



DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL, CASO APAGÃO E ALEXY

JUDICIAL DISCRETION, BLACKOUT CASE AND ALEXY

DISCRICIONARIEDAD JUDICIAL, CASO APAGON Y ALEXY

Tiago Santos*

Resumo: A questão norteadora do presente trabalho foi constatar quais são os limites da discricionariedade judicial. Com o objetivo geral de respondê-la, ainda que parcialmente, circunscreveu-se o artigo ao referencial teórico Robert Alexy. Posteriormente, checkou-se a aplicação da sua teoria discursiva em um dos mais relevantes julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF), no qual suas ideias fundamentaram a decisão. Como resultados e conclusão, observou-se que sua teoria foi apenas parcialmente obedecida, porquanto houve omissões de diversos critérios que, caso utilizados integralmente, restringiriam a discricionariedade judicial, a exemplo, da aplicação incompleta dos postulados parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade, assim como, de regras do discurso que exigem a contra-argumentação. A metodologia adotada foi a qualitativa com análise de doutrina, tal qual, de sua aplicação ao caso concreto.

Palavras-chaves: Princípios; discricionariedade; Robert Alexy.

Abstract: The main question was analyzing what the boundaries of judicial discretion. For answering it, although partially, the essay was limited by Alexy's Non-Positivism as theoretical framework. Then we checked this enforcing on an important Brazilian judicial case on which the Supreme Federal Court marked this theory. As result and conclusion, it was observed that the theory. As result and conclusion, it was observed that the theory was only partially followed, for example, the partial postulates of adequacy, necessity and proportionality wasn't argued correctly and the ministers didn't rebated all arguments brought in against. The adopted methodology was qualitative with doctrine analysis, as well as investigation on its strict application to the concrete case.

Keywords: Principles; discretion; Robert Alexy.

Resumen: La cuestión orientadora del presente trabajo fue constatar cuáles son los límites de la discrecionalidad judicial. Con el objetivo general de responderla, aunque parcialmente, se circunscribió el artículo al referencial teórico Robert Alexy. Posteriormente, se verificó la aplicación de su teoría discursiva en uno de los más relevantes juicios del Supremo Tribunal Federal (STF), en el que sus ideas fundamentaron

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) (santosftiago@hotmail.com).

la decisión. Como resultados y conclusión, se observó que su teoría sólo fue parcialmente obedecida, porque hubo omisiones de diversos criterios que, si se utilizan íntegramente, restringirían la discrecionalidad judicial, a ejemplo, de la aplicación incompleta de los postulados parciales de la adecuación, necesidad y proporcionalidad, así como como, de reglas del discurso que exigen la contra-argumentación. La metodología adoptada fue la cualitativa con análisis de doctrina, tal cual, de su aplicación al caso concreto.

Palabras claves: Principios; discreción; Robert Alexy.

1 Introdução

Este trabalho objetivou o estudo acerca dos limites à discrecionalidade judicial na teoria discursiva do direito de Robert Alexy, muito aplicada em diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF). A questão norteadora, entretanto, foi mais ampla, porquanto não se restringia a um único teórico. Obviamente, essa restrição não se deveu ao referido jurista ser o único relevante no cenário internacional. Decorreu destes três motivos: primeiro, por ser uma exigência do conhecimento científico a sua verticalidade, versando sobre objetos específicos; segundo, pela limitação de tempo e número de páginas desejadas num estudo desta natureza, qual seja, compartilhamento por meio de artigos de resultados de pesquisa científica concluídas; terceiro, pela importância da sua teoria, muito utilizada inclusive no Brasil.

Inclusive, mesmo alguns assuntos importantes da teoria dele, desde que não essenciais para realização dos objetivos do presente trabalho, não foram abordados. Assim, para aprofundamento de sua ideia para aplicá-las em questões específicas, é interessante a leitura dos livros referenciados, os quais poderão ser lidos para possibilitar o domínio completo do assunto.

Fixou-se, assim, por causa da delimitação do tema acima indicado, o objetivo geral de desvelar os limites da discrecionalidade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy de forma não exaustiva, o qual, para ser atingido, foi seguido dos seguintes objetivos parciais: primeiro, análise acerca do seu conceito de direito, o qual aproxima-o da moral; segundo, estudo do discurso jurídico enquanto um caso especial do discurso prático geral; terceiro, pesquisa acerca dos princípios jurídicos; quarto, estudo de caso para conferir a aplicabilidade prática da teoria nos seus pontos decisivos.

O trabalho teve a finalidade, portanto, de compreender os limites à discrecionalidade do juiz trazidos na teoria de Alexy, conferindo a aplicação de seus procedimentos na fundamentação dos votos em julgado do STF, demonstrando igualmente caráter pragmático do estudo.

Essa pesquisa é importante para a ciência jurídica porque alguns doutrinadores demonstram dificuldade em compreender, por exemplo, seu conceito de princípio, o qual não engloba as máximas da proporcionalidade em sentido amplo, da adequação, da necessidade ou da proporcionalidade em sentido estrito, porquanto essas não são mandamentos de otimização. Ademais, é relevante para os aplicadores porque ministros do STF adotaram a sua teoria em

diversos julgados, aplicando-a inclusive de forma equivocada ou incompleta, como se verá no decorrer do texto e na conclusão. Ainda é socialmente importante por envolver a temática dos princípios e direitos fundamentais que irradiam pelos mais diversos ramos e institutos do direito, havendo quem denuncie que houve uma “hiperconstitucionalização do sistema jurídico” (ALEXY, 2014a, p. 3), que passou de um “estado parlamentar legislativo para um estado constitucional jurisdicional” (ALEXY, 2014a, p. 3). Por fim, é pessoalmente importante porque o presente autor possui estudos sobre princípios desde os primeiros semestres da graduação.

A revisão de leitura realizada para a pesquisa consistiu principalmente em quatro livros, todos de autoria de Robert Alexy. O “Teoria Discursiva do Direito” colaborou com a compreensão dos diversos institutos do jurista alemão, possuindo uma característica horizontal, por consistir numa coletânea de artigos e entrevistas e, assim, presente em todos os tópicos. Os outros três influenciaram cada um deles uma das partes da presente pesquisa, sendo possível formar um sumário a partir da bibliografia.

O segundo tópico, referente ao conceito de direito, fundamentou-se principalmente no livro “Conceito e Validade do Direito”. Já “Teoria da Argumentação Jurídica” determinou o entendimento das principais condicionantes impostas à linguagem jurídica por entendê-la enquanto um caso especial do discurso prático geral, assunto abordado no terceiro ponto, quando foram selecionadas as principais regras da argumentação. Por sua vez, “Teoria dos Direitos Fundamentais” impôs a moldura da teoria dos princípios, diferenciando-os das regras e explicando o modo distinto de aplicá-los, o que foi analisado no quarto momento; neste, a fórmula do peso foi apresentada na versão simples, não completa, por satisfazer as necessidades do caso analisado no último tópico.

Para fins de aprofundamento sobre uma adaptação da referida fórmula para alguns casos excepcionais, sugere-se a leitura do livro Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito, quando Alexy expõe uma estrutura mais refinada até mesmo que a chamada “fórmula do peso completa”, não tratada no presente artigo, porquanto foi suficiente tratar da “fórmula do peso simples”. Afinal, as outras versões apenas são utilizadas quando casos incomuns o exigirem, demandando, por isso, uma análise aprofundada em artigos específicos ou leitura de toda a obra do autor em referência.

Por fim, após a compreensão da teoria discursiva do direito, verificou-se, no quinto tópico, a aplicação do procedimento de Alexy na fundamentação de votos em julgamentos do STF, momento que consiste na análise de caso, não em uma pesquisa bibliográfica. Assim, observou-se haver incompletudes ou equívocos, sugerindo a realização de estudos similares com outros objetos (digam-se julgados diversos, principalmente, situações específicas que demandem estudo de trechos de sua teoria não abordadas no presente artigo, a exemplo da versão refinada da fórmula do peso completa ou regras do discurso não discutidas aqui) ou com outros autores (por exemplo, Dworkin).

2 Conceito de Direito para Alexy

O conceito de direito de Robert Alexy (2009, p. 3-5) não nega os elementos defendidos pelo positivismo jurídico. Assim, mantém a exigência de um ordenamento jurídico e sua eficácia social. Entretanto, realiza sua aproximação da moral pela inclusão da pretensão de correção. Propõe, nesses termos, uma tese não positivista ou anti-positivista. Sobre isso, importante observar que esse jurista talvez até mesmo desconheça a expressão pós-positivismo predominante no Brasil, corrente na qual a maioria dos doutrinadores brasileiros considera que ele está relacionado ou enquadrado, a exemplo de Ricardo Maurício Freire Soares (2013, p. 12).

Embora com termos bem diversos, pode-se afirmar que há uma proximidade de Alexy com o conceito de direito cunhado por Miguel Reale (2002, p. 102-104) na sua teoria tridimensional do direito que propõe a união entre fato (eficácia social), valor (pretensão de correção) e norma (ordenamento jurídico).

Uma ressalva há de ser feita, contudo, acerca da aproximação entre direito e moral em Alexy em confronto com algumas versões da corrente intitulada no Brasil de pós-positivismo jurídico, para evitar equívocos. Consoante dizeres do próprio, “não se trata da tese principal, que os julgamentos de valor devem ser concebidos como julgamentos morais, mas só da tese muito mais fraca de que eles são moralmente relevantes” (ALEXY, 2001, p. 21). Deve-se, portanto, afastar leituras que pretendam utilizar dele com a finalidade de o próprio juiz, baseado nos seus valores morais, decidir de maneira solipsista. Inclusive, essa distinção entre a tese de vinculação forte e fraca sustenta, ao longo de sua obra, toda a fundamentação que afasta as críticas realizadas a sua teoria não positivista.

Portanto, o magistrado que cita Alexy para justificar uma aproximação relacionada à tese de vinculação forte entre direito e moral incorre em grave erro, porquanto ele próprio (ALEXY, 2009, p. 62-68) já alertou que tal conduta impõe grande discrecionalidade, gera insegurança jurídica, viola direitos fundamentais e torna a tensão com os princípios da democracia e do estado de direito muito intensa. Ademais, considerou expressamente que “nenhum não positivista que se preze defende tais pontos de vista” (ALEXY, 2009, p. 63).

Mas afinal como seria isso? Inicialmente, há de situá-lo historicamente para entender essa concepção não positivista da tese de vinculação fraca entre a moral e o direito. O Tribunal Constitucional Federal alemão, jurisprudência em que Robert Alexy muito se baseou para elaborar seus livros, deparou-se, após a 2ª Guerra Mundial, com um ordenamento jurídico anterior nazista.

Ora, não é mediante a mera elaboração de uma Constituição democrática que se elimina as consequências perversas de um regime totalitário que marcou a história pelo genocídio de diversas parcelas significativas da humanidade, destaque para os judeus. Por exemplo, a nacionalidade alemã deles foi retirada pelo nazismo (ALEXY, 2009, p. 7-9). Admitir a validade

de tais atos suprimiria direitos inclusive de pessoas já falecidas e de seus descendentes. Uma injustiça extrema fundamentaria tal decisão, pois. A pergunta que se faz é se isso é direito.

Outro exemplo, qual solução poderia ser conferida a pessoas que praticaram homicídios resguardados por causas excludentes de ilicitudes extremamente injustas, a exemplo de servir ao líder ou eliminar raças inferiores? Praticaram os mais injustos crimes concebidos pela história sob o manto da legalidade e ficarão absolutamente sem punição?

A partir dessas questões, Robert Alexy (2009, p. 48, 58 e 64) adotou a fórmula de Radbruch que consiste numa ponderação entre a justiça e a segurança jurídica. Assim, admite direito injusto até o limite da injustiça extrema, quando a moral deixaria de ser uma questão individual e passaria a ser racionalmente demonstrável, admitindo que até mesmo o direito penal, ainda que de uma forma específica e mais restrita, pode servir-se desse raciocínio. Portanto, há de se entender que o recurso à moral para expressamente não aplicar as normas jurídicas válidas resume-se a casos pontuais na sua teoria, especialmente condutas direcionadas à eliminação de minorias.

Há, assim, outra limitação importante ao aplicador. Ele deve seguir o direito, utilizando inclusive de princípios que *per si* já são considerados uma aproximação entre direito e moral. Nesse sentido, é importante mencionar que a sua análise principiológica é inserida no discurso jurídico com a importante função de restringir a discricionariedade do magistrado em casos duvidosos, porquanto Kelsen com a moldura aberta e Hart com a textura aberta, representantes maiores do positivismo jurídico, estabeleciam a liberdade do aplicador que se utilizaria de elementos extrajurídicos diante desses casos. Diversamente, Alexy considera melhor incorporar ao direito os princípios e outros argumentos que outrora não lhe pertenciam. Para melhor elucidar, seguem seus dizeres:

o argumento dos princípios diz que o juiz também está legalmente vinculado no âmbito da abertura do direito positivo, ou seja, do direito estabelecido e eficaz, e isso de uma maneira cria uma vinculação necessária entre direito e moral. (ALEXY, 2009, p. 84)

Deve-se, assim, agir de maneira prudente. Nem tudo é alvo de ponderação. Afinal, como se verá mais adiante, há também regras fundamentais que são comandos definitivos. Ademais, apenas desse modo, na busca por uma tese de vinculação fraca entre direito e moral, que conduz à usual obediência do aplicador às determinações do Poder Constituinte, especialmente quando não sejam duvidosos os enunciados normativos, pode o aplicador adotar a teoria de Alexy, respeitando a democracia e a separação de poderes.

Outra questão importante acerca do conceito de direito é o papel dos fatos sociais, representados pela prática social reiterada de determinadas condutas. Afinal, não integram seu conceito de direito apenas o ordenamento jurídico válido com a pretensão de correção e a vedação à injustiça extrema, mas também a eficácia social mínima das normas.

Essa situação é interessante porque, embora esteja inserido num contexto romano-

germânico, extrai inclusive de Hans Kelsen a necessidade de as normas jurídicas terem ao menos um mínimo de eficácia social. Assim, poder-se-ia dizer que podem ser bem pouco aplicadas, mas precisam ter alguma prática social ou ao menos possibilidade de aplicação. Admite, portanto, a revogação delas pelos costumes. Entretanto, assim como a moral, tal situação apenas acontece em uma situação-limite.

Feitas essas considerações preliminares, é possível transcrever-se a definição de direito para Robert Alexy sem maiores problemas e questionamentos. Assim, segue:

O direito é um sistema normativo que formula uma pretensão à correção, 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 ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção. (ALEXY, 2009, p. 151)

Por fim, observa-se que para Robert Alexy há uma hierarquia entre os elementos de seu conceito. Enquanto Miguel Reale preferia a expressão fato, valor e norma, o jurista alemão, caso usasse tal terminologia, ordenaria da seguinte forma: norma, fato e valor. Afinal, ele considera “um conceito adequado de direito quando três elementos são relacionados: o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção material [...] numa relação ordenada e escalonada” (ALEXY, 2009, p. 110).

Assim, dúvidas não restam que tal análise acerca do conceito de direito para Alexy imputa diversas limitações jurídicas ao magistrado. Primeira, as decisões devem possuir pretensão de correção, diga-se, de que é a decisão correta, justa. Segunda, precisa observar as normas jurídicas emanadas dos poderes democraticamente eleitos, especialmente a Constituição. Terceira, as normas precisam ter ao menos um mínimo de eficácia social para serem aplicadas. Quarta, em casos extremos, pode-se desconsiderar as normas instituídas inclusive pelo Constituinte, se forem extremamente injustas. Quinta, em casos duvidosos, o magistrado não recorre exclusivamente a sua moral, mas sim aos princípios e outros argumentos jurídicos.

3 Discurso Jurídico como Caso Especial do Discurso Prático Geral

Para Alexy, há diversos elementos e conseqüentemente condicionantes do discurso jurídico que podem ser extraídos não de um método específico da ciência jurídica, mas sim de exigências que são feitas aos discursos práticos em geral. Afinal, o “discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral” (ALEXY, 2001, p. 26). Essas regras da argumentação estão principalmente previstas no livro da Teoria da Argumentação Jurídica.

Ressalta-se, não é um caso geral, mas sim especial, em decorrência de uma “série de condições limitadoras” decorrentes da “ligação com a lei, a consideração pelos precedentes, a inclusão da dogmática usada pela ciência do Direito [...]” (ALEXY, 2001, p. 27).

Assim, com o escopo de analisar quais respostas podem ser racionalmente justificáveis diante de o discurso jurídico ser um caso especial do discurso prático em geral que estabelece diversas condições e limitações à argumentação jurídica, Alexy (2001, p. 27) realizou estudos sobre diversas teorias, chegando a uma “teoria geral do discurso prático racional [...]”, cujo “cerne [...] é composto de cinco grupos contendo um total de vinte e duas regras explicitamente formuladas [...]”.

O objetivo do presente tópico, consoante doutrina de Robert Alexy (2001, p. 27), é expor essas regras que funcionam “semelhante a um código da razão prática”, que não confirmam o resultado dos argumentos em todas situações. Porém, eliminam alguns (como discursivamente impossíveis), além de estabelecer a validade de outros discursivamente necessários. Pode-se dizer, portanto, com acerto que não haverá sempre uma única resposta possível, mas seguramente diversas não serão corretas, limitando, assim, a discricionariedade do intérprete do Direito, inclusive juiz.

O primeiro grupo possui as quatro regras básicas do discurso em geral. Sem a sua existência, sequer seria possível admitir a possibilidade de limites linguísticos. Inicialmente foi defendido por Alexy (2001, p. 187) que “nenhum orador pode se contradizer”. Posteriormente, “todo orador apenas pode afirmar aquilo que crê”. Em seguida, “todo orador que aplique um predicado F a um objeto a , tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a a em todos os aspectos importantes”. Por fim, “diferentes oradores não podem usar a mesma expressão com diferentes significados”.

Diversos deveres surgem para os magistrados da enunciação e aceitação dessas regras enquanto necessárias para um discurso jurídico prático que possua pretensão de correção. Talvez, inclusive, com conclusões idênticas obtidas de enunciados diversos. Por exemplo, a última afirmação pode ser compreendida como derivação da primeira.

Afinal, se em um processo de certo número o juiz dadas as condições A decidiu que as consequências jurídicas seriam F , então em outro processo que verse sobre fatos idênticos no que há de relevante, deve-se adotar a mesma solução em nome da vedação à contradição. Obviamente, não há dois casos idênticos no mundo, mas o intérprete, em cada caso, destaca as circunstâncias importantes, justificando, assim, a incidência de consequências iguais ou diferentes. Noutra giro, se o agente emissor da verdade é o mesmo e ele tem o dever de afirmar aquilo que crê, então a menos que a pessoa seja extremamente volátil com sua concepção sobre o que é verdadeiro, situação improvável, a contradição estaria evitada.

Vejam que essas regras interpretadas restritivamente levam a limitações individuais, mas já fixam condições para a racionalidade do discurso jurídico mesmo nessa interpretação restrita. Imagine se for entendido que o orador é o órgão, não o juiz individualmente. Assim, por exemplo, era de se esperar, no mínimo, que os desembargadores e ministros vinculados a determinados tribunais fossem também vinculados aos precedentes que deles extraem, a menos que houvesse

um esforço argumentativo extremo para justificar a diferença de casos concretos ou a alteração de entendimento. Essa, entretanto, ainda não é uma interpretação que confere repercussão máxima a essas regras, mas apenas mediana.

Imagine que não apenas os órgãos devem ser tomados como oradores do direito, mas sim o ordenamento jurídico como um todo devido a sua unidade. Assim, encontram-se condições limitadoras da racionalidade bem mais intensas.

Ora, veja. Em matéria constitucional, o STF decide em última instância. Portanto, seus pronunciamentos, ainda que não vinculantes aos demais aplicadores, devem ter a nota da verdade. Em matéria de lei federal, posição similar possui o Superior Tribunal de Justiça (STJ), tal qual o Tribunal Superior do Trabalho (TST) em assuntos trabalhistas. Serve tal distribuição a todos os temas, consoante quem deve ser o órgão uniformizador do entendimento.

Apenas assim se garante a máxima aplicabilidade das quatro regras básicas que foram tomadas enquanto condições necessárias para quaisquer discursos linguísticos. Portanto, no mínimo, a força persuasiva dos precedentes judiciais decorre delas, afora a vinculação horizontal. Numa perspectiva um pouco mais ousada, poder-se-ia dizer na presunção relativa de força vinculante dos precedentes judiciais emitidos pelos órgãos incumbidos de uniformização do direito em certa matéria. Em última instância, a qual deve ser afastada devido à necessidade de alguma flexibilidade mínima, pode-se dizer em presunção absoluta da força vinculante do precedente. Obviamente, tais afirmações pressupõem que sejam mantidas as mesmas condições jurídicas (validade das mesmas normas constitucionais e legais) e fáticas (mesmas condições factuais relevantes).

O próximo grupo a ser analisado consiste nas regras da razão e refere-se às condições ideais do discurso, tendo sofrido influência direta da teoria de Habermas. Desse modo, Robert Alexy (2013, p. 191) afirma que todo “falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”, sendo essa a “regra geral da fundamentação”. Dela, decorrem as demais neste rol inseridas. Assim, primeiramente, quem “pode falar pode tomar parte no discurso”. Já o segundo subgrupo de regras decorrentes pode ser assim enumerado: a) todos “podem problematizar qualquer asserção”; b) todos “podem introduzir qualquer asserção no discurso”; c) todos “podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades”. Por fim, a “nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados [...], mediante coerção interna e externa ao discurso”.

Embora não seja possível atingir a perfeição referente a esse grupo de regras, deve-se buscar segui-las ao máximo por meio dos procedimentos e processos. Infelizmente, o tecnicismo domina a ciência jurídica, servindo-se muitas vezes da forma como um fim em si mesmo, não com a finalidade de assegurar que as condições ideais do discurso sejam atingidas. De qualquer modo, há de se considerar que circunstâncias fáticas impedem que elas sejam seguidas sem restrição, senão nunca haveria preclusão e sempre todas as partes poderiam questionar toda a

matéria.

No terceiro grupo, são quatro as regras sobre a carga de argumentação. A primeira delas está relacionada com um princípio que assume diversas formas, a saber: isonomia, igualdade ou igual respeito e consideração. Assim, quem “pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo” (ALEXY, 2013, p. 194).

A segunda e quarta regras desse grupo estão relacionadas ao dever de justificar a inserção de certos argumentos no discurso. Desse modo, quem “ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso” (ALEXY, 2013, p. 191), assim como, aquele que “introduz uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação” (ALEXY, 2013, p. 195).

Por fim, quem “aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos” (ALEXY, 2013, p. 195), encerrando as referentes à carga da argumentação.

O quarto grupo, referente às regras de fundamentação, é o mais complexo, tendo sido subdividido em outros três. Dentre as decorrentes de variantes do princípio de generalidade, há de se destacar que quem “afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas” (ALEXY, 2013, p. 200), além de que as “consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos” (ALEXY, 2013, p. 201) e que “toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral” (ALEXY, 2013, p. 201). O maior problema é a segunda regra desse subgrupo. Sinceramente, trata-se de uma idealização apenas possível e cumprimento no mundo platônico das ideias. Quase nunca será possível obter a unanimidade de aprovação sobre nenhum assunto no mundo real.

O segundo subgrupo é determinado pelas regras relacionadas aos argumentos genéticos, ou seja, as “regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica” (ALEXY, 2013, p. 202). Afora isso, as “regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual” (ALEXY, 2013, p. 202). A maior crítica que se pode fazer a elas é que podem servir às mais diversas concepções. Afinal, a história denota uma pluralidade.

O quinto e último grupo de regras consiste nas chamadas regras de transição, as quais existem porque as regras do discurso prático em geral são limitadas e incapazes de resolver quaisquer demandas, possuindo utilidade, entretanto, quando em interação com outras. Assim, reconhece-se a possibilidade de qualquer falante em qualquer momento poder passar a um discurso diverso, justificando, assim, o seu nome de regra de transição.

Consoante visto, todas as regras do discurso trazidas por Robert Alexy impõem algumas

condições e limites ao discurso jurídico, umas mais, outras menos. Assim, embora não sejam taxativas nas soluções, o que se quer se propuseram, servem como norte para a busca da solução correta ou, ao menos, de uma das soluções possíveis.

4 Direitos Fundamentais, Teoria dos Princípios e Máxima Da Proporcionalidade

O primeiro conceito que há de ser abordado neste tópico é o de direitos fundamentais, tarefa das mais complexas. Na doutrina, quatro correntes são apresentadas. Primeira, formal consistente em serem fundamentais as normas expressas nos enunciados normativos constitucionais (ALEXY, 2008, p. 65), corrente baseada em Hans Kelsen (2006, p. 247). Segunda, material consistente em serem fundamentais as decisões políticas fundamentais do Estado e da sociedade, com respaldo em Carl Schmitt, limitando-os aos direitos individuais de liberdade (ALEXY, 2008, p. 66/67). Ainda, há uma classificação estrutural, na qual são apenas direitos fundamentais os que geram direitos subjetivos (ALEXY, 2008, p. 66/67). Por fim, híbrida, porquanto considera fundamentais tanto os direitos formalmente designados na Constituição, quanto os direitos individuais constitucionalmente expressos, assim como, outros eventualmente decorrente, adotada por Alexy e Ingo Sarlet.

Alexy critica uma definição formal, mas também refutou expressamente uma concepção estrutural ou material fundamentada no pensamento de Carl Schmitt. Filia-se, assim, à concepção híbrida por adotar que os direitos fundamentais são os expressamente designados pela Constituição, assim como outros relacionados.

Essa observação é adequada à realidade brasileira, especialmente em decorrência da chamada cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais constante no artigo 5º, parágrafo segundo, da Constituição Federal (CF), o qual inclusive está situado no Título II – Direitos e Garantias Fundamentais. Para melhor ilustrar, segue transcrição de trecho da CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, são direitos e garantias fundamentais tanto os expressamente designados quanto os decorrentes.

Feito esse comentário sobre qual a adequada noção de fundamentalidade numa visão baseada em Alexy, observa-se que há principalmente “duas construções [...] distintas de direitos fundamentais: a construção em regras e a construção em princípios” (ALEXY, 2014, p. 184). Diferenciá-las é de suma importância porque “representam ideias opostas das quais depende a solução de quase todos os problemas da dogmática geral dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2014, p. 184).

A distinção, em síntese, consiste em regras serem comandos definitivos e terem seus conflitos resolvidos no plano da (in)validade ou constituição de uma cláusula de exceção, preponderando a lógica básica da subsunção. Noutro giro, os princípios constituem comandos de

otimização, exigindo a ponderação para solução de suas colisões (ALEXY, 2014, p. 185).

Alexy (2014, p. 186/188) foi inicialmente contrário à construção dos direitos fundamentais em regras, defendendo-a em princípios por diversos motivos. Primeiramente, ele destaca que a subsunção pode adquirir um caráter complexo e indeterminado igualmente ou até mesmo mais que a ponderação, motivo pelo qual não haveria necessidade de afastá-la (ALEXY, 2014, p. 186/187). Em seguida, aborda a problemática acerca da reserva de lei, quando o Constituinte estatuiria nos enunciados normativos a possibilidade de restrição por lei a regras fundamentais, o que significaria o esvaziamento de sua força normativa vinculante no que se refere ao legislador, situação demasiadamente indesejável. Além desse inconveniente para as regras fundamentais com reservas, caso se adote o modelo das regras sem reservas, como seriam resolvidas colisões entre o direito à investigação científica e a vida? Impossível sem ponderação, a qual exige o caráter principiológico. Assim, o “postulado da interpretação sistemática arruína [...] o modelo de regras” (ALEXY, 2014, p. 188).

Deveria prevalecer, portanto, o modelo de construção de direitos fundamentais em princípios, o qual “procura solucionar esse e inúmeros outros problemas da dogmática dos direitos fundamentais tratando os direitos fundamentais como [...] comandos de otimização” (ALEXY, 2014, p. 188).

Entretanto, em Teoria dos Direitos Fundamentais, ele diverge um pouco de sua noção inicial, sendo necessário algum esforço de interpretação para conciliar as duas afirmações. Lá Alexy (2008, p. 102) afirma inequivocamente a existência de regras fundamentais estabelecidas diretamente da Constituição, assim como, regras fundamentais atribuídas, todas integrantes da categoria de direitos fundamentais.

A conciliação, entretanto, não é difícil, denotando apenas aparente contradição. Embora Alexy defenda que os direitos fundamentais sejam construídos apenas enquanto princípios, ele adota um conceito que reconhece elementos tanto formais quanto materiais para a nota da fundamentalidade das normas, considerando e dando alta relevância para os enunciados normativos optados pelo Legislador. Assim, por exemplo, na realidade brasileira, há diversas regras fundamentais decorrentes diretamente da Constituição, destaque para as garantias fundamentais, não por opções doutrinárias, mas sim do Poder Constituinte. Portanto, o “modelo puro de princípios foi rejeitado porque ele não leva a sério as regulações adotadas pela Constituição” (ALEXY, 2008, p. 135).

Noutro giro, a existência das regras fundamentais decorrentes da ponderação de princípios fundamentais é inevitável na sua doutrina (ALEXY, 2008, p. 102), motivo pelo qual certamente a análise acerca das vantagens da construção do ordenamento jurídico fundamental em princípios apenas pode ser entendido enquanto aquele que seria diretamente decorrente da Constituição, não dos atribuídos.

Tais observações realizadas por Alexy sobre a Constituição alemã estão em plena

conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que há normas de direito fundamental tanto sob a modalidade de regras quanto de princípios no âmbito da Constituição de 1988.

Sobre princípios, no mínimo três utilizações diversas devem ser reconhecidas na sua doutrina. A primeira consiste em princípios opostos serem mencionados, por exemplo, na Constituição, ensejando ponderação; a segunda refere-se à incorporação ao direito de princípios e outros argumentos, inclusive morais, para solução de casos duvidosos situados na textura aberta ou moldura; a terceira consubstancia-se na sua principal distância do positivismo jurídico, por permitir “a supressão do caráter jurídico em casos de injustiça extrema” (ALEXY, 2014, p. 342) em nome do princípio da justiça material, ainda que tal aconteça “somente” (ALEXY, 2014, p. 342) em casos excepcionais. Afinal, há de ser dada relevância também ao princípio estruturante da democracia, assim como, à segurança jurídica, não apenas à justiça e correção, consoante já discorrido, inclusive, no segundo tópico, quando se comentou o conceito de direito dele.

Após constatado isso, alguns conceitos são fundamentais para correta compreensão de Alexy e serão analisados nos parágrafos seguintes. O primeiro deles consiste na “lei de colisão”, que se seguirá pela análise da “máxima da proporcionalidade em sentido amplo”, a qual inclui a “otimalidade de Pareto”, verificada por meio das “máximas parciais da adequação e necessidade”. Ademais, analisar-se-á o “postulado de paridade”, vinculado à “lei de ponderação” e à “fórmula de peso”, objeto da terceira máxima parcial, a saber, “máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito”.

Sem a correta compreensão de todos os conceitos não é possível aplicar corretamente a teoria de Alexy, porquanto se pode imaginar que não há limites à discricionariedade do juiz ao definir se prepondera, por exemplo, a proteção ao meio ambiente ou a livre iniciativa em determinado caso concreto.

A “lei da colisão” consiste num esquema lógico representado por $(P1 \text{ P } P2) C \rightarrow R$, quando o P1 (primeiro princípio) preferir a P2 (segundo princípio), ou seja, prevalecerão as consequências de P1. Noutro giro, $(P2 \text{ P } P1) C \rightarrow R$ significará a precedência de P2, incidindo as suas consequências. Assim, R são as consequências jurídicas para C, que são as condições de precedência. P1 é a representação do primeiro princípio que poderá ter P, preferência, a P2, segundo princípio.

Desse modo, sempre que houver de ponderar os referidos princípios P1 e P2 numa situação fática C, a consequência necessária será R. Em outros termos, a cada decisão da Corte Constitucional, há uma fixação de uma regra por meio de precedentes a qual possui força vinculante, ainda que relativa, diante dos julgamentos vindouros, especialmente por poderem ser consideradas normas indiretamente de direito fundamental (ALEXY, 2008, p. 69/76).

Aqui se vê a primeira ressalva que há de ser feita acerca de limitações claras à discricionariedade. As regras, os precedentes e as doutrinas não devem ser desconsiderados para

permitir solipsismos, ao contrário, possuem força, a princípio, vinculante. Para afastar sua incidência, deve haver um grande esforço argumentativo demonstrando que os princípios que os sustentam não prevalecem diante de outro princípio.

Explica-se melhor. Toda regra imposta pelo Poder Legislativo já vem fundamentada no princípio estruturante da democracia e no princípio da segurança jurídica. Assim, de começo, deve ser seguida a não ser que haja argumentação demonstrando mediante ponderação que, em determinadas condições, outro princípio possui maior peso, exigindo outras consequências.

Situação similar acontece com o precedente que instituiu determinada regra. Ele passa a ser, a princípio, obrigatório em decorrência da necessidade de observar os princípios da igualdade e da segurança jurídica. Para que deixe de incidir, precisa haver demonstração pela ponderação de que outro princípio possui peso maior, o que enseja argumentação. Portanto, a consequência jurídica decorrente da “lei da colisão” deve ser seguida em casos vindouros a menos que se demonstre um peso maior de outros princípios.

Sobre a “máxima da proporcionalidade em sentido amplo”, é importante destacar que ela envolve dois momentos. O primeiro consiste na “otimalidade de Pareto”, cumprida pelas máximas parciais da adequação e necessidade, por referirem-se a circunstâncias fáticas. A seguir, observar-se-á a “máxima da proporcionalidade em sentido estrito”, que tem por objeto, entre outros, a ponderação determinada pela “fórmula do peso” ou pela “lei da paridade”.

Enquanto a máxima parcial da adequação refere-se à possibilidade fática de a medida questionada atingir os fins previstos, a da necessidade busca determinar se há outros meios menos danosos aos direitos fundamentais contrapostos. Afinal, não se justifica uma medida caso seja ela incapaz de atingir os fins de proteção a certos princípios (adequação), nem caso haja outros mecanismos menos danosos (necessidade).

Superadas as máximas parciais referentes às situações fáticas, cumpre analisar a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, a qual possui três etapas, a saber: 1ª atribuição do peso da importância de adoção do princípio justificador da medida (i); 2ª quantificação da influência no princípio contraposto (j); 3ª ponderação entre eles.

Para tornar possível essa ponderação de pesos de princípios contrapostos, há duas possibilidades defendidas por Alexy de escala.

A primeira é tríade consistente em leve (l), média (m) ou grave (g). Equivaleriam, para quem preferisse em números, a 2^0 , 2^1 e 2^2 ; ou seja, 1, 2 e 4. Uma segunda opção, para casos mais complexos, seria leve-leve (ll), leve-média (lm), leve-grave (lg), média-leve (ml), média-média (mm), média-grave (mg), grave-leve (gl), grave-média (gm) e grave-grave (gg), correspondendo aos números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9.

A ponderação, assim, é realizada pela “fórmula do peso”, que pode adotar uma versão mais simples, a saber, $G_{i,j} = I_i / I_j$, a qual satisfaz aos objetivos do presente trabalho, porquanto não versa sobre casos excepcionalmente mais complexos. De qualquer modo, necessita maiores

explicações acerca das variáveis usadas. A ponderação (G) do princípio i sobre o princípio j resulta da quantificação da importância de adoção do princípio justificador da medida (I_j) dividido pelo valor da interferência da medida sobre o princípio contraposto j (I_i). Caso o valor seja maior a um, então a medida há de ser mantida, havendo discricionariedade em casos de empasse, quando o resultado for um, e inconstitucionalidade em resultados inferiores a um.

A conclusão de toda “fórmula do peso” explicitada como acima há de ser entendida diante da “lei da colisão” já analisada. Afinal, dois outros conceitos devem ser mencionados para melhor compreender essa situação. O primeiro refere-se a normas de direito fundamental estabelecidas diretamente da Constituição, o qual não possui dúvida. Entretanto, assim como na Constituição da Alemanha, o Brasil adota a cláusula de abertura material, o que enseja que outras normas serão igualmente fundamentais quando decorrentes de um direito fundamental.

Assim, há de se considerar, por exemplo, que a regra atribuída de direitos fundamentais elaborada judicialmente pelos precedentes deve, ao menos a princípio, ser seguida. Afinal, não há apenas normas diretamente constitucionais, o que significa que, em determinadas condições de precedência fixadas em precedentes, haverá de se seguirem certas consequências, mesmo nos casos vindouros semelhantes (ALEXY, 2008, p. 101/102).

Outra forma de realizar a ponderação é apenas obedecendo à “lei da paridade”, a qual fixa, nos dizeres de Alexy, o seguinte: “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” (ALEXY, 2015, p. 167).

5 Estudo da Fundamentação dos Votos dos Ministros no Julgamento do STF do Caso Apagão

Realizada a compreensão dos limites à discricionariedade do juiz que conferem racionalidade às suas decisões e votos, cumpre observar se os magistrados brasileiros estão seguindo-as, ao utilizarem a teoria explicada por Robert Alexy. Para tanto, será analisado o julgado da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 9-6-Distrito Federal (DF)¹, decidida pelo STF em 13 de dezembro de 2011, quando se entendeu pela constitucionalidade da sobretarifa da energia para quem não obtivesse as metas de limites de consumo previstas e também do corte no fornecimento, para reincidência de quem as descumprissem.

As questões preliminares do processo não são o foco desta análise por não ser viável verificá-las à luz da teoria de Alexy. De qualquer modo, é interessante destacar que os pressupostos, as condições e os requisitos processuais e procedimentais foram cumpridos. Assim,

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 9-6 Distrito Federal (DF). Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE. Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 13/12/2011. DJ 23-04-2012 PP-00006 EMENT VOL-02148-01 PP-00001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=883>. Acesso em: 12 jun. 2017.

a relevante controvérsia judicial foi demonstrada por terem sido "[...] propostas 127 ações judiciais, com 28 liminares concedidas e 9 liminares indeferidas", anotando uma certa tendência dos juízes de primeira instância para considerar inconstitucional a norma, além de "Notificação Extrajudicial promovida pelo Estado de Minas Gerais [...], com base em Parecer da lavra de Carmem Lúcia Antunes Rocha, Procuradora-Geral".

Na verdade, para melhor entender a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 9-6-DF, decidida pelo STF em 13 de dezembro de 2011, demonstrou-se indispensável analisar o julgamento da medida cautelar anteriormente realizado por a maioria dos Ministros ter feito mera remissão aos seus votos daquela oportunidade como fundamentação, motivo pelo qual a análise que se segue é baseada em ambos os julgados.

A Advocacia-Geral da União (AGU), consoante relatório do Ministro Néri da Silveira, argumentou a adequação da suspensão individual da energia para fins de proteger o fornecimento de energia e a proporcionalidade em sentido estrito, porquanto entre o colapso do sistema energético e o corte individual de energia de usuários que não cumpram metas, obviamente deve prevalecer medidas que afastem àquele.

A principal ressalva que se faz é a ausência de fundamentação sobre a inexistência de mecanismos menos danosos, por exemplo, eventual possibilidade de importação de energia, incentivos à instalação de painéis solares etc. Assim, deixou de argumentar a máxima parcial da necessidade.

O ministro Néri da Silveira, relator, adotou duas fundamentações diversas para demonstrar que inexistente razão para a suspensão da energia e a adoção da sobretarifa de energia proposta.

A primeira consiste em uma interpretação da Constituição sem necessidade de ponderação de princípios conflitantes, destacando a jurisprudência da corte. Poder-se-ia dizer que essa perspectiva aproxima-se mais de Dworkin, mas as regras do discurso demonstram que também Alexy as defenderia. Ele entendeu, em síntese, que a Constituição veda a suspensão do fornecimento de energia em decorrência da obrigatoriedade de continuidade da prestação de serviços públicos, assim como as tarifas devem necessariamente remunerar a prestação de um serviço, sendo destinadas às concessionárias. Por não ser o caso, entendeu pela inconstitucionalidade.

Entretanto, embora seja interessante apresentar essa relevante fundamentação, é na segunda etapa que se encontram alguns equívocos na utilização da máxima da proporcionalidade pelo ministro.

Primeiro, o relator adotou a terminologia princípio da proporcionalidade, denotando certa confusão comum na jurisprudência consistente em confundir máxima da proporcionalidade, que serve para resolver a contraposição de princípios por meio das máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, com os princípios, comandos de otimização.

Qual a relevância disso? A proporcionalidade não é sopesada, ou seja, não é objeto da ponderação. Ao contrário, ela é o procedimento ou método por meio do qual se sopesam os princípios, caso não seja afastada a possível oposição pela análise das possibilidades fáticas.

Feita essa primeira consideração, destaca-se, ainda, que o Ministro Néri da Silveira, relator, citou trecho de escrito de Gilmar Mendes em que estavam mencionados todos os passos que deveria seguir. Entretanto, na fundamentação, limitou-se a afirmar o seguinte:

na espécie, parece inequívoca a desproporção, a irrazoabilidade de impor-se autêntica pena pecuniária que pode chegar a 200% do valor da tarifa, a quem, por razões que não se apuram, em certo momento, ultrapassa o limite de consumo de energia elétrica estabelecido (NERI, 2004, p. 93).

Deixou de analisar, portanto, a adequação e a necessidade. Na verdade, é provável que tenha analisado implicitamente ou meramente mentalmente, sem mencionar expressamente, entretanto.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou o voto do relator, destacando, portanto, a inconstitucionalidade da medida. Encerraram-se, assim, os dois únicos favoráveis à improcedência da ação. Criticou ainda a postura da Corte, porquanto a “crise hídrica tudo justifica. E perdem-se, com isso, os parâmetros próprios ao Estado Democrático de Direito”. Ademais, considerou que a sobretarifa consistiria num empréstimo compulsório instituído por medida provisória, o que é inconstitucional, assim, perguntou: “Que tarifa é essa que se cobra para, mais adiante, devolver-se? Isso, para mim, não é tarifa”.

Por fim, o ministro ainda expôs o pensamento de Celso Ribeiro Bastos para quem essa sobretarifa seria uma multa por um ato lícito, portanto, totalmente indevida. Sobre a proporcionalidade, cometeu o equívoco acerca de considerá-lo princípio, ao dizer o seguinte: “Temos o princípio implícito, na Constituição Federal, da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade. A razão de ser da cobrança está justamente o dispêndio, obtido com a concessão, em si, do serviço”.

A Ministra Ellen Gracie votou pela constitucionalidade por entender que a sobretarifa seria utilizada para remuneração do serviço público, sendo paga às concessionárias. Não divergiram, nesse ponto, sobre as normas ou regras, mas sobre as consequências do fixado na Medida Provisória. Ela, inclusive, também não afastou a regra da continuidade da prestação dos serviços públicos, enquanto direito subjetivo, apenas se limitando a afirmar que “há preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se moderadamente de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa”. Denotou, assim, uma falha aos limites linguísticos estudados no terceiro tópico por não ter sequer tentado contra-argumentar acerca da existência da possibilidade de flexibilizar *in casu* a obrigatoriedade individual de manutenção da prestação do serviço público. Afinal, essa lacuna argumentativa pode ser entendida como bastante conveniente por possibilitar maior margem de discricionariedade, embora se reconheça que provavelmente não possuiria dificuldade, caso se

esforçasse em melhorar a argumentação.

Por sua vez, o Ministro Nelson Jobim acompanhou o voto da Ministra Ellen Gracie, acrescentando que há realmente um direito à continuidade do fornecimento de energia elétrica. Entretanto, em decorrência de limitações fáticas, a suspensão pode ser considerada uma medida adequada por poder evitar cortes gerais de energia. Ademais, o fornecimento de energia de forma limitada para todos possui um peso maior que o irrestrito para todos causador de uma falta generalizada. Sem fazer referências explícitas a nenhum doutrinador, ele utilizou uma lógica similar à proposta por Alexy, mas não analisou a necessidade.

A seguir, o Ministro Maurício Corrêa considerou que a medida atendia ao princípio da proporcionalidade. Valem para o presente todas as ponderações já realizadas sobre a relação entre a máxima da proporcionalidade e os princípios, denotando um equívoco. Ademais, em seu voto, apenas mencionou expressamente a máxima parcial da necessidade, sem fazer referência a acompanhar outros ministros e sobre constar nos autos estudos técnicos sobre outros meios. Segue transcrição de trecho de seu voto: “Tais providências devem ser entendidas sob o ângulo de sua estrita essencialidade, em face de seu caráter inadiável, imediato e intransferível”, ou seja, mesmo que se admita ter tentado argumentar sobre a necessidade, o seu empreendimento foi meramente retórico e sem base científica. Demonstrou incompletude na análise e fundamentação, pois.

O Ministro Carlos Velloso entendeu que as medidas foram razoáveis e proporcionais, mas não se prolonga na fundamentação. Menciona apenas a necessidade das medidas restritivas decorrentes da crise hídrica. Entretanto, sequer busca justificção para afastar outras propostas menos severas aos direitos fundamentais. Assim, demonstra equívoco sobre a fundamentação da necessidade, além de incompletude na análise da proporcionalidade.

O Ministro Sepúlveda Pertence considerou as medidas necessárias devido à situação de crise hídrica instalada, mas não realizou menção a outros meios possíveis de restrição. Ainda considerou proporcionais as medidas fazendo referência ao voto da Ministra Ellen Gracie. Sobre a sobretarifa, destacou que se refere a um uso político aceitável e não enxergava problema em elas retornarem aos usuários, em vez de permanecerem com as concessionárias.

6 Conclusão

A questão norteadora deste trabalho, após a delimitação devidamente justificada do tema na introdução, levou à conclusão de que há diversas restrições à discricionariedade do juiz na teoria de Robert Alexy.

Primeiramente, alguns limites, ainda que bastante frouxos, podem decorrer da própria conceituação do direito que Alexy desenvolveu. Assim, por a legalidade autorizativa, a eficácia social e a pretensão de correção serem inerentes à ciência jurídica, há sutis restrições à discricionariedade do aplicador. Portanto, cumpriu-se o primeiro objetivo específico, aquele referente à definição do direito.

O segundo grupo de restrições foi respondido no terceiro tópico, parte que cumpriu o objetivo específico de analisar o direito enquanto um caso especial do discurso jurídico prático. Assim, deve o magistrado observar diversas regras para suas decisões serem racionais no aspecto linguístico. Restringem-se, desse modo, numa intensidade mediana a discricionariedade do magistrado.

Por fim, o último grupo da análise acerca das limitações impostas aos juízes pelo procedimento de Alexy corresponde à compreensão da sua teoria dos princípios. Nele concluiu-se que há uma metodologia rigorosa que deve ser observada por quem pretenda fundamentar seus votos ou decisões na sua teoria. Assim, embora efetivamente não elimine completamente a discricionariedade, restringe-a bastante, conferindo uma complexa racionalidade ao discurso jurídico.

Posteriormente, passou-se a analisar os votos proferidos no julgamento do caso apagão para verificar se a argumentação trazida pelos ministros atendia à racionalidade exigida por Alexy, inclusive com seus procedimentos. Concluiu-se que a única forma de admitir-se a sua concretização quase plena é mediante a combinação de diversos votos, porquanto nenhum deles compreendeu a totalidade das exigências, trazendo em geral a proporcionalidade sem analisar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, também houve inobservância de regras de relacionadas ao discurso jurídico e suas limitações para obter racionalidade.

Entretanto, a principal crítica a ser feita é a ausência de análise da máxima parcial da necessidade. A mera existência de uma crise hídrica não é suficiente para afirmá-la. Deveria haver estudos multidisciplinares que buscasse soluções alternativas, fundamentando, portanto, a ausência de outros meios menos danosos.

Assim, embora não esteja necessariamente equivocada a decisão do Supremo na ADC 9-6-DF – caso apagão, observa-se que a fundamentação mostrou equívocos e incompletudes, o que, em casos que envolvem o governo e o grande capital, podem gerar desconfiança popular pela carência de argumentos, especialmente quando nos autos há uma defesa, realizada por alguns ministros, a primeiro analisar os fatos, depois imaginar as melhores consequências jurídicas e, por fim, buscar na Constituição o fundamento para justificar a decisão previamente tomada.

Referências

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. Princípios Formais. In: Alexy et. al. **Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014a.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hitchinson Schild Silva. São Paulo : Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hitchinson Schild Silva.

3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** / Robert Alexy ; tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito** / Robert Alexy; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014b.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais** / Robert Alexy ; tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC (Medida Cautelar) 9-6 Distrito Federal (DF)**. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 28/06/2001. DJ 23-04-2004. Ementário Nº 2148-1, p. 93.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 96/2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html>. Acesso em: 5 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 9-6 Distrito Federal (DF)**. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE. Tribunal Pleno. Brasília, julgado em 13/12/2001. DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-01 PP-00001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=883>. Acesso em: 5 jun. 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais** / Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Artigo recebido em: 19/02/2018

Artigo aceito para publicação em: 02/08/2018