão ‘governo do povo’, origem da palavra Democracia.

detrimento da minoria, foi apresentada aqui disposição singular no Regimento do Senado quando dos Princípios do Processo Legislativo o inciso VII que trata da preservação dos direitos das minorias, entendidas aqui as minorias no sentido representativo, ou seja, aqueles que possuem menores vozes junto ao Congresso bem como aquelas classes denominadas minorias, quais sejam os homossexuais, quilombolas, índios, etc. Ademais aqui não se fala em totalidade, valores absolutos, perfeição ou qualquer outra expressão que venha a dar ares de completude plena na tramitação de uma proposta legislativa. O que se pede é uma racionalidade na máxima medida possível. E atualmente a evolução do processo legislativo e os meios ainda a disposição para se legislar oferecem apenas estas oportunidades. O que se pode apenas pretender é que sejam atendidos minimamente os trâmites e discussões de forma a fazer positivar normas que atendam estes momentos históricos vividos. A evolução social algum dia permitirá que todos os cidadãos participem na confecção das leis, mas ainda é ousado informar quantas dezenas de gerações adiante será necessário evoluir-se para que um patamar deste seja alcançado.

Continuando o tema da tramitação das proposições, assim que essas são apresentadas são, em seguida, distribuídas, numeradas e publicadas.

Para mais deixar clara a discussão e argumentação existente no processo legislativo brasileiro essas propostas são distribuídas às comissões pertinentes. Há de se ter em mente que o artigo 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados aponta as comissões denominadas permanentes. E o artigo 34 determina que comissões especiais e de vigência limitada às suas finalidades podem ser criadas.

Nessas comissões é permitida a participação de toda a sociedade mediante inscrição para tomar parte nos debates através das audiências públicas<sup>165</sup> e através das petições<sup>166</sup>.

O projeto inicialmente apresentado pode conter ou não algum substitutivo à medida que os debates são aprofundados e a matéria melhor apreciada na sua profundidade técnica e prática conforme for o caso que estiver em pauta. De certo esses acréscimos vão ocorrendo à medida que evoluem os trabalhos das comissões até final parecer do relator dessa comissão.

Apresentado o relatório ele é votado dentre os membros da comissão. Acaso o parecer seja aprovado é levado à próxima comissão. Deve ser notado com rigor que um único assunto pode ter reflexos em vários setores da federação, sejam políticos, econômicos, financeiros, sociais, etc.. Assim sendo, a tramitação deverá percorrer cada uma das comissões próprias conforme a afetação que a matéria exigir. A Comissão de Constituição e Justiça e de

---

<sup>165</sup> Art. 255 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados

<sup>166</sup> Art. 253 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados

Cidadania é a que deverá receber a maioria das proposições legislativas, dada a amplitude de suas competências:

Art. 32. São as seguintes Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade:

(...)

IV – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania:

- a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos a apreciação da Câmara ou de suas Comissões;
- b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição;
- c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento;
- d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, a organização do Estado, a organização dos Poderes e as funções essenciais da Justiça;
- e) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial;
- f) Partidos Políticos, mandato e representação política, sistemas eleitorais e eleições;
- g) registros públicos;
- h) desapropriações;
- i) nacionalidade, cidadania, naturalização, regime jurídico dos estrangeiros; emigração e imigração;
- j) intervenção federal;
- l) uso dos símbolos nacionais;
- m) criação de novos Estados e Territórios; incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios;
- n) transferência temporária da sede do Governo;
- o) anistia;
- p) direitos e deveres do mandato; perda de mandato de Deputado, nas hipóteses dos incisos I, II e VI do art. 55 da Constituição Federal; pedidos de licença para incorporação de Deputados às Forças Armadas;
- q) redação do vencido em Plenário e redação final das proposições em geral;

Não se perde por acrescentar aqui as demais Comissões Permanentes a fim de dar a real natureza dos debates e suas proporções no processo legislativo brasileiro:

- a) Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural;
- b) Comissão da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional;
- c) Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática;
- d) Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
- e) Comissão de Defesa do Consumidor;
- f) Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio;
- g) Comissão de Desenvolvimento Urbano;
- h) Comissão de Direitos Humanos e Minorias;
- i) Comissão de Educação e Cultura;
- j) Comissão de Finanças e Tributação
- k) Comissão de Fiscalização Financeira e Controle;

- l) Comissão de Legislação Participativa;<sup>167</sup>
- m) Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável;
- n) Comissão de Minas e Energia;
- o) Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional;
- p) Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado;
- q) Comissão de Seguridade Social e Família;
- r) Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público;
- s) Comissão de Turismo e Desporto;
- t) Comissão de Viação e Transportes

Com esta extensa relação pode-se ter uma dimensão da grandiosidade de um debate firmado no processo legislativo brasileiro. Para tal imagine-se um projeto de lei de iniciativa de uma associação indígena que pretenda abrir o orçamento da união para a compra de ônibus para fomento do turismo em área de fronteira amazônica de exploração agrícola por índios de cultura polígama! De certo, tal projeto atravessaria pela maioria das comissões permanentes, salvo se houver a necessidade de se criar uma comissão especial para debate deste projeto.

Não sendo aprovado o relatório do relator da comissão todo o trabalho de apreciação da matéria retorna para a mesma comissão até que um relatório seja aprovado ou ainda poder-se-á designar novo relator.

Enviado o projeto para a Câmara, apresentado o projeto conclusivo da comissão, a proposição, então, é incluída na deliberação conforme a “Ordem do Dia”.

Faz-se uma redação final ao projeto ou é arquivado.

No plenário a primeira fase possibilita-se a apresentação de emendas e discussão destas emendas. Por fim, a votação pedindo arquivamento ou envio para a o Senado.

Só então, após este extenso tramitar, o projeto irá para a sanção presidencial.

Não há como negar que são de gigantismo tal as discussões que não se possa afirmar que as regras até então apresentadas para as discussões não apresente uma busca de racionalidade na máxima medida possível.

## 8.9 O problema da correção em Alexy

---

<sup>167</sup> São atribuições desta comissão em especial: sugestões de iniciativa legislativa apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, exceto Partidos Políticos.

Alexy<sup>168</sup> problematiza que o procedimento do discurso não pode estar ligado a uma garantia de consenso. Afirma que a correção que tanto se busca pode ser relativizada procedimentalmente.

O que se pretendeu demonstrar até agora é que o processo legislativo brasileiro, como apresentado, permite uma busca na máxima medida possível de correção tal, vale dizer, que há a possibilidade de racionalidade suficiente para resultados ditos racionais. As formas que denominei regras do discurso jurídico em seu viés legislativo podem, aparentemente, também sofrer da relativização que Alexy aponta no seu texto, mas ao final ele mesmo procura amenizar a questão e aqui seguirei os seus mesmos caminhos.

Para afastar esta dificuldade Alexy (2014-A) elege 4 condições necessárias para que se tenha um conceito ideal de correção: 1) tempo ilimitado; 2) participação ilimitada; 3) clareza linguístico-conceitual ilimitada e 4) momentos, por fim, (5) questiona-se sobre se o resultado do procedimento é um resultado correto<sup>169</sup>. Mas já se disse aqui que esse conceito é relativo já que inalcançável, assim sendo torna-se uma ideia reguladora.

### ***8.9.1 As normas incompatíveis***

A incompatibilidade de normas ou contradição de normas que podem ser igualmente corretas não é uma negação da expressão correto. Essas normas podem coexistir desde que discursivamente possíveis.

Alexy afasta a objeção de duas normas contraditórias serem incompatíveis entre si afirmando que em sendo discursivamente possíveis, também é possível a coexistência das mesmas.

O processo legislativo brasileiro na esteira do que foi dito pelo Professor Alexy também não preenche as 4 condições acima expostas, mas as procura minimizar esta deficiência na máxima medida possível.

Para (1) não existe tempo mínimo ou máximo estabelecido para a tramitação de uma proposição legislativa. O que se procura é uma ‘maturação’ máxima das proposições de forma que se obedeça no maior rigor possível os objetivos almejados.

Daí que o senso comum faz críticas severas ao poder legislativo no sentido de ser este moroso por demais. De fato a morosidade não implica ouvidos surdos aos clamores da

---

<sup>168</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*, p. 81ss

<sup>169</sup> ALEXY. *Teoria discursiva do Direito*, p. 82

sociedade, certo é que as discussões e debates estão ocorrendo na forma e modos de se exaurir todas as nuances que podem receber a matéria tratada.

### ***8.9.2 Participação ilimitada***

Para (2) a questão já foi recentemente abordada neste trabalho. Iniciando através de qualquer ponto de partida, as convicções podem ser alteradas a qualquer momento conforme também se mudam os participantes. Note-se que no início deste trabalho foi ressaltada a disposição do art. 166 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que obriga que uma proposição encerrada numa legislatura sempre deva ter a discussão reaberta numa nova legislatura para receber novas emendas. Ora, se as convicções normativas mudam haverá de mudar também o seu resultado, mas mantendo as regras do processo para sua produção racional.<sup>170</sup>

Essa oportunidade de rediscussão de uma matéria que até então apresentava-se encerrada, mas não levada à sanção presidencial ter de voltar a debate, conforme alhures dito, é a comprovação da possibilidade de alteração das convicções sociais. Mas a sua produção de forma racional não é afastada, já que as regras para a sua produção de forma racional são mantidas.

Não importa aqui se há alteração nas regras do processo legislativo, importa saber se existem regras do processo legislativo e que estas regras, conforme tenho procurado demonstrar, conduzem a uma racionalidade razoável.

### ***8.9.3 clareza linguístico-conceitual***

Não abordando este tema Alexy informa que esta nuance é dedicada à questão de fundamentação e não de utilidade. Mas, mesmo a despeito dessa ótica, a legislação brasileira em sede de definição de regras do processo legislativo cuidou de editar a Lei Complementar 95/98 com o fim de, inclusive, de forma lingüística atender a uma racionalidade na medida máxima do possível.

### ***8.9.4 Momentos***

---

<sup>170</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*, p. 83

Se num determinado momento uma norma produz um resultado diferente de um momento anterior, isto não implica a imprecisão da norma, mas sim que a mesma foi ajustada para aquele momento posterior, eliminando-se os defeitos anteriormente existentes.

Tal fato se dá no processo legislativo brasileiro pela presença da constante revisão das normas. A revisão das normas pode ocorrer na mesma forma que ocorrem as proposições legislativas. Assim sendo, todo o arcabouço normativo brasileiro sempre será alvo, nalgum momento, de uma revisão.

Emendas, reformas, consolidações, regulamentações são exemplos de formas normativas de se aprimorar e fazer com que os resultados sejam diferentes em outros momentos da história.

#### ***8.9.5 Saber se a norma N é correta***

Determinada norma pode ser um resultado de um determinado procedimento? Esta tormentosa questão é fruto de alguns apontamentos importantes e tornam complexa uma resposta.

O discurso é uma solução de conflito de interesses. Cada um dos participantes possuindo um interesse pode ter seus interesses alterados com passe de argumentos. O discurso é algo não-monológico. Dependem das convicções de um participante suas reflexões íntimas sobre o que lhe é apresentado argumentativamente. Mas os fins não podem ser antecipados ou conhecidos.

De forma monológica somente pode-se fazer suposições fundamentadas, mas discursivamente, entre vários participantes não se pode aferir o resultado.

Daí que como se já mencionou as decisões e pareceres de uma comissão da Câmara dos Deputados não pode prever o que será levado a cabo de discussão em plenário, ou que emendas há de receber. Note-se que cada um cumpre o seu papel no momento processual legislativo de forma que obedecendo as regras próprias de cada um destes momentos se tramite de forma racional aquela proposição legislativa.

Não é comum, e o exemplo vem a calhar, quando na troca de uma legislatura uma determinada proposição esteja numa comissão qualquer. De certo ocorrendo a troca de membros daquela comissão os caminhos traçados podem ser alterados, mas isto não interfere no resultado racional, acaso as regras sejam devidamente seguidas.

Ainda assim existe a possibilidade de em discussões junto ao plenário a dita proposição receber emendas e em seus debates adequar-se novamente para ter um resultado satisfatoriamente racional.

Por fim é necessário reproduzir com a destacada atenção as palavras de Alexy sobre a questão relativa às normas produzidas em procedimento racional: “*A teoria do discurso não é nada mais que um processo para elaborá-las racionalmente.*”<sup>171</sup> Importa sim que a busca por uma racionalidade seja consciente destas questões propostas e na máxima medida possível ofertem-se regras capazes de se elaborar um processo o mais racional possível obtendo-se um resultado que poder-se-á denominar de racional.

Caminha este texto para poder afirmar que existe no Brasil um processo legislativo com nuances de racionalidade tal que os resultados podem ser tomados por racionais.

---

<sup>171</sup> ALEXY. *Teoria Discursiva do Direito*, p. 83

## **9. AINDA À BUSCA DE UMA RACIONALIDADE NO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO**

No início deste trabalho fiz as seguintes afirmativas, resumidamente: a) das fases do processo legislativo que apontei, a institucional é a de maior relevância; b) as disposições constitucionais e regimentais satisfazem esta pretensão de correção/racionalidade; c) as regras do discurso prático são suficientes para fundamentar um discurso racional legislativo e d) as normas editadas em processo legislativo contribuem para a vigência de uma ordem normativa no estado de direito democrático.

Cumpra agora, encaminhando para uma conclusão, comprovar estas afirmativas.

### **9.1 Fase institucional do processo legislativo**

O processo legislativo que abordei ladeia nas suas extremidades outros dois momentos. O primeiro de formação social da vontade e o segundo de implementação social e jurisdicional aplicada dessas normas.

A primeira das fases não possui o grau de institucionalização em regras de forma rigorosa o suficiente para afirmar-se sequer institucionalizado. Não sendo institucionalizadas normas para o agir social, não se pode falar de forma límpida da existência de uma racionalidade como a que aqui se busca.

Foi dito que a pretensão de correção deve ser institucionalizada e institucionalizada a razão. Assim sendo, apenas sob aspectos sociológicos e antropológicos de abordagem da racionalidade é que se pode dizer existir alguma em sociedade no momento que antecede a propositura de um projeto de lei (norma).

Após a sanção da norma esta toma caminhos variados e funções diversas. Junto à sociedade fica à prova se será ou não seguida e comporá efetivamente o conjunto de normas que de fato hão de alterar a existência humana quanto ao seu agir obediente, ao dever-ser emanado do Estado. Noutra momento essas normas estão direcionadas ao Poder Judiciário. Caberá ao juiz ou grupo de juízes (Cortes) resolverem os conflitos das atitudes humanas relativamente às normas e dos conflitos das normas entre si.

Dessas duas dinâmicas, após este momento institucional, o legislador pode fazer os ajustes necessários às normas editadas e proporcionar uma adequação, regulamentação, reedição, fatos que mesmo alterada a norma originaria ainda há de vigorar, como até mesmo revendo seus conceitos, retirar de determinada norma sua eficácia, revogando-a.

## 9.2 Normatização racional para o processo legislativo

A existência de um procedimento institucionalizado através dos regimentos que se tomou por base e da Constituição permite afirmar que a racionalidade encontra-se institucionalizada, ao menos minimamente.

A existência de regras e procedimentos que determinam o tramitar (procedimento), para que dele se obtenha um resultado, é fator de primordial importância. Não se está diante de um Estado onde se editam normas ao arredo de uma mínima procedimentação. Um Estado assim se assemelharia ao Estado Despótico e normas carregadas de extrema injustiça poderiam ser editadas com maior frequência.

Importante ressaltar que o Estado Brasileiro, federativo e democrático possui regras capazes de conduzir um processo legislativo pautado em regras. Mesmo que estas regras sofram singelas alterações, elas existem e determinam ou não a fundamentação de uma determinada norma.

Como exemplo, as 1.242 páginas do documento onde constam todo o tramitar desde 2005 para a final redação do Código de Processo Civil<sup>172</sup>. E assim com toda a legislação Brasileira.

Diante de uma legislação no Brasil, ou seja, de uma norma emanada do Congresso Nacional é possível refazer todo o caminho percorrido, vale dizer, reproduzir todo o processo legislativo dedicado àquela determinada norma e verificar a existência (ou não) de racionalidade.

## 9.3 Regras do discurso prático e regras do discurso legislativo

As regras do discurso prático encontradas na obra de Alexy<sup>173</sup> foram apresentadas neste trabalho e à saciedade ficou demonstrado que as regras do discurso prático geral são encontradas nas regras que se denominaram de “regras do discurso prático”, que é fração do discurso jurídico.

---

<sup>172</sup> BRASIL. Projetos de Lei 6.025 de 2005 e 8.046 de 2010 e os demais 149 projetos apensos a estes dois.

<sup>173</sup> ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*.

O discurso jurídico no seu viés legislativo também é um caso especial do discurso prático geral. Este discurso, com suas regras, possibilita aferir a racionalidade do processo legislativo.

As regras do discurso prático geral são implementadoras e servem de base para a elaboração de regras próprias para as situações jurídicas necessárias a serem enfrentadas no caso especial do processo legislativo. Estando as regras do discurso legislativo fundamentadas nas regras do discurso prático geral, pode-se afirmar que tais regras (do legislativo) estão minimamente calcadas em regras racionais o suficiente para determinar-se a racionalidade pretendida de um processo legislativo.

Sem essas regras tratar-se-ia de sanção de leis e imposição de comportamento (dever-ser) de forma irracional com ampla margem de tangenciar a extrema injustiça.

#### **9.4 Normas racionalmente editadas para um judiciário à busca da racionalidade**

Não se pode exigir do poder judiciário agir de forma racional quando as normas que são ofertadas a este Poder Estatal estão viciadas pela irracionalidade. Das duas uma: ou o poder judiciário afronta o legislativo e não segue suas normas ou o judiciário aplica normas irracionais nas suas atividades.

De certo as normas declaradas inconstitucionais assim o são declaradas de forma justificada / fundamentada, mas a harmonia que é ‘princípio fundamental’ do Estado Brasileiro permite que tal fato aconteça.

Em sendo assim, a matriz geradora de argumentação no poder judiciário fica com bases sólidas o bastante para dizerem-se racionais suas fundamentações e seus argumentos utilizados.

Note-se, pois, que em se tratando de conflito entre normas ou princípios a ser debelado pelo poder judiciário, não se poderia admitir conflitar normas irracionais com normas racionalmente editadas em processo legislativo calcado em regras discursivas. Uma norma irracional não pode ser sopesada em eventual conflito. Norma assim viciada não pode ser considerada como inserida no sistema jurídico. Norma não oriunda de processo racional legislativo não pertence ao sistema jurídico. Por mais arcaico que seja a racionalidade de um processo legislativo (o que não é o caso do processo brasileiro) ele ainda será racional, mesmo que – repita-se – racional na menor medida possível. A ausência de regras faz com que o judiciário não possa sequer apreciar tal norma.



## 10 ÚLTIMA CONSIDERAÇÃO

Fatores sociais, políticos e de conjuntura partidária, conforme já foi dito aqui, não podem ser levados em consideração para aferir a racionalidade do processo legislativo brasileiro. Contudo, é fator do qual não se pode afastar de levar em consideração.

A aparente contradição é devida o fato de se ter tomado por fundamento aqui, só e tão somente, as regras do processo legislativo brasileiro encontradas naqueles regimentos. Mas os interlocutores são seres humanos passíveis das fragilidades da *áurea sacra famis*<sup>174</sup> que tanto perverte o comportamento humano. No Brasil encontra-se como corriqueiro nos noticiários jornalísticos fatos lastimáveis contando com a corrupção que pode levar toda a racionalidade de um procedimento legislativo à vala da ruína.

Um processo legislativo que procure estabelecer uma determinada norma e nele ocorre a influência de compra de votos parlamentares através de propinas financeiras, ajeitamentos políticos e ofertas de cargos administrativos não poderá ser tomado como racional.

A racionalidade não sobrevive à corrupção.

---

<sup>174</sup> sagrada fome do ouro

## 11 CONCLUSÃO

O processo legislativo brasileiro é racional. A afirmativa pode ser expressa pelo que foi demonstrado neste trabalho.

O que não se pode procurar fazer é mensurar graus de racionalidade e qualidade do nosso processo legislativo. Esta é uma árdua tarefa para os horizontes que vão se descortinar após as reflexões aqui iniciadas.

Demonstrou-se que a democracia representativa no Brasil é adequada o suficiente para estar incluída num sistema jurídico concebido conforme a definição de direito exposta por Alexy.

Nosso sistema jurídico também possui uma sistematização tal, que as regras discursivas encontradas, especialmente nos Regimentos Internos apresentados, são positivadas e institucionalizadas de forma que compreendem o mínimo satisfatório para a edição de normas racionalmente elaboradas num processo legislativo racional.

Esta sistematização de regras para o processo legislativo brasileiro obedece de forma minimamente suficiente às regras do discurso prático geral. E mais: as regras do discurso legislativo brasileiro podem ser tidas como incluídas no caso especial do discurso prático geral, qual seja, o discurso jurídico. No discurso jurídico a elaboração de leis, ou produção estatal do direito é componente do modelo procedimental exposto por Alexy.

A justificação da racionalidade das leis no Brasil pode se dar pela verificação da racionalidade do processo legislativo que as originou.

A correção na máxima medida possível do processo legislativo brasileiro pode ser obtida com a observância das regras colocadas ao legislador para a edição das normas que são de sua competência Constitucional.

Dáí poder-se concluir que o processo legislativo é um caso especial do discurso jurídico, que por sua vez é um caso especial do discurso prático geral.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso. Estudos para a filosofia do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010
- \_\_\_\_\_. **Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica.** Disponível em <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>> 1991
- \_\_\_\_\_. **Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional.** México: Distribuciones Fontamarcá. Disponível em < <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000004.htm>> 1993
- \_\_\_\_\_. **La Institucionalización de La Razón.** Espanha: Persona Y derecho, 43(2000): 217-249 disponível em <<http://dspace.unav.es/dspace/handle/10171/14155>> 2000
- \_\_\_\_\_. **La institucionalización de La Justicia.** Granada: Editoria Comares, 2010
- \_\_\_\_\_. **Conceito e Validade do Direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011a
- \_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Discursivo.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012
- \_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013
- \_\_\_\_\_. **Teoria Discursiva do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2014a
- \_\_\_\_\_. **Princípios Formais.** Rio de Janeiro: Forense, 2014b
- ATIENZA, Manuel. **Contribución a uma Teoria de La Legislación.** Madrid: Editorial Civitas, 1997
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo Legislativo e democracia: parlamento, esfera pública e jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BERNARDI, Jorge. **O Processo Legislativo Brasileiro.** Curitiba: Ibplex, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da república Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal. 2014
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do Art. 14 da Constituição Federal.** Diário Oficial da União. Brasília, 19 de novembro de 1998. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm)> Acesso em 14 de junho de 2014.

\_\_\_\_\_. Projeto de lei 6.025 de 2005 e 8.046 de 2010, institui o Código de Processo Civil disponível em [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.senado.gov.br%2Fatividade%2Fmaterias%2FgetPDF.asp%3Ft%3D84496&ei=JRu0VKrdAoGPgwTYu4CICA&usg=AFQjCNEj2VfzqsR7Jbumy\\_ZzTRgc790qsA&sig2=-CE5fk9i-IG\\_e6\\_W0aWNgg&bvm=bv.83339334,d.eXY](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.senado.gov.br%2Fatividade%2Fmaterias%2FgetPDF.asp%3Ft%3D84496&ei=JRu0VKrdAoGPgwTYu4CICA&usg=AFQjCNEj2VfzqsR7Jbumy_ZzTRgc790qsA&sig2=-CE5fk9i-IG_e6_W0aWNgg&bvm=bv.83339334,d.eXY) acesso em 12 de janeiro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados: Ato da Mesa nº 71 de 2005.** 9ª ed. Brasília: Edições Câmara, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Regimento Interno: Resolução nº 93, de 1970.** Brasília: Senado Federal, 2011b.

\_\_\_\_\_. **Regimento Comum: Resolução nº 1, de 1970.** Brasília: Congresso Nacional, 2011c.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da constituição federal e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.** Diário Oficial da União. Brasília, 27 de fevereiro de 1998. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm) Acesso em 23 de junho de 2014.

\_\_\_\_\_. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1998** [recurso eletrônico]. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da internet.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo.** 15ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

DAHL, Robert A.. **A Democracia e seus Críticos.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: O fundamento místico da autoridade**. 2ª ed. São Paulo WMF Martins Fontes, 2010

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

FERREIRA, Jair Francelino. **A Lei Complementar nº 95/1998 e a técnica de Alteração das Leis**. Brasília, e-Legis nº 5 p. 6-19 2º Semestre 2010

GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito: Kant e Kelsen**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Vol I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003-a.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Vol II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003-b.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo. Racionalidade da Ação e Racionalização Social**. Vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2012a

\_\_\_\_\_. **Teoria do Agir Comunicativo. Sobre a crítica da razão funcionalista**. Vol. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2012b

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Fabris. 1986

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MAFFESOLI, Michel. **Notas sobre a pós-modernidade. O lugar faz o elo.** Rio de Janeiro: Atlântica, 2004

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1997