



PRETENSÃO DE LEGITIMIDADE DAS SENTENÇAS JURÍDICAS E JUSTIFICAÇÃO RACIONAL

Reginaldo da Costa¹

RESUMO

Na decisão judicial é estabelecida uma preferência, preferência essa que necessita ser justificada, pois tal preferência implica no julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é a melhor, sendo ela, portanto, um julgamento de valor. Uma vez que há uma pretensão de legitimidade na tomada de decisão judicial e uma vez que a dogmática jurídica e a jurisprudência pretendem ter caráter científico, elas devem, então, evitar o máximo possível o decisionismo, a arbitrariedade e a irracionalidade, o que só é possível se partirem de critérios racionais, normativos, que sejam suficientes para garantir confiabilidade a seus julgamentos de valor, explícitos ou implícitos. Assim sendo, a tematização da pretensão de legitimidade da sentença jurídica e da decisão judicial é uma das tarefas mais importantes da metodologia jurídica, pois se a metodologia jurídica não puder fornecer critérios que assegurem confiabilidade à pretensão de correção das sentenças jurídicas e à pretensão de correção da decisão judicial, as mesmas terão caráter arbitrário, carecerão de legitimidade racional, o que teria como implicação a insustentabilidade do caráter científico da jurisprudência, de suas sentenças e de suas decisões; decisões essas de fundamental importância, porquanto afetam a vida, os bens, a liberdade, a segurança, etc das pessoas e da sociedade, razão pela qual devem evitar a arbitrariedade e se aproximarem, o máximo possível, da correção e da justiça.

Palavras-chave

Sentença jurídica; jurisprudência; justificação racional; justiça.

ABSTRACT

In a juridical sentence a preference is established that needs to be justified, because such preferences implicate in the trial that the chosen alternative is in some way the best, being it therefore, a judgment of value. Once there is an intention of legality in professing the sentence and since juridical dogma and jurisprudence intend to have scientific character, they should avoid

¹ Doutor em Ética e Filosofia Política pela PUCRS, Professor de Ética do Discurso e de Teoria dos Direitos Fundamentais do Mestrado em Filosofia da UECE, Professor de Filosofia do Estado do Mestrado em Direito da UFC e de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFC, Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Filosofia Moderna do Direito da Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Professor Convidado da Escola de Magistratura do Estado do Ceará, Líder do Grupo de Pesquisa Filosofia dos Direitos Humanos da UFC e Líder do Grupo de Pesquisa Ética e Direitos Humanos da UECE.

as much as possible decisionism, arbitrariness. and irrationality, which is only possible if they start off with rational and normative criteria, that is sufficient to guarantee reliability to their judgments of value, be they explicit or implicit. The result is that, the study of the pretension of legality of adjudication and the sentence it is one of the most important tasks of juridical methodology, because if juridical methodology cannot supply criteria that can assure reliability to the pretension of correction of adjudications and the pretension of correction of the sentence, this criteria will have an arbitrary character, and will lack rational legality, which would have as an implication lack of sustainability of the scientific character of jurisprudence, of their adjudications and of their decisions; decisions that are of fundamental importance, since they affect the life, property, freedom, safety, etc of people and of society, reason for which one should avoid arbitrariness and approximate, the maximum possible, to correction and justice.

Key-words

Adjudication; jurisprudence; rational justification; justice.

1. INTRODUÇÃO

Para compreendermos adequadamente a decisão judicial e sua pretensão à correção, importa esclarecer não só o que é e como se gera a sentença jurídica, mas, principalmente, esclarecer em que consiste a sua legitimidade. A tematização da pretensão de legitimidade da sentença jurídica e da decisão judicial é uma das tarefas mais importantes da metodologia jurídica, pois se a metodologia jurídica não puder fornecer critérios que assegurem confiabilidade à pretensão de correção das sentenças jurídicas e à pretensão de correção da decisão judicial, as mesmas terão caráter arbitrário e, por conseguinte, carecerão de legitimidade racional².

Durante algum tempo, compreendeu-se o julgamento jurídico como uma mera inclusão lógica sob conceitos superiores³, no entanto, esta compreensão é posta cada vez mais em descrédito e a tal ponto que na discussão da metodologia contemporânea, há uma unanimidade dos juristas na compreensão de que a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de normas pressupostamente validas⁴. Assim sendo, ninguém pode

² No entendimento de Jan Schapp, "A temática da doutrina tradicional da metodologia jurídica pode ser interpretada – de modo muito global – em três questões: 1. Como aplica o juiz a lei ao caso que deve ser decidido por ele? 2. Como se interpretam as leis? 3. Existe a idéia do direito ou um princípio de justiça e qual o significado que tem essa idéia ou esse princípio para a busca do direito em questão? As questões podem ser (...) formuladas de outra maneira. Mas de modo geral está circunscrito com isto o campo de investigação da metodologia jurídica". SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p.7.

³ Na compreensão de Jan Schapp, "É fundamental no modelo da subsunção para a aplicação da lei a idéia de que a lei é algo universal e que o caso a ser decidido pelo juiz, pelo contrário, seria algo particular que poderia ser subsumido sob este universal" (SCHAPP, Jan, Op. Cit. p. 13), ou seja, "No modelo de subsunção se confrontam a lei concebida como universalidade e o caso concreto. No fundo trata-se de identificar o caso concreto como caso no gênero designado na lei. O modelo de aplicação do direito com essa oposição de lei e caso, é bipolar. SCHAPP, Jan, Op. Cit. p. 90.

⁴ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 1ª. Edição. São Paulo, Landy, 2001, p.17.

mais seriamente afirmar que a aplicação de leis nada mais envolve do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados. Na compreensão de Alexy, a razão pela qual isso acontece se deve a, pelo menos, quatro motivos:

A imprecisão da linguagem do direito;

A possibilidade do conflito entre normas;

A possibilidade de haver casos que não cabem em nenhuma norma válida existente;

A possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto.

A imprecisão da linguagem do direito implica na necessidade de formular um sentido válido para a linguagem das normas jurídicas e, portanto, para sua determinação semântica. Isso é problemático na medida em que diferentes intérpretes podem atribuir significados diferentes ao sentido da linguagem jurídica, o que traz como consequência entendimentos diferentes acerca do direito e, por consequência, entendimentos diferentes sobre sua identificação e aplicação. Se há diferentes interpretações sobre o sentido da linguagem do direito, formuladas a partir de diferentes pontos de vista, qual então o critério para estabelecer qual a melhor interpretação desse significado?

No caso do conflito entre normas, qual delas escolher para dado caso e a partir de qual critério deve-se fazer essa escolha? Talvez diferentes intérpretes, a partir de pontos de vista diferentes, possam fazer diferentes escolhas. Como, então, determinar qual a escolha mais acertada?

Quando há casos que não cabem em nenhuma norma válida e, mesmo assim, há a necessidade de uma decisão judicial, qual, então, o critério de decisão? Ora, diferentes intérpretes poderão decidir diferentemente sobre o caso em questão⁵ e a partir de critérios diferentes, já que cada um deles pode partir de diferentes pontos de vista. Como saber, então, qual a melhor interpretação e, por consequência, qual a melhor decisão?

Problemática é, também, a situação da decisão judicial quando, em casos especiais, a decisão contraria o estatuto legal, pois, nesse caso, se a decisão pretende ser legítima, importa saber do critério para que se contrarie o estatuto e, mais ainda, uma vez contrariado o estatuto, qual o critério para a decisão jurídica? Ora, diferentes intérpretes, a partir de diferentes pontos de vista, também, podem decidir diferentemente. Qual, então, a melhor decisão?

Pelo acima exposto, fica suficientemente evidente que a aplicação de leis

⁵ Segundo Jan Schapp, “De fundamental importância para a decisão dos casos pelo juiz é primeiramente o juiz chegar a uma compreensão do fato a ser por ele decidido. Isso parece óbvio e se diz com facilidade. Mais difícil, porém, já é mostrar em que consiste essa compreensão e como o juiz pode chegar a ela” SCHAPP, Jan. Op. Cit. p.101

envolve muito mais do que uma subsunção lógica sob conceitos superiores⁶, pois pressupõe, necessariamente, alguns problemas a serem resolvidos: a) a decisão sobre o significado da linguagem do direito; b) a resolução de conflitos entre normas; c) a necessidade de decidir casos que não cabem em nenhuma norma válida existente; e, d) a possibilidade de contrariar textualmente um estatuto. Ora, se não tivermos um critério suficiente para uma resolução segura e, portanto, confiável desses problemas, então, a sentença jurídica e a decisão judicial serão, do ponto de vista da razão, fortemente marcadas por arbitrariedades e, por conseguinte, pouco legítimas.

Segundo Alexy, a metodologia jurídica pode solucionar o problema de como justificar plenamente a sentença jurídica e, portanto, um julgamento jurídico se for capaz de apresentar regras ou procedimentos segundo os quais pode ser demonstrada que a transição das normas (N1, N2, ... Nn) e dos axiomas empíricos⁷ (AE1, AE2, ... AEn) para o julgamento jurídico (JR)⁸ também é admissível quando JR não segue logicamente de (N1, N2, ... Nn) e (AE1, AE2, ... AEn)⁹.

Pois bem, para ele os candidatos mais amplamente discutidos para a efetivação da tarefa de justificação das sentenças jurídicas são as regras ou procedimentos dos cânones de interpretação. Essa tarefa, porém, não parece ter sido levado a cabo satisfatoriamente pelas seguintes razões: em primeiro lugar, o número desses cânones¹⁰ e de sua ordem

⁶ Na compreensão de Manuel Atienza, "Justificar uma decisão, num caso difícil, significa algo mais do que efetuar uma operação dedutiva que consiste em extrair uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas". ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2002, p. 19.

⁷ Não entendo o que significa um axioma empírico, pois os dados da experiência nos chegam através dos sentidos, porém, enquanto não os interpretarmos a partir de conceitos que recebem sua carga semântica através dos prejuízos ou pré-conceitos de nossa pré-compreensão do mundo eles não se constituem em juízos ou proposições e, portanto, em sentenças. Essas sentenças dependem, por conseguinte, de uma pré-compreensão e, desse modo, de uma interpretação que sempre pode ser diferente, dependendo do horizonte de compreensão do *intérprete*, de modo que não se pode falar propriamente de axiomas, uma vez que mesmo os dados empíricos necessitam serem interpretados e, uma vez interpretados, não são de modo algum axiomáticos

⁸ Faz-se necessário que se apresentem regras e procedimentos não só para e referida transição, mais para uma transição que seja suficientemente legítima.

⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. pp. 17-18.

¹⁰ Há propostas de cânones de interpretação diferentes como, por exemplo, as seguintes: Savigny distingue o elemento gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático de interpretação; Wolf conhece as interpretações filológicas, lógicas, sistemáticas, históricas, comparativas, genéticas e teleológicas; Larenz, por sua vez, propõe como critérios de interpretação: o sentido literal do estatuto, o inter-relacionamento do significado da lei, a intenção, motivos e pressupostos normativos do legislador, os critérios objetivo-teleológicos, bem como a conformidade da interpretação com a constituição. Em meio a diferentes propostas de cânones de interpretação, cabe perguntar e responder não só se algum deles é capaz de fornecer a interpretação mais confiável, mas, principalmente, se há algum deles capaz de fornecer uma interpretação verdadeiramente confiável e, portanto, suficientemente legítima do ponto de vista da razão. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 18).

hierárquica¹¹ é controvertido; em segundo lugar, há uma imprecisão¹² nos cânones; e, em terceiro lugar, cânones diferentes podem levar a resultados diferentes. Essa insuficiência dos cânones de interpretação para assegurar uma sentença suficientemente justificada não significa, porém, que eles devam ser descartados como sem valor¹³, mas, implica que eles não devem ser usados como regras suficientes para a justificação dos ordenamentos jurídicos.

Uma alternativa para o problema de como justificar plenamente a sentença jurídica seria estabelecimento de um sistema de proposições do qual se possam deduzir as premissas normativas necessárias ao processo de justificação. No entanto, para a efetivação dessa alternativa seria necessária a justificação de tal sistema, caso ele fosse composto somente dessas proposições. Além do mais, caso essas proposições fossem derivadas das normas pressupostamente válidas, teríamos como limitação a exigência de não conter qualquer regulamentação que ultrapasse a série de normas pressupostamente válidas, o que parece impossível¹⁴.

Se esse sistema for, ademais, compreendido como um sistema de princípios gerais de ordem jurídica, então, surge a questão de saber como esses princípios podem ser estabelecidos, uma vez que eles não seguem logicamente das normas pressupostas. Além disso, problemática seria também a aplicação desses princípios para a justificação de argumentos jurídicos, pois os princípios permitem exceções, podem ser mutuamente inconsistentes e até mesmo contraditórios. Ora, os princípios não reivindicam aplicação exclusiva, de modo que sua realização está associada à concreção via princípios subordinados e julgamentos particulares de valores associados a um conteúdo material independente¹⁵. Nesta perspectiva, pode-se dizer que qualquer sistema axiológico, pressupostamente válido, não fornece condições, por si, de que se formule uma única decisão sobre o peso e o equilíbrio dos princípios jurídicos em dado caso e nem, tampouco, que se decida sobre quais valores particulares

¹¹ Se cada um desses cânones apresentados, por essa ou aquela proposta de cânones, pode levar a resultados diferentes e temos que formular um único resultado, então, qual a ordem hierárquica entre eles, de modo que possamos com base nessa ordem hierárquica definir da melhor forma esse resultado? Ora, segundo Alexy, até hoje não se conseguiu articular critérios estritos para a sua ordem hierárquica, o que dificulta a possibilidade de uma decisão confiável baseada nesses cânones. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 18).

¹² Como exemplo dessa imprecisão dos cânones Alexy menciona uma regra como: *Interprete cada norma de modo que cumpra seu objetivo*. Ora, diferentes intérpretes, a partir de pontos de vista diferentes, poderão chegar a diferentes resultados com referência ao objetivo da norma em questão. Assim sendo, esse cânone como critério de interpretação e de justificação da decisão não tem suficiente precisão criteriológica para servir de base para uma decisão legítima. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p.18).

¹³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 18.

¹⁴ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. pp. 18 e 19.

¹⁵ Segundo Karl Larenz, em relação à efetivação dos princípios, “a cada estágio de concretização, (são) necessários julgamentos de valor adicionais” (KARL LARENZ, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 38) Ora, os julgamentos de valor devem ser estabelecidos a partir da legislação, porém, eles, mesmo partindo dela, - ao mesmo tempo e subseqüentemente - se dão a partir do horizonte de interpretação do juiz, estando pois, também, sob a égide da discricão judicial.

deve ser dada prioridade em qualquer situação particular¹⁶.

2. JUSTIFICAÇÕES E VALORAÇÕES JURÍDICAS

Conforme Alexy há casos isolados em que a decisão não se sustenta logicamente da combinação das afirmações empíricas com as normas pressupostas e nem pode ser totalmente justificada com a ajuda das regras da metodologia jurídica¹⁷. Nesses casos, para ele, quem decide tem que ser discreto, pois a decisão não é completamente regulada pelas normas jurídicas, pelas regras do método jurídico e nem pelas doutrinas da dogmática jurídica.

Assim sendo, nesse contexto, há uma variedade de soluções para o caso e é a escolha da pessoa que decide que determina qual proposição normativa singular deve ser afirmada ou promulgada como um julgamento no caso. Na decisão judicial, portanto, é estabelecida uma preferência, preferência essa que necessita ser justificada, pois tal preferência implica no julgamento de que a alternativa escolhida em algum sentido é a melhor, sendo ela, portanto, um julgamento de valor. Ora, a interpretação e a aplicação da lei não se esgota em um processo de *subordinação*, pois ela pressupõe, necessariamente, julgamentos de valor da parte de quem aplica a lei¹⁸, o implica na necessidade de um critério válido para os julgamentos de valor, sob pena da sentença jurídica e da decisão judicial serem arbitrárias¹⁹. Se a interpretação e aplicação da lei requerem julgamentos de valor, então, importa que se responda às três questões abaixo elencadas:

a) Até que ponto são necessários os julgamentos de valor?

b) Qual o relacionamento dos julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como com as proposições e conceitos da dogmática jurídica?

c) Como esses julgamentos de valor podem ser racionalmente justificados?

¹⁶ Isso, porém, não significa que seja impossível basear os argumentos jurídicos e as decisões judiciais em um sistema de valores. Significa, porém, que esses argumentos e essas decisões não são, do ponto de vista da racionalidade jurídica, suficientemente válidos.

¹⁷ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 19.

¹⁸ Assim, também, pensam: Müller, quando sustenta que “uma jurisprudência sem decisões ou julgamentos de valor (...) não seria prática e nem real”; Esser, quando afirma que “as decisões de valor (...) tem significado central em todas as decisões sofrivelmente problemáticas”; Kriele, quando conclui que “não é possível fugir dos elementos normativo-teleológico e dos elementos políticos inerentes a cada interpretação”; e, Karl Larenz, quando defende a tese de que “A aplicação da lei (...) requer um amplo alcance de julgamentos de valor da parte de quem aplica a lei” (MÜLLER, ESSER, KRIELE E KARL LARENZ, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 20 e 21).

¹⁹ Conforme Jan Schapp, “O modelo valorativo não expressa contudo com seu componente central da realização de uma valoração, nem o momento da participação criadora do juiz na decisão de caos que a lei não decidiu claramente, nem as modalidades de auxílio que a lei traz para essa participação criadora do juiz, através da clara decisão sobre determinados casos. Aqui é de pouca valia a indicação de que o juiz deve realizar uma repetição inteligente do juízo de valor da lei (...), pois ela deixa aberta as questões decisivas” SCHAPP, Jan, Op. Cit. p. 93.

Uma vez que os julgamentos de valor são imprescindíveis para a sentença jurídica e para a decisão judicial²⁰, então, a resposta a essas perguntas e, principalmente, à terceira pergunta tem um significado teórico e prático indiscutível, pois, caso elas não sejam satisfatoriamente respondidas, fica impossível sustentar o caráter científico da jurisprudência, de suas sentenças e de suas decisões; decisões essas de fundamental importância, porquanto afetam a vida, os bens, a liberdade, a segurança, etc das pessoas e da sociedade, razão pela qual têm que ser as menos possíveis arbitrárias e o máximo possível próximas da correção e da justiça.

Se for atribuição do direito regular os conflitos sociais através das sentenças jurídicas com o máximo de correção possível, e se os julgamentos têm como base julgamentos de valor, então, há a necessidade de que esses julgamentos de valor sejam legítimos, isto é, que sejam os mais justificados possíveis; sob pena da reivindicação de competência do direito para a regulação de conflitos sociais, através da interpretação e aplicação da lei, portanto, através da formulação da sentença jurídica e da decisão judicial, não ter nenhuma justificação e, por conseguinte, nenhuma validade racional.

Nesse contexto, é de importância vital para a ciência do direito e para a metodologia jurídica responder com competência às três questões anteriormente postas e, principalmente, à terceira questão, a saber: como justificar racionalmente os julgamentos de valor? Conforme Alexy, para evitar mal-entendidos, importa lembrar que a tese de que a jurisprudência não passa sem os julgamentos de valor não significa que não existam casos em que não há nenhuma dúvida sobre como se deve decidir, seja com base nas normas pressupostamente válidas, seja com referência à dogmática ou aos precedentes, aliás, para ele, esses casos são mais numerosos que os casos duvidosos. No entanto, para ele, a clareza de um caso não é algo simples, pois afirmar que uma decisão é clara não implica a não possibilidade de argumentos que dêem motivo a dúvidas, implica somente que, no momento, não há tais argumentos²¹.

Assim sendo, mesmo no caso de não haver dúvidas quanto à clareza de uma decisão judicial, a mesma não é formulada sem valoração. Nessa perspectiva, podemos dizer, com segurança, não só que a tomada de decisão jurídica é sempre orientada por julgamentos de valor, mas, principalmente, que ela, para ser válida, deveria ser orientada por julgamentos de valor corretos²² e isso tem como implicação que os julgamentos de

²⁰ Na compreensão de Perelman, "O juiz é considerado, em nossos dias, como detentor de um poder (...) pois, mesmo sendo obrigado a seguir as prescrições da lei, possui uma margem de apreciação: opera escolhas, ditadas não somente pelas regras de direito aplicáveis, mas também pela busca da solução mais adequada à situação. É inevitável que suas escolhas dependam de juízos de valor". (PERELMAN, Chaïn. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 566) e "se, de acordo com Esser, Kriele e Struk, os juízos de valor relativos à própria decisão são insuprimíveis do direito, porque guiam todo o processo de aplicação da lei, já não se pode desprezar a questão de saber se tais juízos são a expressão de nossos impulsos, de nossas emoções e de nosso interesses, e portanto subjetivos e inteiramente irracionais, ou se, ao contrário, existe uma *lógica dos juízos de valor*". PERELMAN, Chaïn. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.

²¹ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 20 e 21.

²² Segundo Karl Larenz, "Se o juízo de valor é expressão de uma tomada de posição, esta é, antes de tudo, a de quem em cada caso haja de julgar. Mas disso não deve concluir-se que o juízo de valor seja só um enunciado sobre o acto de valoração empreendido internamente por aquele que

valor são juridicamente relevantes e a tal ponto que de sua correção depende a correção das sentenças jurídicas. Assim sendo, se queremos correção na sentença jurídica e na decisão judicial, importa, pois, com urgência, e de modo imprescindível, estabelecer racionalmente critérios legítimos para a correta valoração na atividade jurisdicional.

3 A NECESSIDADE DE VALIDAÇÃO RACIONAL DOS JULGAMENTOS DE VALOR PRESSUPOSTOS NA DECISÃO JUDICIAL

A jurisprudência não pode prescindir de julgamentos de valor e isso traz como implicação necessária que o jurista ao formular a sentença jurídica e a decisão judicial não pode assumir uma postura neutral, como, ingenuamente, pretende a compreensão positivista do direito. Isso, porém, não implica que a aplicação da lei deva dar espaço livre às próprias convicções morais (subjetivas) do aplicador do direito, pois, se assim fosse, a interpretação e a aplicação do direito seriam fortemente marcadas por um alto grau de decisionismo subjetivo e, por consequência, suas decisões teriam um alto grau de arbitrariedade, carecendo, portanto, de legitimidade racional. Há, por conseguinte, na interpretação e aplicação do direito a necessidade de uma valoração não arbitrária, isto é, uma valoração criteriosa que confira um grau de confiabilidade e, portanto, de credibilidade à jurisprudência. Como, então, resolver essa necessidade de uma criteriosa valoração na interpretação e aplicação do direito, de tal modo que haja confiabilidade e credibilidade na mesma?

Alguém poderia propor como critério de valoração para quem decide o se ater aos julgamentos de valor pretensamente universais (ou seja, válido para todos os homens) ou o se ater a julgamentos de valor de um grupo específico (por exemplo: juizes, advogados, sacerdotes, gangsters, etc). Isso, porém, não resolve a nossa questão, pois, no primeiro caso, como aferir que os julgamentos de valor propostos são realmente universais, uma vez que cada intérprete, sendo marcado por sua cultura, época e tradição, entendem diferentemente o que deve ser tomado como valor universal²³. Assim sendo, há sempre divergentes julgamentos de valor com igual pretensão de universalidade e a questão que se coloca, portanto, é a de saber qual valor ou quais valores (pretensamente universais) devem ser tomados como critérios para a formulação da legítima interpretação e aplicação do direito.

Uma vez não se conseguindo estabelecer, satisfatoriamente, a pretensa

julga" (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997, p. 409), pois, "se os juízos de valor englobam a pretensão de serem válidos, tal deve ser válido para os juízos de valor jurídicos, que se estribam no apelo às pautas de valoração do ordenamento jurídico. LARENZ, Karl. Op. Cit. p. 409.

²³ A título de exemplo, alguns acham que o direito à propriedade privada dos meios de produção é um valor universalmente aceito como válido, porquanto é tido como um direito natural, eterno e imutável. No entanto, outros, acham que não só a propriedade privada dos meios de produção não é um valor universal, mas, inclusive, é a causa de todos os males na sociedade, sendo, portanto, um valor negativo. Quem está com a razão? Com quais critérios podemos decidir a respeito?

universalidade da valoração, há ainda a possibilidade de tomar como critério julgamentos de valor específicos, de grupos específicos (como é o caso dos de grupos de advogados, de juízes, etc), porém, mesmo no seio desses grupos há interpretações muito diferentes e se não tivermos um critério adequado para decidir qual das interpretações diferentes é a melhor, então, não temos como escapar do decisionismo arbitrário na decisão judicial e na formulação da sentença jurídica, no caso, o decisionismo arbitrário de grupos específicos (juízes, advogados, etc).

Podemos dizer, então, que há a necessidade de se estabelecer parâmetros críticos racionais, institucionalizados, que possibilitem um maior rigor na formulação de julgamentos de valor orientadores da interpretação e da aplicação do direito. Ora, se o juiz, ao formular a sentença jurídica e a decisão judicial, afeta a vida, a liberdade, os bens, etc dos destinatários das normas jurídicas, então, importa que a sua decisão, apoiada, também, em julgamentos de valor, seja formulada com o máximo de correção possível²⁴. Assim sendo, se faz necessário um modelo que estabeleça critérios suficientes que justifiquem a pretensão de correção da sentença jurídica e da decisão judicial²⁵.

Alguém poderia, ainda, propor como critério a coerência interna com a ordem jurídica tomada em sua totalidade. A coerência com a ordem jurídica é algo necessário, mas não suficiente, pois não tem força normativa suficiente para resolver, de modo satisfatório, a formulação criteriologicamente relevante da formulação dos juízos de valor condicionantes da decisão. Ora, “As diferentes normas são cristalizações de perspectivas bem diferentes, muitas vezes divergentes, de valoração”²⁶ e a tal ponto que “nenhum princípio é irrestrito em sua aplicação prática”²⁷, além disso, uma vez que nem sempre fica claro o julgamento de valor que serve de expressão para a norma jurídica, há sempre a necessidade de tomar uma decisão quanto à valoração pertinente ao caso; e como há sempre várias perspectivas de avaliação implícitas em cada caso, há a necessidade de escolher de modo confiável, logo, não subjetivo, a melhor perspectiva de avaliação. Assim sendo, embora as perspectivas de avaliação formuladas na constituição, bem como em outras leis ou incorporadas em uma variedade de normas e decisões são relevantes para qualquer tomada de decisão, elas não excluem a necessidade da formulação de juízos de valor que orientem a formulação da sentença jurídica e a tomada de decisão judicial, antes, a pressupõem.

Alguém poderia propor, ainda, como critério de valoração para quem decide o apelo a uma pretensa ordem objetiva de valores, como por exemplo: a) uma ordem

²⁴ No horizonte de compreensão de Alexy, podemos dizer que quando o juiz decide em nome do povo, por um lado, ele não pode, em nome de suas convicções pessoais, ser indiferente às convicções valorativas daqueles em cujo nome decide e, por outro lado, não pode, também, simplesmente, negligenciar os resultados das deliberações de gerações de advogados. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23).

²⁵ Conforme Alexy, esse critério não deve excluir a consideração das convicções comumente aceitas e nem o resultado de prévias discussões jurídicas. Importa, porém, compreender que a simples consideração das convicções comumente aceitas, em conjunto com a consideração das prévias discussões jurídicas, não são critérios suficientes para a formulação de uma sentença jurídica ou de uma decisão judicial correta. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23).

²⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23.

²⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 23.

objetiva independente do direito positivo existente, expressa numa série de doutrinas do direito natural ontológico. Tal proposta pressupõe premissas filosóficas altamente questionáveis, entre elas, a de que há uma inquestionável ordem ontológica de valores com força criteriológica suficiente para orientar a formulação dos juízos de valor orientadores da tomada de decisão do juiz; tal premissa e, por conseqüência, a proposta que a pressupõe, são carentes de fundamentação suficiente, pois se levarmos em consideração a crítica filosófica a uma ontologia de valores, ou a concepção idealista-objetiva dos valores, tal como elaborada pela filosofia moderna de Kant²⁸ ou, ainda, e principalmente, as críticas filosóficas a uma ontologia de valores, elaboradas pela filosofia do século XX, tal como as feitas pela filosofia analítica, pela hermenêutica alemã, pelo pragmatismo americano e anglo-saxônico, pelo racionalismo crítico, bem como pela pragmática transcendental de Apel²⁹, então, sustentar a possibilidade racional de uma ontologia dos valores, relevante epistemologicamente, é uma tarefa que tem se mostrado racionalmente insustentável e de tal modo que adotar tal ontologia como critério para a formulação da sentença jurídica e da decisão judicial é algo não só dogmático, mas, também, ao mesmo tempo, arbitrário.

Conforme vimos anteriormente, é sustentável afirmar que nenhuma das propostas acima apresentadas e nem tampouco a combinação delas parece solucionar o problema da justificação e, portanto, o problema da legitimidade dos julgamentos jurídicos. No entanto, se queremos atribuir um suficiente grau de confiabilidade na formulação dos julgamentos jurídicos e, com isso, evitar um forte grau de decisionismo subjetivo e, por conseguinte, evitar um forte grau de arbitrariedade nos julgamentos jurídicos, então, urge que se constitua um critério ou critérios para a sua validação racional.

Essa necessidade de critérios para a validação racional dos julgamentos jurídicos se torna mais patente na medida em que nas sociedades plurais da contemporaneidade membros da mesma comunidade jurídica, com diferentes valores e diferentes visões de mundo, têm que conviver juntos e sob a regência da mesma ordem jurídica, a qual, ao invés de evitar a pluralidade e a diversidade (como em sociedades totalitárias e autoritárias), deve garanti-las. Em sociedades pluralistas sempre surgem interpretações diferentes para diferentes problemas, de modo que um consenso fático que seja suficiente para lidar com as questões práticas postas é muito raro. Não só nessas sociedades, mas, também, em suas ordens jurídicas, e de igual modo entre os juristas das mesmas, há diversidade, e até mesmo divergência de valores, razão pela qual "Valores divergentes sempre aparecem dentro da estrutura geral de uma ordem jurídica e esses podem levar a resultados divergentes em sua aplicação a casos concretos particulares"³⁰, uma vez que sua aplicação requer interpretação valorativa, a qual é sempre condicionada pelo horizonte valorativo do intérprete.

²⁸ Sobre a impossibilidade epistêmica de uma ontologia jurídica, verificar em COSTA, Reginaldo da. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2006, pp. 15-26.

²⁹ Verificar a esse respeito em COSTA, Reginaldo da. *Ética do Discurso e Verdade em Apel*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

³⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 25.

Assim sendo, podemos afirmar que a decisão judicial e a formulação da sentença jurídica são, sempre, baseadas em julgamentos de valor da pessoa que decide, julgamentos de valor esses que, se não são suficientemente justificados do ponto de vista da razão, são muitas vezes arbitrários e irracionais. Uma vez que há uma pretensão de legitimidade na tomada de decisão judicial e uma vez que a dogmática jurídica e a jurisprudência pretendem ter caráter científico, elas devem, então, evitar o máximo possível o decisionismo, a arbitrariedade e a irracionalidade, o que só é possível se partirem de critérios racionais, normativos, que sejam suficientes para garantir confiabilidade a seus julgamentos de valor, explícitos ou implícitos.

4. A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Alexy se propõe a encontrar uma solução para o problema da validade dos julgamentos jurídicos e é com essa intenção que ele pretende elaborar uma proposta que incorpore as grandes conquistas da filosofia da linguagem contemporânea e, por conseguinte, que incorpore as grandes conquistas da ética contemporânea. É nesta perspectiva, que ele irá apontar o discurso jurídico, com sua capacidade legitimadora, como um caminho promissor para tal empreitada.

Assim sendo, para Alexy, se torna um ponto central a reflexão sobre a argumentação jurídica e suas possibilidades como mediação para a efetivação do discurso jurídico, de modo que em seu empreendimento se faz necessária a elaboração de uma teoria da argumentação jurídica. Segundo ele, inicialmente, a argumentação jurídica deve ser compreendida como uma atividade lingüística que se preocupa com a correção das afirmações normativas. Essa atividade lingüística, que ocorre da Corte à sala de aula, se preocupa com a correção das afirmações normativas, podendo ser definida como discurso prático, porém, somente como um caso especial do discurso prático em geral³¹.

Em seu entendimento o discurso jurídico pode ser compreendido de modos bem diferentes, ou seja: ele pode ser compreendido do ponto de vista empírico, analítico ou normativo. A compreensão é *empírica* “quando descreve ou busca explicar a frequência de dado tipo de argumentos, a correlação entre determinados grupos de oradores, situações de discurso e o uso de determinados argumentos ou sua aplicação”³² ou, ainda, quando descreve ou busca explicar “a força dos argumentos, a motivação para usar determinados argumentos ou as concepções predominantes em determinados grupos sobre a validade dos argumentos”³³. Em sua concepção, o trabalho teórico associado a esse tipo de entendimento da argumentação jurídica pertence ao estudo comportamental das práticas jurídicas em geral e da atividade judicial em particular,

³¹ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 25.

³² ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 26.

³³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 26.

tendo, portanto, de ser efetivado com os métodos da ciência social³⁴. A compreensão é *analítica* quando nela se trata da estrutura lógica encontrada de fato ou nos possíveis argumentos e, finalmente, ela é *normativa* quando propõe e justifica os critérios para a racionalização do discurso jurídico³⁵.

Em sua pesquisa sobre a argumentação jurídica, é pretensão de Alexy examinar os critérios para a racionalidade do discurso jurídico. Em seu entendimento o método adotado em sua investigação deve ser definido como normativo-analítico, pois a elaboração desses critérios inclui uma análise lógica da estrutura das justificações. Pode-se dizer, portanto, que ele pretende desenvolver uma teoria normativa e analítica do discurso jurídico.

Sua tese fundamental consiste na afirmação de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático em geral. Assim sendo, há pontos comuns e diferenças entre o discurso jurídico e o discurso prático em geral. Ora, para ele “o ponto comum do discurso jurídico e do discurso prático em geral é que as duas formas de discurso se preocupam com a correção das afirmações normativas”³⁶, de modo que “tanto na afirmação de uma constatação prática geral, como na afirmação de uma constatação jurídica se propõe a reivindicação de correção”³⁷. A diferença básica, que faz do discurso jurídico um caso especial do discurso prático em geral, consiste em que o discurso jurídico acontece no contexto de uma série de condições limitadoras, a saber: a) seu caráter de ligação com a lei; b) a consideração pelos precedentes; c) a inclusão da dogmática usada pelo direito; e, d) embora isso não valha para o discurso da ciência jurídica, sua sujeição às regras de ordem processual.

Assim sendo, a pretensão de validade ou a reivindicação de correção de qualquer

³⁴ Na compreensão de Alexy sobre a ciência social há uma tomada de posição, implícita, e até mesmo explícita, no sentido de que a ciência social trabalha com meros entendimentos empíricos, embora ele não explicite de forma clara que é esse entendimento empírico e qual o seu método. Importa, porém, esclarecer que a compreensão alexyana da ciência social, muito provavelmente, não só é ingênua (acrítica), mas, também, não é a mais adequada, pois há boas razões que justifiquem as seguintes teses: a) o método das ciências sócias não pode ser reduzido à metodologia de uma ciência com abordagem meramente descritiva; b) o método das ciências sociais está mais próximo de uma metodologia das ciências hermenêuticas (ou compreensivas); e, c) nas ciências sociais há, sempre presente, uma dimensão valorativa, de modo que nelas há não só uma mera descrição, mas a formulação de uma compreensão que pressupõe uma interpretação a partir de elementos axiológicos, explícitos ou implícitos, e, portanto, a partir de uma tomada de posição, devendo, por conseguinte, as ciências sociais serem ciências críticas. (A esse respeito verificar o capítulo quarto, intitulado *O a priori da comunidade de comunicação como pressuposto pragmático-transcendental das ciências sociais críticas*, em COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002).

³⁵ Segundo Alexy, na doutrina do método jurídico tradicional da Alemanha se fundem essas três formas de compreensão. Para ele, entre as três existe uma série de relacionamentos, de modo que, por exemplo, “a abordagem empírica pressupõe ao menos uma classificação grosseira dos diversos tipos de argumentos. A perspectiva normativa exige conhecimento das estruturas lógicas dos possíveis argumentos” (ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 26) e a relação entre a abordagem normativa e a empírica pode resultar em perguntas como: “a opinião predominante em um grupo é critério suficiente para a sua racionalidade?” (ALEXY, Robert. Op. Cit. p.26).

³⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.26

³⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.26

enunciado jurídico e, por conseqüência, as pretensões de validade da decisão e da sentença judiciais estão sujeitas a dois fatores condicionantes, ou seja: em primeiro lugar, elas estão sujeitas às condições limitadoras do discurso jurídico e, em segundo lugar (no escopo dessas condições limitadoras), elas são legítimas na mesma medida em que são racionalmente justificáveis. Importa, pois, esclarecer em que consiste a justificação racional dos enunciados jurídicos. A tarefa fundamental é, por conseguinte, esclarecer o que é a justificação racional no escopo das condições limitadoras às quais está sujeito o discurso jurídico.

Para tal esclarecimento, se faz necessário, em primeiro lugar, elucidar o que realmente se quer dizer quando se afirma que uma sentença normativa é racionalmente justificável e é com base nessa elucidação que Alexy formula uma teoria do discurso prático racional³⁸. O cerne da teoria alexyana do discurso prático racional é composto de um total de 22 regras explicitamente formuladas, bem como de uma tábua de 6 formas de argumentos.

Segundo Alexy, a eficácia dessas regras e formas de argumento não deve ser superestimada ou subestimada. Para ele, elas não são axiomas dos quais são deduzidas certas afirmações normativas, mas um grupo de regras e de formas, de vários *status* diferentes, mediante as quais podemos formular argumentos que nos levem a um maior grau de correção das conclusões que se pretende formular. Assim sendo, “as regras do discurso racional prático não prescrevem as premissas das quais as partes de qualquer discurso devem partir”³⁹ e de tal modo que o ponto de partida de qualquer discurso prático consiste das convicções inicialmente dadas pelos parceiros do discurso, tais como: a) a convicção dos pressupostos normativos dos fatos; b) a convicção dos desejos e necessidades percebidos; e c) a convicção da informação empírica processada pelos oradores⁴⁰.

Pode-se dizer, então, que as regras do discurso prático mostram como a partir dos pressupostos iniciais, dados pelos parceiros do discurso, se pode chegar a afirmações normativas bem fundamentas. Assim sendo, “as regras do discurso definem um processo de tomada de decisão, no qual é incerto o que deve formar a base da decisão e no qual

³⁸ Na tentativa de formulação de uma teoria geral do discurso prático racional, Alexy dialoga com diversas propostas, entre elas: a) teorias da filosofia moral analítica (Steveson, Hares, Toulmin e Baier); b) a teoria consensual da verdade de Habermas; c) a teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen (Lorenzen e Schwemmer); e, d) a teoria da argumentação de Perelman. Não pretendemos nesse trabalho expor a interpretação de Alexy acerca dessas diversas teorias e nem tampouco esclarecer o que delas ele incorpora ou que delas ele rejeita em sua proposta (Verificar em ALEXY, Robert. Op. Cit. pp. 45-90)

³⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.28.

⁴⁰ Importa compreender que esse ponto de partida é sempre variável, pois se pode partir de convicções normativas, desejos, necessidades e informações empíricas diferentes. Assim sendo, mesmo que se use o mesmo procedimento no discurso prático (as regras e as formas do discurso prático), uma vez que os pontos de partida podem ser diferentes, os resultados oriundos do discurso prático serão, também, diferentes. Importa, também, perguntar a Alexy se não há como avaliar a validade das premissas ou pontos de partida, pois caso isso não seja possível, apesar do uso do procedimento do discurso, poderemos partir de premissas falsas ou incorretas, o que condicionará e prejudicará a pretensão de validade da conclusão, pois, como já nos ensinou a lógica clássica, se partirmos de premissas falsas, muito provavelmente as conclusões serão também falsas.

nem todos os passos estão prescritos⁷⁴¹, o que, na compreensão de Alexy é, por um lado, uma deficiência, e, por outro, uma vantagem.

Conforme Alexy, a vantagem consiste em que “a base geral da decisão e uma série de passos isolados no processo de toma de decisão não são estabelecidos por quaisquer teóricos da teoria da decisão (...) porém ficam a critério das pessoas mais diretamente implicadas⁷⁴², pois, se assim não fosse, teriam também os teóricos da teoria da decisão de estabelecer os pontos de partida dos discursos práticos, o que não é razoável pois o fariam com base em suas próprias opiniões e convicções pessoais, as quais seriam pressupostas, mas, não validadas. A desvantagem se dá na medida em que as bases são incertas, isto é, postas e pressupostas com base nas convicções dos participantes do discurso.

Nesta perspectiva, conforme Alexy, “Podemos entender a tarefa da teoria do discurso precisamente como a de criar normas que, por um lado, sejam suficientemente fracas, portanto, de pouco conteúdo normativo, (...) e, por outro lado, sejam fortes, que qualquer discussão baseada nelas seja designada como racional⁷⁴³. A essa fraqueza de conteúdo agrega-se, ainda, o fato de que algumas das regras do discurso só podem ser cumpridas por aproximação. Nesse contexto, alguém poderia objetar a validade das regras do discurso afirmando que suas fraquezas impossibilitam que através do discurso se chegue a qualquer certeza final, o que para Alexy não invalida o discurso e suas regras, pois, apesar disso, elas são de considerável importância como um critério para julgar a correção das afirmações normativas.

No entendimento de Alexy, embora as regras do discurso não possam produzir no campo do que é discursivamente possível qualquer tipo de certeza final, elas servem como um instrumento crítico para excluir tudo o que não seja racional em uma justificação objetiva. Ora, para ele, uma norma ou diretriz isolada que satisfaça os critérios determinados pelas regras do discurso pode ser considerada racionalmente ‘justa’, razão pela qual a teoria do discurso revela-se um empreendimento promissor para a teoria jurídica. Assim sendo, “a teoria do discurso é um dos caminhos (...) possíveis de analisar o conceito tão central de jurisprudência⁷⁴⁴, pois a aplicação das regras do discurso prático possibilitam o estabelecimento de uma justificação racional não só para sentenças normativas do discurso prático em geral, mas, também, guardadas as devidas distinções, para as sentenças normativas do discurso jurídico.

Após a elucidação do que realmente se quer dizer quando se afirma que uma sentença normativa é racionalmente justificável e após o esclarecimento da mediação

⁴¹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.28.

⁴² ALEXY, Robert. Op. Cit. p.28. Uma vez que o resultado do discurso afeta as pessoas envolvidas e uma vez que os pressupostos que formam a base do discurso condicionam o resultado, conforme Alexy nada mais razoável do que deixar para os próprios envolvidos no discurso o estabelecimento desses pressupostos. Cabe, porém, aqui a indagação sobre a validade desses pressupostos, pois se não há um critério para a validação desses pressupostos, os mesmos são arbitrários; além disso, na medida em que eles, junto com o discurso, condicionam os resultados, em sendo eles arbitrários, o resultado do discurso será fortemente marcado pela arbitrariedade.

⁴³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.28.

⁴⁴ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.29.

da teoria do discurso para tal afirmativa, tematizemos, em sua especificidade, o discurso jurídico e sua justificação racional. Como vimos anteriormente o discurso jurídico é uma expressão particular do discurso prático, expressão essa que caracterizada por se efetivar sob condições limitadoras. Desse modo, o discurso jurídico se distingue do discurso prático geral pelo fato de ser restrito em sua efetivação pelos seguintes elementos determinantes: a) pelo estatuto; b) pelos precedentes; c) pela dogmática legal⁴⁵; e, no caso dos procedimentos judiciais, d) pela legislação e regulamentações processuais. As razões da razoabilidade, da aceitabilidade e da necessidade dessas restrições do discurso jurídico se devem a que ele tem de resolver questões práticas em um curto espaço de tempo e para tal não podemos partir nem do amplo alcance do que é meramente possível discursivamente e nem do amplo alcance da natureza experimental de quaisquer conclusões possíveis.

Nesta perspectiva, conforme Alexy, no discurso jurídico devemos partir de algumas presunções, ou seja: “Pode-se presumir que quaisquer participantes num processo de deliberação racional (...) decidiram a favor da inclusão de procedimentos para criar regras de lei positiva, bem como procedimentos para a análise científica e para a aplicação dessas regras”⁴⁶. Assim sendo, pode-se presumir que tais participantes “decidiram a favor da institucionalização de estudos jurídicos científicos e de alguma forma, não necessariamente a praticada correntemente, de discurso judicial”⁴⁷, o qual se efetiva sob as condições limitadoras a cima mencionadas⁴⁸.

Uma vez que o discurso jurídico ocorre sob condições limitadoras, importa investigar como essas condições limitadoras devem ocorrer na prática. Para esse desiderato será necessária a determinação não só das regras segundo as quais as condições limitadoras devem ser levadas em conta, mas, também, determinar as formas de argumentos que se articulem com referência a elas⁴⁹. Conforme Alexy, na perspectiva dessa determinação, há um problema importante a ser examinado, que é o seguinte: “a questão do relacionamento do discurso jurídico com a argumentação prática em geral”⁵⁰.

A resposta a essa questão pode tomar dois vetores distintos, isto é, o vetor que defende a subordinação do discurso jurídico ao discurso prático em geral e o vetor que rejeita tal subordinação. O primeiro vetor, afirma que a justificação de um enunciado

⁴⁵ No entendimento de Manuel Atienza, “A dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe essencialmente distinguir as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”. ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p.19.

⁴⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.29.

⁴⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.29.

⁴⁸ Importa lembrar que ao procedimento do discurso prático em geral não se impõem como pressupostos necessários a inclusão de procedimentos para criar regras da lei positiva, a obrigatoriedade da lei positiva e nem sua aplicação nos tribunais.

⁴⁹ Conforme Alexy, nessa perspectiva, é possível fazer uma distinção entre as regras e formas que são válidas para todos os tipos de discurso jurídico e aquelas que representam um papel em apenas determinadas formas de discurso. (Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p.29).

⁵⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.30.

jurídico se dá através dos critérios do discurso prático em geral e que a justificação jurídica apenas serve como legitimação secundária de qualquer conclusão que se chegue a esse respeito. Segundo essa tese, “sempre que houver casos em que a solução não pode ser derivada conclusivamente da lei, o discurso jurídico não passa de um discurso prático em geral por detrás de uma fachada jurídica”⁵¹.

O segundo vetor, rejeita a tese da subordinação e defende a suplementação ou a integração. Quem defende a suplementação, sustenta que “a argumentação jurídica só pode ir até uma parte do caminho, chegando a um ponto em que os argumentos jurídicos não estão mais disponíveis”⁵², sendo necessária, então, a intervenção da argumentação prática geral. Por sua vez, quem defende a integração, e essa é a posição de Alexy, sustenta que argumentos especificamente jurídicos e argumentos práticos gerais devem ser combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente”⁵³.

Adotando a tese da integração, Alexy se vê diante da necessidade de estabelecer critérios a partir dos quais essa integração deve ser legitimamente efetuada, de modo que haja no discurso jurídico, que não é restrito a elementos especificamente jurídicos, sua conciliação não só com a lei positiva, mas, também, com os elementos dogmáticos. O estabelecimento desses critérios de integração é um dos objetivos da teoria da argumentação jurídica de Alexy, embora o objetivo fundamental seja o estabelecimento de critérios para a argumentação jurídica e, por consequência, para o estabelecimento de sua necessária função na formulação de julgamentos jurídicos racionalmente válidos.

5. A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

No entendimento de Alexy, a discussão metodológica demonstra que há a necessidade de uma nova formulação de uma teoria da argumentação jurídica racional que não pode ser confundida com a proposta da tópica, pois a mesma tem uma série de limites que devem ser superados em uma teoria da argumentação jurídica adequada ao enfrentamento da demanda de justificação racional dos julgamentos jurídicos nos tempos atuais.

5.1 – A teoria tópica e seus limites.

Antes de desenvolver sua teoria da argumentação jurídica, para que não hajam compreensões equivocadas, Alexy considera necessário fazer a distinção da sua proposta frente à teoria tópica⁵⁴. Para ele, nesse contexto, o que

⁵¹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.30.

⁵² ALEXY, Robert. Op. Cit. p.30.

⁵³ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.30.

⁵⁴ Para Viehweg, “A tópica é uma técnica de pensar por problemas desenvolvida a partir da retórica” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p.16), de modo que “O aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica de pensamento que está orientada para o *problema*” (VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 33) e mais,

se deve entender por tópica “pode significar 3 coisas diferentes: 1) uma técnica de buscar premissas para um argumento; 2) uma teoria quanto à natureza das premissas; e 3) uma teoria sobre a aplicação das premissas nos argumentos justificativos da lei”⁵⁵. Assim sendo, em seu entendimento, a teoria dos tópicos, como uma técnica de busca de premissas, defende a consideração de todo ponto de vista possível que se relacione com a questão em pauta.

Na compreensão de Alexy, a teoria tópica considerada como teoria da natureza das premissas é do maior interesse, porém, ela tem limitações, e não somente como teoria das premissas, com as quais ele não concorda. Segundo essa teoria sempre que uma argumentação se origina de um topos (*topoi*⁵⁶) como ponto de partida, as proposições tomadas como ponto de partida são consideradas plausíveis, razoáveis, geralmente aceitas⁵⁷ ou prováveis, não sendo as mesmas consideradas, portanto, nem verdades provadas e nem afirmações da vontade arbitrária⁵⁸.

Ora, para Alexy, essa teoria, enquanto teoria das premissas, é parcialmente falsa, pois “não diferencia suficientemente entre as várias premissas necessárias para o processo de uma justificação jurídica das decisões”⁵⁹; além disso, ela é falsa, não só por não fazer justiça ao papel representado pelas normas legais mencionadas no discurso jurídico, mas, também, por sua “incapacidade de fazer (...) justiça ao caráter de autoridade da argumentação jurídica no contexto da dogmática jurídica institucionalmente perseguida e no contexto do caso de precedentes jurídicos”⁶⁰; ora, para ele, uma teoria da argumentação jurídica deve fazer justiça tanto ao *status* da dogmática jurídica, quanto ao *status* dos precedentes.

Pode-se dizer, ainda, que a tópica, além do fracasso em entender a importância da lei, da dogmática e dos precedentes, tem como problema fundamental sua orientação para estruturas superficiais de argumentos padrão, como, por exemplo: <não se pode exigir nada de impossível> ou <tudo o que é intolerável não tem força de lei>. Ora, importa refletir sobre a suficiência legitimadora desses argumentos, eles de nada

ainda, “ela apresenta uma estrutura espiritual que inclusive em suas particularidades se distingue claramente de uma estrutura dedutivo-sistemática” VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p.16.

⁵⁵ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.31. Na compreensão de Viehweg, “a Jurisprudência, como técnica que está a serviço de uma aporia, deve corresponder com os pontos essenciais da tópica” (VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 25) de modo que é preciso descobrir na tópica a estrutura que convém à jurisprudência.

⁵⁶ Segundo Viehweg, “a expressão <<topoi>> criada por Aristóteles aparece na *Tópica* no final do primeiro livro” VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 25. (verificar a esse respeito em, ARISTÓTELES. *Organon. V. Tópicos*. Lisboa: Guimarães Editores, LDA. 1987, p. 47).

⁵⁷ Conforme Viehweg, “*Topoi*” são para *Aristóteles* (...) pontos de vista empregáveis em muitos sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra ao opinável e podem conduzir à verdade” VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. pp. 24 e 25.

⁵⁸ No entendimento de Viehweg, “A função dos topoi, e é indiferente que esses topoi se apresentem como topoi gerais ou como topoi especiais, consiste, pois, no fato de servir à discussão de problemas. Disso decorre, que eles devem ter uma especial importância quando se trata da esfera de problemas determinados, cuja natureza vem sendo o fato de não perder de todo o caráter problemático” VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 39.

⁵⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.31.

⁶⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.31.

adiantam quando não há acordo sobre o que intolerável ou impossível. Como, então, decidir o que é intolerável ou impossível? Para Alexy, não se pode responder a essas questões criando afirmações adicionais do mesmo nível de generalidade, pois isso seria apenas fugir a questão.

Assim sendo, a tópica, com sua exigência de que sejam considerados todos os aspectos é uma teoria problemática, pois ela nada diz qual e porque esse ou aquele aspecto é decisivo e nem o que deve contar prioritariamente como premissa. Para Alexy, embora seja verdadeira a tese de Viehweg de que a discussão é o único fórum de controle, ele não oferece critérios suficientes para a validade racional da discussão e, por conseguinte, para a validade racional de seu resultado. Ora, sabemos que o resultado de uma discussão, mesmo sendo consensual, pode não ser um resultado válido, pois a discussão sem regras racionais suficientes que a norteiem e a limitem pode, facilmente, levar a conclusões irracionais. Conforme Alexy, Struck menciona várias dessas regras, porém, ele as considera inadequadas, porquanto elas não contêm nada sobre o papel da lei, da dogmática e dos precedentes.

Apesar da contribuição e dos esforços da tópica⁶¹, podemos dizer que a tópica fracassou e que seus fracassos se deram, por um lado, porque ela subestimou a importância da lei, da dogmática e dos precedentes, e, por outro lado, por ela ter oferecido um conceito pouco preciso de discussão e uma análise insuficiente da estrutura da argumentação⁶². Para Alexy, devido às limitações da tópica, se faz, então, necessária uma teoria da argumentação que, diferentemente da tópica, supere a superficialidade de seus critérios de validade racional dos julgamentos jurídicos e que, com isso, consiga estabelecer, através de critérios racionais suficientes, uma conexão conceitual entre as idéias de justificação, de discussão e de decisão racionais para o campo dos julgamentos jurídicos; e é uma teoria da argumentação jurídica capaz de superar essas limitações e realizar essa conexão conceitual a que ele pretende desenvolver.

6. A DISCUSSÃO METODOLÓGICA COMO REVELADORA DA NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA RACIONAL CONTEMPORÂNEA.

No entendimento de Alexy, sua proposta de teoria da argumentação

⁶¹ Para Viehweg a tópica afasta a jurisprudência do modelo axiomático-dedutivo e faz com que ela não se converta em um método. Nessa perspectiva, ela deu grandes contribuições para a jurisprudência, ou seja: “a tópica tem prestado grandes serviços à jurisprudência” (VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 77) e “é próprio dela fazer com que a jurisprudência não possa converter-se, num método” (VIEHWEG, Theodor. Op. Cit. p. 77); para Atienza, “Apesar de todas as críticas, a obra de Viehweg contém algo importante: a necessidade de racionar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica”. ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p.77.

⁶² Assim, também, pensa Atienza, pois, conforme seu entendimento, “é necessário reconhecer que na tradição do pensamento da tópica jurídica inaugurada por Viehweg pode-se encontrar sugestões e estímulos de inegável valor para quem deseja começar a estudar – e a praticar – o raciocínio jurídico; mas, por si mesma, ela não fornece uma base sólida sobre a qual se possa edificar uma teoria da argumentação jurídica”. ATIENZA, Manuel. Op. Cit. p.79.

jurídica vai ao encontro das necessidades da atual discussão metodológica. Para ele, não só Viehweg, mas, também, Hassemer, Rödiger, Esser e Kriele advogam a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica. Enquanto Viehweg “acha necessário elaborar uma teoria da argumentação jurídica como retórica inteiramente desenvolvida e atualizada”⁶³, Hassemer fala da “necessidade de uma teoria da argumentação jurídica como um dos mais urgentes desejos da ciência jurídica”⁶⁴ e Rödiger assinala que “os juizes (...) têm também de entender como argumentar racionalmente em áreas nas quais as condições prévias de provas lógicas não existem”⁶⁵.

Além disso, a Corte constitucional alemã ao estabelecer que o Direito não é idêntico à totalidade das leis, indica abertamente a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica, o que se evidencia quando ela compreende que:

“A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode exigir em particular que (...) julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional, mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes da lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário”⁶⁶.

Assim sendo, uma vez que há esse elemento discricionário na atividade julgadora do juiz, se não houver um critério legítimo para o exercício dessa discricionariedade, as decisões e as sentenças dos juizes podem ser arbitrárias (logo, ilegítimas) e os juizes, na mesma medida em que pretendem correção em seus julgamentos, devem se precaver e evitar essas arbitrariedades. Ora, para evitar essa possível arbitrariedade se faz necessária a fundamentação das decisões através de uma argumentação racional.

Nesse horizonte, se a lei escrita não é suficiente para prover uma justa resolução de problemas legais, então, essa insuficiência é sanada quando a decisão judicial se apóia, também, nos critérios da razão prática, que contribuem para uma implementação dos conceitos de justiça da comunidade. Nesse contexto, importa que se explicita, com toda clareza possível, o que se deve entender por <argumentação racional> e por <razão prática>. Conforme Alexy, embora suas propostas de teoria da argumentação jurídica deixem a desejar, Esser e Kriele advogam a possibilidade da argumentação jurídica racional relevante⁶⁷; pois bem, para Esser:

“existe essa racionalidade da argumentação exterior ao sistema dogmático e seus métodos – na medida em que a organização sobre o consenso de uma racionalidade de uma solução no enquadramento de

⁶³ VIEHWEG, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p.33.

⁶⁴ HASSEMER, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p.33.

⁶⁵ RÖDIG, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p.33.

⁶⁶ ALEXY, Robert. Op. Cit. p.34.

⁶⁷ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 34.

certas alternativas jurídicas constitui o verdadeiro processo de persuasão da lei”⁶⁸.

Embora Esser, como identificamos na citação acima, tenha ressaltado a importância da argumentação racional para a justificação da decisão jurídica frente às alternativas jurídicas - com vistas ao consenso jurídico -, no entendimento de Alexy, sua concepção peca por não apresentar o conceito de argumentação racional e nem o conceito de consenso. Kriele, por sua vez, considera que o conceito de razão é um dos conceitos centrais da ciência jurídica, razão pela qual sustenta a tese de que considerações de razão correta governam toda a lei. Assim sendo, para ele, representa papel decisivo dos tipos de argumentação racional a deliberação sob as conseqüências das máximas que subjazem a um julgamento, conseqüências essas que devem ser abordadas do ponto de vista do interesse geral ou, no caso de conflitos de interesse, do ponto de vista do interesse mais fundamental. Na compreensão de Alexy, essa proposta de Kriele também deixa a desejar, pois ela não fornece critérios suficientes para a determinação do que é o interesse geral ou para a determinação do que deve ser considerado o interesse mais fundamental; isso ocorre, principalmente, porque em sua teoria não está claro o papel dos tipos de argumentação racional⁶⁹.

Apesar das limitações das propostas de Esser e Kriele, elas apontam para a necessidade de que metodologia jurídica contemporânea elabore uma teoria da argumentação jurídica racional que seja suficiente para atender à demanda de menos arbitrariedade e de maior correção e, portanto, de maior validade nos julgamentos jurídicos. Embora autores como Luhmann sustentem a tese de que não se podem fornecer critérios para estâncias de valor e, portanto, critérios para a inevitável valoração inerente às decisões judiciais, de modo a garantir sua pretensão de razoabilidade e, com isso evitar suas possíveis arbitrariedades, Alexy considera ser possível a construção de uma teoria racional da argumentação jurídica; teoria essa que, uma vez desenvolvida e implantada, poderá contribuir para evitar arbitrariedades nos julgamentos jurídicos e, com isso, aproximar o direito da correção e da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 1ª. Edição. São Paulo, Landy, 2001.

ARISTÓTELES. *Organon.V. Tópicos*. Lisboa: Guimarães Editores, LDA, 1987.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2002.

COSTA, Reginaldo da. *Ética e Filosofia do Direito*. Rio – São Paulo – Fortaleza,

⁶⁸ ESSER, *apud* ALEXY, Robert. Op. Cit. p.34.

⁶⁹ Verificar a esse respeito em ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 34.

ABC Editora, 2006.

_____. *Ética do Discurso e Verdade em Apel.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997

PERELMAN, Chäin. *Ética e Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Lógica Jurídica.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985,

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.