

Teoria da Argumentação Jurídica Aplicada à Atividade Jurisdicional

RAFAEL DA SILVA ROCHA

Graduado e Mestre em Direito pela UERJ, Oficial de Justiça Federal.

Submissão: 18.02.2011

Parecer 1: 06.05.2011

Parecer 2: 06.05.2011

Decisão Editorial: 08.05.2011

RESUMO: Partindo da premissa de que o aplicador do Direito deve realizar juízos de valor, Alexy desenvolveu uma teoria da argumentação jurídica capaz de proporcionar respostas racionais para os problemas jurídicos. Isso aconteceria sempre que fosse seguido o procedimento descrito nas vinte e três regras do “discurso prático geral” (inspiradas na teoria do discurso habermasiana) e nas dezoito regras do “discurso jurídico”, que seria um caso especial do primeiro. Até para interpretar uma norma jurídica, isto é, escolher um entre os vários significados possíveis, o aplicador do Direito deveria argumentar, permitindo assim que os outros verifiquem se a sua interpretação está correta. Como os juízes têm o dever de fundamentar suas decisões, a teoria da argumentação jurídica pode ser útil à atividade jurisdicional, conferindo-lhe legitimidade democrática.

PALAVRAS-CHAVE: Alexy; teoria do discurso; razão prática; valores; direitos fundamentais.

ABSTRACT: Assuming that the enforcer of the law must make value judgments, Alexy developed a theory of legal argumentation able to provide rational answers to legal problems. This would happen whenever it was followed the procedure described in the twenty-three rules of “general practical discourse” (inspired by Habermas theory of discourse) and in the eighteen rules of “legal discourse”, that would be a special case of the first. Even to interpret a rule of law, *i.e.*, choose one among several possible meanings, the enforcer of the law should argue, allowing others to check if the interpretation is correct. As judges are required to justify their decisions, the theory of legal argumentation may be useful to the court activity, giving it democratic legitimacy.

KEYWORDS: Alexy; theory of discourse; practical reason; values; fundamental rights.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Discurso prático geral; 1.1 A teoria do discurso de Jürgen Habermas; 1.2 O discurso prático de Robert Alexy; 1.3 As regras do discurso prático; 2 Teoria da argumentação jurídica; 2.1 A tese do caso especial; 2.2 A pretensão de correção; 2.3 O direito como um modelo procedimental; 2.4 A interpretação jurídica; 2.5 As regras do discurso jurídico; 3 Da teoria à prática: por uma fundamentação racional das decisões judiciais; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A aplicação rigorosa da lei pelo juiz, como queriam os adeptos do positivismo metodológico, é uma realidade cada vez mais distante do mundo prático. Multiplicam-se casos tão inéditos quanto complexos, que não podem ser resolvidos segundo normas jurídicas¹. Para determinar a filiação de uma criança nascida de uma gestação de substituição ou para decidir sobre a manipulação genética em embriões – só para citar alguns exemplos da biotecnociência –, o juiz não poderá recorrer à lei, sendo certo que, pelo menos no Brasil, não existe regulamentação legal sobre esses e outros tantos assuntos. Sendo-lhe vedado o *non liquet*, o magistrado não pode se eximir de julgar nenhum caso, devendo sempre argumentar por que a sua decisão lhe parece juridicamente correta.

Havendo mais de uma solução possível para o mesmo problema, quem decide deve escolher aquela que lhe parece ser a *melhor alternativa*, segundo o seu juízo de valor. Ao contrário do que defendiam os positivistas, a valoração jurídica não será necessariamente arbitrária, especialmente se houver um controle externo sobre o que o intérprete afirma e se for exigido que ele decida segundo parâmetros objetivos.

Na Alemanha, por exemplo, a *argumentação racional* deve estar presente em todos os debates realizados em juízo, já que, por determinação do Tribunal Constitucional Federal alemão, as decisões dos juízes devem ser racionais². Tanto lá como aqui, é possível controlar a racionalidade da argumentação dos juízes, já que a eles se atribui o dever de fundamentar suas decisões, sob pena de nulidade³. A fundamentação é importante porque nela se verifica a efetiva correspondência entre o que está sendo decidido e o ordenamento jurídico. Como os juízes não são eleitos, é por meio da correta aplicação das leis e da Constituição – que emanam da vontade popular – que é suprido o déficit de legitimidade democrática das decisões judiciais.

É por isso que, ao realizar um juízo de valor, o juiz não deve agir de acordo com as suas convicções pessoais, e sim de um modo racional, fazendo afirmações que sejam racionalmente justificáveis à luz do ordenamento jurídico vigente. Portanto, além de fundamentar o que afirma, o juiz deve decidir de acordo com os valores que a Constituição estabelece na parte dos direitos fundamentais, tais como liberdade, igualdade, solidariedade, justiça social, etc.

A propósito, Robert Alexy afirma que a positivação dos direitos fundamentais foi de grande importância, pois, entre outras razões, permitiu a abertura do

1 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 19.

2 BverfG E 34,269.

3 Vide art. 93, inciso IX, da Constituição Federal: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

sistema jurídico em relação ao sistema moral⁴. Por ser autônoma, a moral diz respeito à consciência de cada um e só se realiza se houver a adesão voluntária dos obrigados. Com o advento dos direitos fundamentais, houve uma “institucionalização da moral no direito”⁵ e a atribuição de força cogente a imperativos antes exclusivamente morais, o que requer a reintrodução da axiologia na ciência jurídica. Por essa razão, Alexy se propõe a descobrir “onde e até que ponto os julgamentos de valor são necessários” e admite que eles devem se relacionar com argumentos “especificamente jurídicos”⁶. Assim, ao desenvolver a sua *teoria da argumentação jurídica*, Alexy buscou se situar no ponto intermediário entre o “determinismo dogmático” e o “decisionismo subjetivista” em relação à fundamentação das decisões jurídicas, gênero do qual fazem parte as decisões judiciais⁷.

Neste trabalho, pretende-se investigar se as ponderações de Alexy sobre a realização de juízos de valor no Direito podem auxiliar o juiz na tarefa de motivar as suas decisões. Antes, porém, faz-se necessária uma breve apresentação dos principais aspectos da teoria da argumentação jurídica de Alexy e do caminho que ele percorreu para desenvolvê-la.

1 DISCURSO PRÁTICO GERAL

1.1 A TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS

Para desenvolver a sua teoria da argumentação jurídica, Alexy parte da teoria do discurso racional, principalmente na forma exposta por Habermas, e sustenta a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. A teoria de Alexy é, ao mesmo tempo, uma reinterpretação e uma sistematização da teoria do discurso prático habermasiana e uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito⁸.

O discurso, no sentido habermasiano, se dá quando o falante precisa fundamentar a verdade de suas afirmações (discurso teórico) ou demonstrar que determinada ação ou norma de ação seja correta (discurso prático). O discurso é argumentativo, mas não é só um encadeamento de proposições. É também um tipo de interação, de comunicação, em que os participantes se submetem à “coação não coativa” do melhor argumento para chegar a um acordo sobre a validade das pretensões problemáticas. Esse consenso só é válido em uma situação ideal, hipotética, de total liberdade e simetria entre os participantes⁹.

4 FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *Uma introdução à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy*. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado, 2003. p. 45.

5 STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1766/1406>>. Acesso em: 10 jan. 2010, p. 20.

6 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 21.

7 FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Op. cit., p. 69.

8 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 160.

9 Idem, p. 162.

Habermas sustenta que as questões práticas são suscetíveis de “verdade”, razão pela qual podem ser decididas racionalmente, prevalecendo o “melhor argumento”. Verdade, para Habermas, é o “assentimento potencial de todos os demais”. Assim, um enunciado é verdadeiro quando qualquer um que pudesse entrar em discussão com o falante atribuísse o mesmo predicado ao mesmo objeto¹⁰. Essa é a teoria “consensual” da verdade, que se contrapõe à teoria da verdade como correspondência entre enunciados e fatos¹¹.

Ainda segundo Habermas, todo ato de fala consensual contém uma *pretensão de validade*. Afinal, o falante pretende que o que ele está dizendo seja válido ou verdadeiro em um sentido amplo, em quatro sentidos: o falante deve ter uma *pretensão de verdade*, no sentido de buscar o “assentimento potencial” dos demais, o que permite ao ouvinte participar do discurso; deve existir uma *pretensão de inteligibilidade*, porque todo falante quer ser entendido; há também uma *pretensão de veracidade*, no sentido de que o falante esteja sendo sincero e acredite naquilo que fala; e, por fim, uma *pretensão de correção*, no sentido de que o conteúdo do enunciado corresponda às normas e aos valores vigentes, de modo que os participantes do discurso possam concordar entre si¹².

A construção de uma situação ideal de fala é o recurso usado por Habermas para justificar a plausibilidade do discurso prático, sob certas condições de *reciprocidade igualitária*: todos os participantes devem ser verídicos; todos os interessados podem participar; todos podem problematizar qualquer afirmação; todos podem introduzir quaisquer argumentos; e ninguém pode ser coagido¹³.

Embora seja uma noção contrafática, a situação ideal de fala habermasiana funciona como um parâmetro crítico para a avaliação dos processos argumentativos concretos. Por meio da aceitação racional de pretensões de validade e do estabelecimento de uma cultura argumentativa, a tese de Habermas contribuiu para o fortalecimento da democracia¹⁴.

1.2 O DISCURSO PRÁTICO DE ROBERT ALEXY

O discurso prático de Alexy é uma atividade racional de fundamentação em relação a questões práticas, da qual podem participar uma quantidade ilimitada de indivíduos. Na visão do autor, normas morais e juízos são dotados de pretensão de veracidade, podendo ser apreendidos cognitivamente.

10 Idem, p. 161.

11 LEAL, Rogério Gesta. Verbete “HABERMAS, Jürgen”. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 406.

12 ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 161-162.

13 MAIA, Antônio Cavalcanti. Verbete “argumentação”. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 64.

14 Idem, ibidem.

Por isso, podem ser demonstrados como universalmente válidos por meio de um procedimento que os qualifica como racionais¹⁵.

O ponto de partida do discurso corresponde às diferentes convicções normativas de cada participante sobre: i) como o problema prático deve ser corretamente resolvido e ii) como os interesses dos demais participantes devem ser interpretados. Toda convicção relevante pode ser modificada por meio dos argumentos apresentados no curso do procedimento¹⁶.

Sobre as regras do procedimento do discurso, Alexy afirma que deveriam ser fracas a ponto de permitir que pessoas com diferentes concepções normativas pudessem participar do debate por concordar com elas, mas fortes o suficiente para que o resultado fosse considerado racional. Além de garantir a racionalidade da argumentação, as regras do discurso também devem promover a sua imparcialidade, já que a liberdade e a igualdade dos participantes são condições de possibilidade racional da argumentação prática¹⁷. Por meio do discurso, os participantes desenvolvem a sua capacidade para julgar razões boas e más. É nisso que consiste o “elo perdido” entre as regras do discurso e a correção do resultado¹⁸.

1.3 AS REGRAS DO DISCURSO PRÁTICO

A teoria geral do discurso prático de Alexy compreende uma tábua de seis formas de argumentos e um sistema de vinte e três regras, divididas em cinco grupos, a saber: regras fundamentais, regras da razão, regras de carga da argumentação, regras de fundamentação e regras de transição¹⁹.

No primeiro deles, reúnem-se as regras fundamentais, cuja validade é condição para qualquer comunicação linguística em que se trate da verdade ou da correção de uma afirmação. Aplicam-se tanto ao discurso teórico como ao discurso prático, enunciando os princípios da não contradição, da sinceridade, da universalidade e do uso comum da linguagem²⁰⁻²¹.

15 ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Verbete “ALEXY, Robert”. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 33.

16 *Ibidem*, p. 33.

17 Essas exigências de simetria e liberdade também estiveram presentes no discurso habermasiano, cf. ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 163.

18 ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *Op. cit.*, p. 33-34.

19 ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 186-200.

20 “1.1) Nenhum falante pode contradizer-se. 1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita. 1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes. 1.3') Todo falante só pode afirmar os juízos de valor e de dever que afirmaria dessa mesma forma em todas as situações em que são iguais em todos os aspectos relevantes. 1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.”

21 VELLOSO, Andrei Pitten. Racionalidade na concretização judicial de direitos sociais originários: o papel da universalidade na ponderação de princípios. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/andrei_velloso.htm>. Acesso em: 31 maio 2009, p. 5-6.

Em seguida, no grupo das regras da razão, destaca-se a “regra geral de fundamentação”, com o seguinte enunciado: “2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”. As outras três regras remetem aos requisitos da situação ideal do diálogo habermasiano: igualdade de direitos, universalidade e não coerção²².

No terceiro grupo, existem regras que estabelecem como cada participante deve se comportar em relação aos demais, atribuindo ônus argumentativos para quem suscita questões alheias ao objeto da discussão – inclusive opiniões ou desejos pessoais – ou tem seus argumentos refutados por um dos participantes²³.

Por outro lado, as regras de fundamentação referem-se a características da argumentação prática, como a universalidade (as três primeiras regras), a racionalidade (quarta e quinta regras) e o objetivo de resolver questões práticas existentes de fato (sexta regra)²⁴. Por fim, as regras de transição regulam a passagem para um discurso prático ou analítico²⁵.

Quanto às formas dos argumentos, são, na verdade, subformas de uma forma geral de argumento, segundo a qual um enunciado normativo qualquer (N*) deve ser fundamentado por meio de uma regra de qualquer nível (R*) e uma razão (G, de *Ground* = razão, fundamento)²⁶. A partir disso, há duas ma-

22 “2.1) Quem pode falar pode participar do discurso. 2.2) a) Todos podem problematizar qualquer asserção. b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso. c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades. 2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em 2.1 e 2.2, mediante coerção interna e externa ao discurso.”

23 “3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo. 3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso. 3.3) Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos. 3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentam como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação.”

24 “5.1.1) 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. 5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos. 5.1.3) Toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral. 5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação: a) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou b) Se originariamente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes. 5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis. 5.3) É preciso respeitar os limites de possibilidade de realização dados de fato.”

25 “6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico). 6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem. 6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso.”

26 4.) G
R*
N*

neiras básicas de se fundamentar um enunciado normativo singular: por meio de um enunciado de fato que descreva as condições de aplicação de uma regra (T, de *Tatsache* = caso concreto) ou pela avaliação das consequências de N (F, de *Folge* = consequência) e por meio de uma regra (R)²⁷. As outras subformas resolvem disputas entre fatos ou regras (sendo R' uma regra que exige R sob uma condição T')²⁸ e estabelecem relações de prioridade (P) entre regras, sob determinadas condições (C) ou não²⁹⁻³⁰.

Alexy admite que as regras do discurso não determinam um resultado único da argumentação em todos os casos. Elas apenas excluem os enunciados, discursivamente, impossíveis (por serem incompatíveis com as regras do discurso), tornando os enunciados opostos discursivamente necessários. Portanto, para reduzir a irracionalidade dos pressupostos normativos, as regras do discurso afastam teses metafísicas duvidosas, pressuposições empíricas falsas, renúncia à ponderação, etc³¹.

No entanto, tanto um enunciado normativo como a sua negação podem ser discursivamente possíveis (isto é, compatíveis com as regras do discurso). Não existe uma única decisão jurídica correta para cada caso, pois as regras do discurso não estabelecem o ponto em que os participantes devem iniciar o debate, nem as suas premissas. As regras do discurso apenas indicam como se pode chegar a enunciados normativos fundamentados, partindo-se do ponto inicial escolhido pelos participantes, de acordo com as suas convicções normativas e a interpretação dos interesses dos outros. Além disso, as regras do discurso não prescrevem todos os passos da argumentação e, às vezes, são cumpridas de maneira apenas aproximada. Daí porque resultados diferentes são possíveis. Só haveria uma resposta prática correta para cada problema se o discurso terminasse em consenso, o que não constitui uma condição necessária, embora, em tese, isso seja possível no discurso ideal, infinito³². Pode-se dizer, então, que “as regras do discurso definem um processo de tomada de decisão, no qual é incerto o que deve formar a base de decisão e no qual nem todos os passos estão prescritos”³³.

Em síntese, a razão prática pode ser definida como a faculdade que permite chegar a juízos práticos de acordo com um sistema de regras. O ponto fra-

27 4.1) T e 4.2) F

$\frac{R}{N}$ $\frac{R}{N}$

28 4.3) FR e 4.4) T'

$\frac{R'}{R'}$ $\frac{R'}{R}$

29 4.5) Ri P Rk ou então R'i P R'k e 4.6) (Ri P Rk) C ou então (R'i P R'k)C.

30 ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 167-169.

31 ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Op. cit., p. 34.

32 Idem, ibidem.

33 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 28.

co da teoria seria a sua incapacidade para oferecer uma base direta e vinculante de decisões práticas para a solução de conflitos sociais. Afinal, nem sempre o discurso leva a resultados claros e até mesmo resultados contraditórios entre si são possíveis³⁴. Outro problema é que, mesmo obtido um acordo, não existem garantias de que todos os participantes estarão dispostos a cumpri-lo, a fazer o “certo”. Influenciado por Kant, Alexy diferencia a “formação do juízo” e a “formação da vontade”, no sentido de que saber o que é certo não significa estar disposto a agir nesse sentido³⁵. Portanto, são esses os dois limites do discurso prático geral: as regras do discurso não garantem um único resultado para cada questão prática e o problema do cumprimento.

2 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1 A TESE DO CASO ESPECIAL

Alexy afirma que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, sendo que em ambos se discutem questões práticas (sobre o que é exigido, proibido ou permitido) e formula-se uma pretensão de correção que, na argumentação jurídica, corresponde a um resultado *justo*³⁶.

A diferença é que as decisões jurídicas não se justificam em sentido absoluto e universal, e sim no âmbito de um sistema jurídico particular. Ao operador do Direito impõem-se condições específicas de limitação³⁷, pois não só o resultado deve ser racional, como também deve ser fundamentado racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente.

Portanto, se por um lado o procedimento do discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso prático geral, por outro, deve seguir regras e formas específicas, que exprimem a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática e tornam o argumento jurídico *racionalmente justificável*³⁸.

2.2 A PRETENSÃO DE CORREÇÃO

O discurso jurídico pode ser definido como uma atividade linguística, guiada por regras, em que se objetiva a correção de enunciados normativos. Para tanto, formula-se uma pretensão de correção, segundo a qual o autor do

34 Idem, p. 34.

35 ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 170-171.

36 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 26-27.

37 “Aqui devem ser nomeados principalmente seu caráter de ligação com a lei, a consideração pelos precedentes, a inclusão da dogmática usada pela ciência do Direito, bem como – é claro que isso não vale para a ciência jurídica – sua sujeição às limitações impostas pelas regras de ordem processual.” (Idem, p. 27)

38 Idem, *ibidem*.

discurso deve buscar a aplicação correta do Direito. A noção de pretensão de correção é tão importante que sem ela um sistema jurídico sequer pode ser definido como tal³⁹.

A pretensão de correção é um elemento essencial do Direito e estabelece a sua conexão com a moral. Na verdade, a pretensão de correção está sempre implícita na lei positiva. Ao mesmo tempo, toda lei positiva tem uma “textura aberta”, na expressão de Hart, a ser preenchida com uma pretensão de correção que, no Direito, corresponde a uma pretensão de justiça, que nada mais é do que distribuição correta e balanceamento. É isso que torna necessária a relação entre direito e moral, porque a lei positiva é importante, mas ela deve ter sempre uma justificação moral. Como explica Robert Alexy, a lei positiva é necessária por razões morais, pois se não tivéssemos a lei positiva, estaríamos não somente sem a segurança e a eficiência legal, mas também sem a proteção dos direitos que são requeridos pela moralidade. Por outro lado, desde o momento que temos a lei positiva, no interior desta, a moralidade é necessária. Então, há uma necessidade moral externa de lei positiva e uma necessidade interna de moralidade no interior da lei positiva. Se a Constituição de um determinado país contiver seis princípios básicos, a saber, dignidade humana, liberdade, igualdade, democracia, Estado de Direito e Estado Social, o seu ordenamento terá incorporado as formas principais do direito racional moderno, no qual uma decisão jurídica que aplica corretamente uma lei injusta ou não razoável não satisfaz uma pretensão de correção (pois fere um ou mais daqueles princípios)⁴⁰.

2.3 O DIREITO COMO UM MODELO PROCEDIMENTAL

A argumentação jurídica é uma teoria procedimental, em contraposição a uma teoria material, em que haveria, para cada problema, uma única resposta correta. No discurso jurídico, um enunciado normativo será correto (ou justo) quando puder ser o resultado de um determinado procedimento. Portanto, se houver a observância das regras que definem o procedimento do discurso, automaticamente fica assegurada a racionalidade da argumentação e dos seus resultados.

Dessa forma, a teoria do direito concebida por Alexy segue também um modelo procedimental, dividido em quatro etapas. Na primeira delas, os problemas jurídicos são tratados como questões práticas e, por meio do discurso prático, cogitam-se todas as soluções possíveis, eliminando-se, desde logo, as escolhas irracionais. Após, no procedimento legislativo, selecionam-se algumas das decisões discursivamente possíveis por meio da criação estatal de normas jurídicas. A partir da lei positiva, desenvolve-se o discurso jurídico que, embora não seja ins-

39 FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Op. cit., p. 69-70.

40 Trechos retirados da entrevista concedida por Robert Alexy à *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 16, out./dez. 2003.

titucionalizado como o procedimento legislativo, confere alguma segurança em relação ao discurso prático geral, já que este, ao contrário do discurso jurídico, não se sujeita à lei, à dogmática ou aos precedentes. No entanto, nesta terceira etapa, é possível que haja mais de uma resposta correta para o problema. Faz-se necessário, então, o procedimento judicial que, assim como o procedimento legislativo, tem caráter institucionalizado e um elemento de decisão, pois, além de argumentar, o juiz deve decidir o caso. Finalmente, cumpridas todas as etapas, restará apenas uma entre as respostas discursivamente possíveis⁴¹.

As três etapas que sucedem o discurso prático na teoria do Direito de Alexy – procedimento legislativo, discurso jurídico e procedimento judicial –, seriam não só “aceitáveis”, como também “racionais” e “necessárias”. Afinal, acredita o autor, quaisquer participantes de uma deliberação racional para estabelecer limites para o discurso prático geral decidiriam pela criação de regras de lei positiva, bem como de procedimentos para a análise científica (estudos jurídicos institucionalizados) e para a aplicação dessas regras⁴². Portanto, o modelo procedimental do Direito seria discursivamente justificável.

2.4 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

O termo “interpretação”, segundo Alexy, tem dois significados: a atividade em busca de uma interpretação correta ou o resultado dessa atividade, que é uma afirmação. Toda afirmação contém uma pretensão de validade (que, no caso do discurso jurídico, será uma pretensão de correção). Como a interpretação deve ser feita por meio de um procedimento controlável publicamente, a fim de se verificar se ela atende a uma pretensão de correção, pode-se dizer que interpretação é argumentação⁴³.

A interpretação jurídica se diferencia das demais formas de interpretação em razão do seu caráter prático, já que se volta para a realização e o controle de ações segundo um ordenamento jurídico determinado (dizendo o que é proibido, permitido ou obrigatório), e também por ter um caráter institucional. No entanto, é possível que uma decisão jurídica racionalmente fundamentada não se baseie, diretamente, em formulações de normas jurídicas. Nenhum sistema de normas jurídicas é capaz de garantir, por si só, a solução de todos os problemas jurídicos. Por isso se faz necessário o discurso jurídico antes do procedimento judicial, no qual se decide de fato⁴⁴.

A fundamentação das decisões jurídicas se desenvolve em duas etapas: *justificação interna* e *justificação externa*. Na justificação interna, se verifica se

41 ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 171-172.

42 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 29.

43 FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Op. cit., p. 72-73.

44 Idem, p. 72.

a decisão decorre, logicamente, das premissas adotadas por meio de um “núcleo dedutivo”⁴⁵. Já a justificação externa corresponde à análise das premissas utilizadas na dedução, verificando-se o teor de verdade, correção ou de aceitabilidade dessas premissas, que podem ser: i) regras de direito; ii) enunciados empíricos; ou iii) outras premissas (basicamente, reformulações de normas). Para Alexy, o campo da interpretação é o da justificação externa, ou seja, o da fundamentação das premissas da dedução, da escolha do seu significado correto entre os vários possíveis⁴⁶.

2.5 AS REGRAS DO DISCURSO JURÍDICO

As regras da argumentação jurídica estabelecem como os mais variados argumentos podem ser utilizados e sopesados. São dezoito regras divididas em dois grupos: cinco regras de justificação interna e treze regras de justificação externa.

As regras de justificação interna descrevem como se deve deduzir uma decisão jurídica de (pelo menos) uma norma universal⁴⁷. No desenvolvimento da fundamentação, que deve ter o maior número possível de etapas⁴⁸, devem se seguir outras proposições⁴⁹, formulando-se expressões cujo significado e aplicação ao caso tenha o “assentimento potencial” dos ouvintes⁵⁰ e, havendo dúvida sobre a natureza de um ato ou objeto, o falante deve apresentar uma regra que decida a questão⁵¹.

Por outro lado, as regras de justificação externa versam sobre como (e quando) os diferentes argumentos podem ser utilizados e, em caso de conflito, como devem ser sopesados entre si. As regras deste segundo tipo são regras de preferência *prima facie* (*Vorrangregeln*) e se subdividem em quatro grupos: regras de interpretação, regras de argumentação dogmática, regras sobre o uso dos precedentes e regras sobre as formas especiais de argumentos jurídicos⁵².

Em relação ao primeiro grupo, Alexy diferencia seis tipos de argumentos interpretativos – semânticos, genéticos, teleológicos, históricos, comparativos e sistemáticos –, mas só elabora regras sobre os três primeiros. Os argu-

45 Idem, p. 73.

46 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 224-225.

47 “J.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.”

48 “J.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.”

49 “J.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.”

50 “J.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.”

51 “J.3) Sempre que houver dúvida sobre se A é um T ou M’, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.”

52 FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Op. cit., p. 71.

mentos semânticos são usados para definir se uma interpretação é admissível segundo uma regra de descrição do uso da linguagem (W). Os argumentos genéticos, por sua vez, correspondem à *vontade do legislador*. Por fim, os argumentos teleológicos remetem aos objetivos de uma norma ou de um grupo de normas. Não sendo possível estabelecer uma hierarquia clara entre os argumentos interpretativos. As regras de interpretação determinam uma certa prevalência dos argumentos semânticos e genéticos sobre os demais. Por outro lado, elas submetem o uso dos cânones à vigência do princípio da universalidade⁵³⁻⁵⁴.

Em seguida, Alexy apresenta as regras da argumentação dogmática⁵⁵, que se referem: à necessidade de se fundamentar os enunciados dogmáticos, em último caso, em enunciados práticos de sentido geral⁵⁶; à possibilidade de que os enunciados dogmáticos sejam comprovados sistematicamente, tanto em sentido estrito (conformidade com os enunciados dogmáticos já aceitos e às normas jurídicas vigentes) quanto em sentido amplo (se são compatíveis entre si segundo pontos de vista práticos de tipo geral)⁵⁷; e à necessidade de se utilizar argumentos dogmáticos, que fazem parte do contexto especial do discurso jurídico⁵⁸⁻⁵⁹.

Por outro lado, o uso dos precedentes é justificável do ponto de vista da teoria do discurso, “porque o campo do discursivamente possível não poderia ser preenchido com decisões mutáveis e incompatíveis entre si; o uso do precedente significa aplicar uma norma e, nesse sentido, é mais uma extensão do princípio da universalidade”⁶⁰. Sendo assim, as regras sobre o uso dos precedentes estabelecem que a obrigação de seguir o precedente não é absoluta, mas quem dele se afasta atrai para si o ônus de justificar a sua decisão⁶¹.

53 Eis as regras de interpretação: “J.6) Deve ser saturada toda forma de argumento que houver entre os cânones da interpretação. J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos. J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação. J.9) Devem-se levar em consideração todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação”.

54 ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 175-176.

55 Alexy define a dogmática jurídica como “(1) uma classe de proposições que (2) se relacionam com normas atuadas e lei casual, mas não são idênticas à descrição das mesmas, e (3) estão em algum inter-relacionamento mútuo coerente, (4) são compostas no contexto de uma ciência jurídica institucionalmente organizada e (5) têm conteúdo normativo” (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 245).

56 “J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.”

57 “J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.”

58 “J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados.”

59 ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 177.

60 Idem, p. 178.

61 “J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, isso deve ser feito. J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.”

Por último, estão as regras sobre os argumentos jurídicos especiais – argumento *a contrario sensu*, analogia e redução ao absurdo –, que devem ser esgotados⁶². Segundo Manuel Atienza, “o uso dessas formas só é racional na medida em que elas sejam saturadas e que os enunciados inseridos para a saturação possam ser fundamentados no discurso jurídico”⁶³.

3 DA TEORIA À PRÁTICA: POR UMA FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS

Da breve apresentação que se fez da *teoria da argumentação jurídica* de Alexy, convém identificar alguns aspectos que podem ser aplicados à prestação jurisdicional, a fim de torná-la uma atividade racional, especialmente nos casos difíceis (*hard cases*) – assim considerados por apresentarem mais de uma resposta (discursivamente) possível, ou por nenhuma delas ser capaz de satisfazer o sentimento pessoal de justiça do intérprete⁶⁴.

De fato, nem todos os problemas podem ser resolvidos por formulações de normas jurídicas ou regras da metodologia jurídica tradicional, devendo o intérprete escolher a melhor entre as alternativas possíveis, segundo um juízo de valor. O papel da argumentação jurídica, nesse particular, é excluir as decisões, discursivamente, impossíveis. Surge, então, a dúvida sobre como determinar se esses julgamentos de valor realmente são necessários. Afinal, em certos casos, não há nenhuma dúvida sobre como se deve decidir, seja com base nas normas válidas pressupostas, seja com referências a proposições da dogmática ou aos precedentes. Aliás, Alexy se dispõe a aceitar que esses casos são muito mais numerosos do que os duvidosos⁶⁵.

A clareza de um caso, no entanto, não é algo tão simples assim. Quem afirma que uma decisão é clara dá a entender que não existem argumentos capazes de suscitar dúvidas sérias a seu respeito. Por isso, afirma-se que “a categorização de um caso como claro constitui um julgamento de valor negativo, com respeito a todos os potenciais contra-argumentos pressupostos”⁶⁶.

Diante de um caso difícil, o juiz não pode julgar segundo as suas convicções morais subjetivas, haja vista que existem possibilidades de avaliação objetiva, sendo uma delas a justificação racional do discurso. A fundamentação deve ser considerada deficiente – e a decisão reformada por *error in iudicando* – sempre que a sua conclusão for resultado de premissas duvidosas, obscuras ou insuficientes.

62 “J.18) As formas de argumento jurídico especiais têm que ser esgotadas.”

63 ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 178-179.

64 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 89.

65 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 21.

66 Idem, *ibidem*.

Por exemplo, ao julgar o caso em que uma atriz global teve uma foto de sua nudez estampada na primeira página de um jornal popular do Rio de Janeiro sem a sua autorização (a foto fazia parte de um ensaio publicado em uma revista masculina), o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu não haver dano moral a ser indenizado por se tratar de uma mulher bonita. Veja-se um trecho do voto do Relator:

Não se percebe de que forma o uso inconsentido da imagem da autora pode ter-lhe acarretado dor, tristeza, mágoa, sofrimento, vexame, humilhação. Pelo contrário, a exibição do seu belo corpo, do qual ela, com justificada razão, certamente muito se orgulha, naturalmente lhe proporcionou muita alegria, júbilo, contentamento, satisfação, exaltação, felicidade, que só não foi completa porque faltou o pagamento do valor a que tem direito pelo uso inconsentido da sua imagem. Só mulher feia pode se sentir humilhada, constrangida, vexada em ver o seu corpo desnudo estampado em jornais ou em revistas. As bonitas, não. Fosse a autora uma mulher feia, gorda, cheia de estrias, de celulite, de culote e de pelancas, a publicação da sua fotografia desnuda – ou quase – em jornal de grande circulação certamente lhe acarretaria um grande vexame, muita humilhação, constrangimento enorme, sofrimentos sem conta, a justificar – aí sim – o seu pedido de indenização de dano moral, a lhe servir de lenitivo para o mal sofrido. Tratando-se, porém, de uma das mulheres mais lindas do Brasil, nada justifica pedido dessa natureza, exatamente pela inexistência, aqui, de dano moral a ser indenizado.⁶⁷

Como se vê, o Relator acredita que mulheres bonitas se orgulham dos seus corpos e, por essa razão, não sofrem dano moral nos casos de exposição indevida de sua nudez. No entanto, essa afirmação dogmática (se é que se pode chamá-la assim) só poderia ser feita se pudesse ser fundamentada racionalmente por pelo menos um argumento prático de tipo geral (*vide* regra J.10⁶⁸). Como não existe nenhum aspecto *relevante* que justifique a diferenciação entre mulheres bonitas e feias em relação ao pudor que sentem, incide a regra fundamental de que um mesmo predicado deve ser aplicado a dois objetos iguais em todos os aspectos relevantes⁶⁹, como condição de universalidade do discurso. Portanto, a impressão de que a autora não sentiu vergonha pelo uso não autorizado de sua imagem despida é uma mera opinião pessoal do julgador e, por isso, não poderia ter sido usada como razão de decidir.

67 TJRJ, Grupo de C.C., El 250/1999, Rel. Des. Wilson Marques, J. 29.09.1999.

68 “J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral”. Para justificá-la, Alexy sustenta que “as afirmações da dogmática jurídica não podem continuar a ser justificadas por outras afirmações da dogmática jurídica. Em última análise, a fim de testar e justificar a aplicabilidade da lei casual, são necessários argumentos práticos gerais. É neste sentido que as formas da argumentação prática geral são a base da argumentação jurídica” (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 267).

69 “1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes”. Além desta, cabe destacar a regra 3.1, cujo teor é o seguinte: “Quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo” (racionalmente, é claro).

Outro caso, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, suscita a discussão sobre o uso do precedente e o ônus argumentativo necessário para se afastar dele. Há muito se consolidou, naquele estado, o entendimento de que a violação da sepultura enseja dano moral para os familiares do morto, independentemente do regime jurídico da concessão do jazigo (uso perpétuo ou temporário)⁷⁰.

No entanto, ao se deparar com um caso em que o autor pretendia ser indenizado pelo desaparecimento da ossada de sua avó⁷¹, o Desembargador Relator considerou que se tratava de um “incômodo contornável”, “não a ponto de merecer satisfação de ordem moral”, contrariando a jurisprudência da Corte – o que sequer foi citado no voto (como recomenda a regra J.13⁷²).

O caso acabou sendo decidido por maioria de votos, em razão de uma divergência entre o Vogal e o Revisor sobre a prova dos fatos narrados na inicial. Ambos, no entanto, consideraram que o desaparecimento dos restos mortais de parente falecido, em tese, gera dano moral. No seu voto, o Revisor justificou, de modo racional, por que a regra não se aplicava ao caso dos autos:

Sucede, contudo, que, do caderno processual, a prova não aproveita à tese do autor, ora apelante, cuja causa de pedir se restringiu ao alegado desaparecimento da ossada de sua falecida avó, não estendendo a causa do alegado prejuízo imaterial ao eventual desaparecimento de restos mortais das outras três pessoas que teriam sido enterradas no mesmo carneiro. Não cuidou o autor-recorrente de produzir a pretendida prova testemunhal pela qual protestara desde o ajuizamento da ação, menos ainda de se insurgir contra a decisão interlocutória do ilustre Juiz *a quo*, que indeferiu a também inicialmente pleiteada prova pericial. Dos documentos em número reduzido juntados aos autos, sobretudo os de fôs. 7 e 25, não alcanço, *data venia*, o entendimento a que chegou o eminente Vogal, pois deles retiro, apenas, na esteira do eminente Juiz *a quo*, que, das quatro caixas que deveriam estar no carneiro, de propriedade do pai do autor, uma delas, sem se poder afirmar ser a da avó do autor, estaria desaparecida.

Portanto, é possível afirmar que o julgador se desincumbiu da carga de argumentação devida por ter se afastado do entendimento firmado em um precedente, na forma da regra J.14⁷³ do discurso jurídico.

Também em Minas Gerais, a 16^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça negou o pedido de uma mulher que engravidou por causa de um tratamento contraceptivo mal-sucedido e queria ser indenizada pelos gastos com a criação do filho não planejado, até que ele atingisse a maioridade. No julgamento, destacou-se o voto proferido pelo Desembargador Mauro Soares de Freitas:

70 Vide TJMG, AC 1.0000.00.244628-4/000(1), 6^o C.Cív., Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira, J. 19.08.2002, publ. DJ 10.10.2002.

71 Vide TJMG, AC 1.0024.03.058313-2/001, 8^o C.Cív., Rel. Des. Silas Vieira, J. 16.12.2004, publ. DJ 13.05.2005.

72 “J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, isso deve ser feito.”

73 “J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.”

Ouvi atentamente os dois ilustres e brilhantes advogados da tribuna, e as argumentações do advogado da embargante deixaram-me tranquilo com relação ao meu julgamento, uma vez que ele nada trouxe para me convencer do desacerto da minha decisão; pelo contrário, tudo afirmado, foi fator preponderante para que eu me convencesse mais de que a decisão tinha que ser aquela decisão. Mas quero deixar aqui, de público, um alerta a todos, uma vez que se percebe, pela discussão desse processo, que os homens pensam deter o poder de gerar filhos, e quando falo homens, estou falando a espécie humana. Não são. Geração de filhos é projeto divino, não dos homens, tanto que todos os métodos contraceptivos são falhos, isso porque é a vontade de Deus que irá sempre prevalecer. Esse é um caso típico, já foi dito aí, todos são falhos, mas nós podemos perceber que até mesmo os projetos de um homem, quando quer um filho, não acontecem. Conheço vários casais que tentaram filhos, tentaram, tentaram por vários anos seguidos e não conseguiram gerar um filho, aí partem para adoção. Depois que adotam, aí vem e acontece a geração de um filho. Mas vim ressaltar que o projeto é de Deus e não dos filhos de Deus. Com isso, me deixo muito mais tranquilo quando julguei, porque sei também, como Juiz, que é muito fácil fazer da lei rigorosa, fazer da lei arbitrária, fazer da lei injusta, coisa mais fácil para um Juiz é isso. Mas o Juiz cristão, e aqui nós somos todos cristãos, deve fazer o contrário, deve fazer com que a aplicação da lei seja feita com amor e misericórdia e, no caso aqui, nós podemos perceber que a geração deste filho foi fruto do amor e da misericórdia do pai celestial. Estou, em razão disso, cumprimentando a todos pelos brilhantes votos, até mesmo o voto que foi o voto vencido, foi brilhante, fruto da mente brilhante do Desembargador Otávio Portes, de quem fui Revisor ao tempo em que fiquei nesta Câmara, e estou, então, rejeitando os embargos.⁷⁴

Portanto, na visão do julgador, que se considera um “juiz cristão”, o nascimento da criança se deu conforme “a vontade de Deus”, sendo “fruto do amor e da misericórdia do pai celestial”. Por tais razões é que, na visão do julgador, não haveria dano a ser indenizado, tampouco culpa da médica em razão da ineficácia do método contraceptivo usado pela mãe.

Do ponto de vista da argumentação jurídica, a fundamentação de uma decisão deve apresentar, pelo menos, uma norma universal a partir da qual se extraem outras premissas, obtendo-se um resultado racional por meio do maior número possível de etapas de desenvolvimento⁷⁵. Não é o caso, evidentemente. É impossível compreender o raciocínio do julgador, reconstruindo o silogismo por meio do qual ele obteve a sua conclusão.

Além disso, premissas religiosas não podem fazer parte de um discurso jurídico racional. É verdade que o próprio Alexy admite que as regras J.1) e J.2)

74 TJMG, EI 1.0024.02.810824-9/003, 16ª C.Cív., Rel. Des. Nicolau Maselli, J. 26.03.2008, publ. DJ 11.04.2008.

75 Vide: “J.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal”; “J.2) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições”; e “J.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento”.

nada estabelecem sobre o conteúdo da norma universal⁷⁶, que pode ser um enunciado empírico. No entanto, se fosse colocada em dúvida a validade do argumento dogmático religioso, seria preciso justificá-lo segundo as regras do discurso prático geral⁷⁷. Como nem todas as pessoas são cristãs, tal argumento não receberia o “assentimento potencial dos demais” e, por isso, não poderia ser universalizado⁷⁸. Trata-se, então, de uma afirmação discursivamente impossível, além de contrariar o princípio segundo o qual o Estado brasileiro é laico, previsto no art. 19, inciso I, da Constituição Federal⁷⁹.

Por fim, vale destacar que, em reiterados julgados, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a simples referência à lei ou à gravidade do delito não basta para o indeferimento de um benefício requerido pelo preso (liberdade provisória, por exemplo), exigindo-se que o juiz apresente motivos idôneos e adequados para tanto⁸⁰. Com efeito, as decisões insuficientemente motivadas são discursivamente impossíveis, pois todo falante deve fundamentar o que afirma⁸¹. Além disso, os argumentos racionais se estruturam a partir de variações da forma geral, segundo a qual um enunciado normativo qualquer deve ser fundamentado através de uma regra de qualquer nível e uma razão que, em tais casos, deve corresponder às especificidades da situação concreta⁸².

CONCLUSÃO

A legitimidade das decisões judiciais não decorre da sua aprovação popular, mas da sua efetiva correspondência à ordem jurídica, o que só raramente pode ser aferido por meio de um simples silogismo. Em regra, serão necessários procedimentos hermenêuticos mais complexos, como interpretações construtivas, ponderações, entre outros, nos quais o julgador terá participação mais ativa na definição do resultado, inclusive com um certo grau de volição. Assim, para evitar que suas decisões sejam tidas como fruto exclusivo de caprichos ou

76 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 219.

77 Segundo a regra J.10): “Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral”.

78 Nesse sentido, vejam-se as seguintes regras: “5.1.1) 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”; “5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos”; e “5.1.3) Toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral”.

79 “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”

80 Vide STJ, HC 121920, 6ª T., Rel. Min Celso Limongi, J. 29.03.2009, publ. DJ 10.08.2009.

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

82 Vide as formas dos argumentos, regras 4.1 a 4.5 do discurso prático de Alexy.

predileções – e também para aperfeiçoá-las –, os juízes devem adotar uma metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente⁸³.

Não há dúvidas de que a teoria da argumentação jurídica estabelece regras e procedimentos úteis para a justificação racional das decisões judiciais. Alexy pretendia que a sua tese, uma vez “firmemente implantada” e “amplamente desenvolvida”, esclarecesse “o caráter da ciência jurídica como uma disciplina normativa” e “providenciasse as diretrizes práticas para a atividade do advogado”⁸⁴. Sendo pouco provável que as regras do discurso prático geral e do discurso jurídico sejam seguidas à risca, em razão da sua complexidade, os aplicadores do Direito deveriam ao menos seguir a orientação de Alexy sobre como se posicionar diante dos casos difíceis: “Quem decide tem de ser discreto”⁸⁵.

Na verdade, a resposta para os *hard cases* está na própria Constituição, e não no poder discricionário do juiz, a quem cabe tão somente aplicar os princípios constitucionais aos casos submetidos à sua apreciação. Trata-se de um “dever fundamental de resposta correta”⁸⁶, em razão do qual não haveria espaço para a discricionariedade do Magistrado no Estado Democrático de Direito.

É pertinente ainda a crítica de Ronald Dworkin, para quem os juízes estariam ocultando os verdadeiros motivos das suas decisões, sob o pretexto de que estariam adotando estratégias de interpretação constitucional “politicamente neutras”. Como todo falante deve acreditar naquilo que afirma⁸⁷, os juízes deveriam elaborar argumentos mais sinceros, fundados em princípios, por meio dos quais eles revelariam as suas convicções políticas e, ao mesmo tempo, permitiriam uma “legítima inspeção pública” e um “utilíssimo debate público” sobre as suas decisões⁸⁸.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Verbete “ALEXY, Robert”. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. Teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

83 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 136-138.

84 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 36.

85 Idem, p. 19.

86 STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 21.

87 Vide: “1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita”.

88 DWORKIN, Ronald. *Direito de liberdade*. Leitura moral da constituição americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 57.

DWORKIN, Ronald. *Direito de liberdade*. Leitura moral da Constituição americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. *Uma introdução à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy*. Rio de Janeiro: Andréa Ferreira & Morgado, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. Verbete “HABERMAS, Jürgen”. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Verbete “argumentação”. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1766/1406>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

VELLOSO, Andrei Pitten. Racionalidade na concretização judicial de direitos sociais originários: o papel da universalidade na ponderação de princípios. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao009/andrei_velloso.htm>. Acesso em: 31 maio 2009.