

3.

Fundamentos de uma teoria pós-positivista do precedente judicial

3.1

O direito como uma prática social: os argumentos de Hart, Dworkin e MacCormick

Independentemente do conceito de direito que iremos adotar, uma das teses desse trabalho acadêmico é de que o direito deve ser compreendido como uma *prática social* de natureza hermenêutica, pois a concretização de seus comandos depende sempre de uma atividade de interpretação (em sentido amplo) – que é a um só tempo um processo de *conhecimento* e de *construção* de sentido – dos enunciados normativos (que constituem obviamente enunciados lingüísticos) por meio dos quais ele se expressa. A atividade judicial é essencialmente uma atividade *interpretativa* e *probatória* (Gascón Abellán, 2005, p. 102), um processo *argumentativo* e *construtivo* (Dworkin, 2000, p. 13 et 52). Os mais fecundos desenvolvimentos da teoria jurídica que vem se produzindo desde meados do último século – e que, de certa forma, nos permitem hoje por em cheque os critérios de definição e de identificação do direito válido propostos pelos juspositivistas de modo geral – derivam dessa compreensão.

Passar a ver o direito como uma *prática* social, e não mais apenas como uma mera *técnica* social de controle motivacional das condutas humanas por meio da força física (monopolizada pelo Estado) – como, por exemplo, fazia Kelsen (2001; 1998-b, p. 21-s) – foi uma das grandes contribuições de Herbert Hart para a filosofia do direito. Um dos caminhos para se entender o alcance desse avanço é comparar os critérios fundamentais de identificação do direito válido propostos por este último jurista e por Kelsen: a *regra de reconhecimento* e a *norma fundamental hipotética*.

Segundo Kelsen, o fundamento de validade de uma ordem jurídica será sempre uma única norma fundamental hipotética que é tida como uma pressuposição lógico-transcendental e cuja função é, basicamente, a de desempenhar o papel de “constituição no sentido lógico-jurídico” (não no sentido

jurídico-positivo) de uma determinada ordem jurídica (Kelsen, 1998-a, p. 222). A denominada “norma fundamental hipotética”, na teoria de Kelsen, é uma abstração necessária para manter sua teoria jurídica coerente com uma de suas proposições fundamentais, qual seja a de que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma. Como salienta Ferraz Júnior (1999, p. 16), “a noção de norma em Kelsen tem como premissa a distinção entre as categorias do ser e do dever ser, que ele vai buscar no kantismo de sua época”. Em qualquer ordenamento jurídico válido, é necessário fundamentar *normativamente* a validade de todas as normas que o compõem, inclusive da Constituição em sentido jurídico-positivo, isto é, da norma de mais alta hierarquia em um dado sistema jurídico S e que dispõe sobre os modos de produção do direito através do processo legislativo. No pensamento de Kelsen, “enquanto um enunciado de «ser» é verdadeiro porque está de acordo com a realidade da experiência sensorial, um enunciado de «dever-ser» é uma norma válida apenas se pertencer a tal sistema válido de normas, se puder ser derivado de uma norma fundamental pressuposta como válida” (Kelsen, 1998-b, p. 163); noutras palavras, é necessário *pressupor* a existência de uma norma fundamental hipotética – a qual não foi posta por nenhuma autoridade e é vazia de conteúdo – que tenha “autorizado” a criação da Constituição jurídica propriamente dita:

Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma Constituição estadual que foi historicamente a primeira, quer dizer, de uma Constituição que não veio à existência pela via de uma modificação constitucional de uma Constituição estadual anterior, então a resposta – se renunciarmos a reconduzir a validade da Constituição estadual e a validade das normas criadas em conformidade com ela a uma norma posta por uma autoridade metafísica, como Deus ou a natureza – apenas pode ser que a validade desta Constituição, a aceitação de que ela constitui uma norma vinculante, tem de ser *pressuposta* para que seja possível interpretar os atos postos em conformidade com ela como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas, e os atos postos em aplicação destas normas gerais como criação ou aplicação de normas individuais válidas. Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta (Kelsen, 1998-a, p. 224).

Na teoria jurídica de Hart, por sua vez, a *regra de reconhecimento* desempenha uma função em certo sentido análoga à da norma fundamental kelseniana: ambas exercem o papel de critérios para a identificação do direito válido. A regra (secundária) de *reconhecimento* “é aceita e usada para a

identificação das regras (primárias) de *conduta* («primary rules of obligation»)⁶¹. Onde quer que seja aceita uma regra de reconhecimento R, tanto os indivíduos privados quanto as autoridades competentes para aplicar o direito são providos de critérios institucionais para identificar as regras primárias de comportamento (Hart, 1994-a, p. 100): “podemos simplesmente dizer que a afirmação de que uma regra particular é válida significa que ela satisfaz todos os critérios providos pela regra de reconhecimento” (Idem, p. 103). Portanto, assim como Kelsen, Hart prevê uma *única norma básica* que funciona como critério supremo – ou ainda, como um *teste* – para determinar a validade de todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico (Hart, 1994-a, p. 105; Kelsen, 1998-b, p. 163)⁶². Mas apesar dessa importante semelhança entre os dois últimos grandes juristas do positivismo há também sérias diferenças. Diferentemente do que ocorre em relação à norma fundamental kelseniana, a questão da existência e do conteúdo da regra de reconhecimento hartiana, ou seja, de “quais são os critérios de validade

⁶¹ “Regras secundárias”, para Hart, não são o mesmo que para Kelsen. Para evitar mal entendidos, transcrevo o seguinte texto de Hart: “Sob regras de um primeiro tipo, que pode ser com propriedade considerado o tipo básico ou primário, seres humanos são obrigados a fazer ou se abster de certas ações, quer eles queiram ou não. Regras do outro tipo (segundo) são em certo sentido parasitárias das ou secundárias em relação às primeiras, pois elas permitem que os seres humanos possam, fazendo ou dizendo certas coisas, introduzir novas regras do primeiro tipo, extinguir ou modificar as antigas, ou de várias maneiras determinar a incidências delas ou controlar as suas aplicações. Regras do primeiro tipo impõem deveres; regras do segundo tipo conferem poderes, sejam públicos ou privados. Regras do primeiro tipo concernem a ações envolvendo movimentos físicos ou transformações; regras do segundo tipo prevêm operações que levam não apenas a movimentos físicos de mudança, mas à criação ou variação de deveres ou obrigações” (Hart, 1994-a, p. 81). Para um comentário detalhado e crítico sobre a dicotomia regras primárias/secundárias em Hart, ver Robles (1998).

⁶² No texto de Hart há referência tanto a uma pluralidade de *regras* de reconhecimento – quando o autor define esse tipo de regra secundária como uma classe de regras para a identificação conclusiva de regras primárias de comportamento (Hart, 1994-a, p. 95) – quanto à existência de *uma* regra básica de reconhecimento que serve como critério fundamental de identificação das normas válidas em um dado sistema jurídico (Idem, p. 103). Nessa última acepção a “regra de reconhecimento” não se refere mais a uma classe de regras, mas a *uma* regra específica. Essa ambigüidade, no entanto, se elimina quando Hart introduz um adjetivo para designar a norma básica de um sistema jurídico como “*ultimate rule of recognition*”. Aqui Hart está claramente fazendo referência a uma norma básica, e não a uma classe de regras que integram o direito positivo. É nesse sentido (*ultimate rule of recognition*) que se pode cogitar da comparação com Kelsen (ver, em especial, Hart, 1994-a, p. 292-294, bem como, na literatura secundária, Robles, 1998, especialmente p. 395 e seguintes). Não procede, portanto, a objeção levantada contra mim pelo Professor Adrian Sgarbi na defesa desta tese de doutoramento, segundo a qual na obra de Hart não haveria uma regra de reconhecimento, mas várias “regras de reconhecimento”, de sorte que a função dessas regras seria qualitativamente diversa da desempenhada pela norma fundamental hipotética de Hans Kelsen. Contra essa crítica, e na mesma linha desta tese de doutoramento, está por exemplo o pensamento de Ruiz Manero e, mais recentemente, Gregorio Robles. Este último autor sustenta, a meu ver com razão, uma “*indeleble impronta kelseniana*” em Herbert Hart, que se manifesta com clareza quando o autor inglês vincula a validade das regras do sistema jurídico à regra de reconhecimento: “a regra de reconhecimento não somente serve para identificar as regras, senão também para fundamentar a sua validade. *Cumpro, portanto, a mesma função da norma fundamental kelseniana*” (Robles, 1998, p. 398).

em qualquer sistema jurídico”, é vista como “uma empírica – embora complexa – *questão de fato*” (Hart, 1994-a, p. 292). A regra de reconhecimento, ao invés de uma hipótese lógica ou um pressuposto de ordem transcendental – como a norma fundamental de Kelsen –, é uma *norma última* cuja existência pode ser empiricamente verificável, já que consiste em uma *prática social* (Idem, p. 111). Encontrá-la, portanto, requer do teórico do direito uma atenta análise da perspectiva *interna*, isto é, do ponto de vista do jurista prático, e não estritamente daquele do observador externo:

Devemos lembrar que a regra de reconhecimento propriamente dita pode ser visualizada de dois pontos de vista: um é expresso por meio de um enunciado de fato *externo* segundo o qual a regra existe na prática efetiva do sistema; o outro é expresso por meio dos enunciados de validade *internos* feitos por aqueles que a usam para identificar o direito (Idem, p. 112).

Com essa diferenciação crucial, Hart nos fez perceber que o direito não consiste apenas em um objeto estático que pode ser compreendido unicamente a partir de fora – por um observador histórico ou sociológico – mas é construído pelos seus próprios operadores, através de uma prática social em que vão sendo paulatinamente sedimentados os conteúdos de regulação normativa compostos pelas regras jurídicas e suas respectivas interpretações. Mesmo para estudar o direito desde uma perspectiva externa – que é a perspectiva do positivismo de modo geral, inclusive o de Hart, na medida em que sua preocupação central é identificar o direito válido (descritivamente), e não dizer como devem os juízes decidir casos concretos (normativamente) – é necessário partir dos enunciados internos formulados pelos operadores do direito. Como explica Ruiz Manero,

A regra de reconhecimento hartiana se apresenta como uma regra juridicamente última – isto é, como uma regra que não é juridicamente válida nem inválida – que existe unicamente como prática consuetudinária dos órgãos de aplicação, ou seja, *enquanto estes órgãos aceitem e usem de forma consensual uns mesmos critérios últimos de validade jurídica* (Ruiz Manero, 1990, p. 14. Sem destaque no original).

Por isso, no pensamento jurídico de Hart somente se pode alcançar o conteúdo do direito positivo a partir da análise das razões que os próprios juristas acatam ao reconhecer como válida uma determinada norma jurídica. É necessário, mesmo para o teórico do direito, que procura descrever “com neutralidade” e de forma objetiva um determinado sistema jurídico, recorrer à perspectiva interna dos

aplicadores deste direito (ainda que o jurista teórico ou cientista do direito desaprove moralmente as normas que fazem parte de tal sistema).

Quando Hart distingue entre a perspectiva *interna* – de um membro de um grupo que acata e usa determinadas regras como guias de conduta – e a perspectiva *externa* – do observador que não necessariamente aceita essas regras, mas as analisa “desde fora” (“from the outside”), ao se referir “à forma como *eles* [os que se submetem a uma ordem jurídica] se relacionam com as normas do ponto de vista interno” (Hart, 1994-a, p. 89) – abre caminho para uma verdadeira mudança de paradigma na teoria e na filosofia jurídicas. É justamente a “virada para a perspectiva interna” – ou “virada hartiana” – que permitiu, a partir das três últimas décadas do século XX, o desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica destinadas à justificação racional das decisões tomadas com base no direito e, no plano da teoria geral do direito, uma revisão da idéia – típica do positivismo – de que o direito poderia ser analisado apenas como um “fato social”, como um produto *pronto* e acabado que é fruto unicamente da decisão de uma autoridade cujos poderes estão institucionalizados de alguma maneira na sociedade (Lifante Vidal, 2000, p. 724)⁶³.

O *insight* de Hart em diferenciar analiticamente os pontos de vista interno e externo operou uma transformação na forma de se fazer teoria do direito porque mostrou aos filósofos e teóricos do direito mais atentos que é possível e necessário definir o direito de forma diferente dependendo de qual perspectiva se adote. Ao invés de pressupor de início a premissa essencialista de que simplesmente “deve haver um *único* conceito de direito”, de sorte que a missão da

⁶³ No entanto, embora tenha sido o responsável pela virada que abriu o caminho para a superação do positivismo e para a institucionalização das mais interessantes teorias da argumentação jurídica, Hart nem abandonou o positivismo jurídico e nem utilizou seu *insight* para resolver a questão da relação entre os domínios da legalidade e da moralidade. O ponto de vista interno é utilizado apenas para forjar o seu critério de identificação do direito positivo em um determinado ordenamento jurídico: a *regra de reconhecimento*. Para Hart, “dizer que uma certa regra é válida é [o mesmo que] reconhecer que ela passa por todos os testes previstos pela regra de reconhecimento” (Hart, 1994-a, p. 103). Como a existência da regra de reconhecimento, e conseqüentemente também do direito, continua apenas a ser uma *questão de fato*, pode ser perfeitamente respondida por um observador externo.

Hart até chega, ao tratar da relação entre direito e moral, a sustentar um certo “conteúdo mínimo de direito natural” para qualquer ordenamento jurídico, mas essa afirmação (que caso radicalizada pode ser vista como contraditória à sua própria teoria geral do direito) parece apenas uma constatação empírica, decorrente de generalizações obtidas através do uso de uma racionalidade instrumental, e não uma tese forte sobre como necessariamente é o conteúdo do direito ou como os participantes em uma ordem jurídica devem se comportar diante do direito injusto. Hart, durante toda a sua vida, manteve-se fiel ao positivismo (Idem, p. 192-3).

filosofia do direito seja definir esse conceito, sucessores de Hart não necessariamente presos ao positivismo jurídico, como Santiago Nino, puderam advogar que diferentes conceitos de direito podem ser utilizados em diferentes contextos, tendo em vista a função da própria conceituação e o tipo de discurso em que a idéia de direito é empregada. Num contexto teórico, em que sociólogos, antropólogos e historiadores se referem ao direito, devem predominar conceitos *positivistas* que se destinam a *descrever* o direito positivo para atender às exigências cognitivas do cientista. Em um contexto jurídico-prático, como o “contexto da argumentação jurídica, no qual se emprega o conceito de direito para expressar razões que justifiquem decisões” (Santiago Nino, 2003-b, p. 191), surge a necessidade de um conceito *normativo*: busca-se não mais de uma teoria jurídica cujo objeto é meramente “conhecer, descrever e explicar convenções do passado”, mas uma teoria que olhe para o futuro e pretenda resolver problemas práticos que devem ser superados na aplicação do direito.

Não obstante isso, é claro que ao se olhar para o direito da perspectiva do *participante* um critério positivo de identificação do direito como a norma fundamental de Kelsen ou a regra de reconhecimento de Hart não necessita ser abandonado por quem busque uma teoria pós-positivista. Alexy (1994, p. 95-122), por exemplo, utiliza a idéia de norma fundamental de Kelsen como um dos baluartes de seu conceito de direito, enquanto MacCormick (1981, p. 131) acredita que “não há razão para se supor que a regra de reconhecimento em sociedades desenvolvidas *exclua* o reconhecimento de *standards* outros que não *regras* jurídicas (em sentido estrito)”, de modo que a regra de reconhecimento de Hart é plenamente compatível com os princípios jurídicos de Dworkin. Para o jurista escocês, “as regras específicas e os regramentos validados pela «regra de reconhecimento» são em si instanciações ou concretizações de princípios mais gerais, v.g. os princípios cuja observância no direito tende a promover certos valores ou estados de coisas” (Idem, p. 128). Por isso parece correto afirmar que mesmo quando se visualiza o direito da perspectiva do participante não é viável um conceito *puramente* normativo de direito, na medida em que os critérios positivistas de identificação do direito pecam na verdade pela insuficiência (o direito não é *apenas* um sistema de normas validamente produzidas e socialmente eficazes), mas não pela inutilidade (pois na maioria das vezes é suficiente definir o direito como não mais do que um sistema de normas validamente produzidas e

socialmente eficazes). Um conceito de direito adequado às pretensões metodológicas do pós-positivismo há de reunir, portanto, tanto elementos descritivos quanto elementos normativos.

Deixando de lado certas diferenças pontuais entre as perspectivas dos autores citados nos parágrafos anteriores, pode-se vislumbrar o direito como uma prática social interpretativa no sentido de Ronald Dworkin (2000) ou uma ordem institucional no sentido de Neil MacCormick (1998-b; 2007). Para explicar como o direito pode ser entendido como uma prática social de natureza interpretativa, Dworkin se vale de uma analogia com as regras de trato social e cortesia. Todos que observam, usam ou aplicam regras de cortesia adotam uma *atitude interpretativa* em relação a essas regras, que possui dois componentes:

O primeiro é a pressuposição de que a prática de cortesia não apenas existe, mas também possui um valor, i. e., de que ela serve a certo interesse ou propósito ou promove algum princípio – noutros termos, que ela possui algum aspecto – que pode ser enunciado independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática. O segundo é a pressuposição ulterior de que as exigências da cortesia – o comportamento exigido por ela – não são necessária ou exclusivamente o que elas sempre tenham sido imaginadas, mas são ao invés sensíveis a esse aspecto, de sorte que as regras mais estritas devam ser compreendidas, aplicadas, estendidas, modificadas, qualificadas ou limitadas de acordo com esse mesmo aspecto (Dworkin, 2000, p. 47).

O direito, assim como a “cortesia”, é um conceito interpretativo (“interpretive concept”) porque os seus usuários assumem que ele possui um valor intrínseco – informado pelos princípios que por meio de suas normas mais particulares são concretizados – e “normalmente reconhecem um dever de continuar ao invés de descartar a prática social em que eles se engajaram” (Idem, p. 87). Nesta perspectiva, a função da teoria jurídica (“jurisprudence” no sentido anglo-saxão do termo) é apresentar interpretações construtivas da prática jurídica; é “tentar retratar a prática jurídica como um todo no seu melhor ângulo, alcançar um equilíbrio entre a prática jurídica tal como ela é encontrada pelo cientista do direito e a melhor justificação possível desta prática” (Idem, p. 90). Daí, Dworkin sustentar – a meu ver com razão – que não há linha precisa que divida a “*jurisprudence*” e a aplicação judicial do direito (“*adjudication*”): “qualquer *opinion* de um juiz é em si uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia é escondida e a parte visível do argumento é dominada por citações e listas de fatos” (Ibidem).

A razão dessa conexão intrínseca entre filosofia jurídica e prática jurídica está em uma particularidade específica do direito, que o singulariza entre as práticas sociais: a prática jurídica, “diferentemente de outros fenômenos sociais, é *argumentativa*” (Idem, p. 13). Portanto, quando se analisa o fenômeno jurídico do ponto de vista *interno* – ou seja, daqueles que formulam as pretensões de validade normativa relevantes para a justificação de uma decisão jurídica – “não se busca predições acerca das pretensões formuladas no discurso jurídico, mas *argumentos* sobre qual dessas pretensões é razoável e por que” (Ibidem). Por isso, após rejeitar todas as por ele denominadas “teorias semânticas do direito”⁶⁴ – entre as quais se incluem tanto o positivismo jurídico clássico, segundo o qual “o direito depende somente de meros fatos históricos” (“plain-fact view”), tais como a existência de um comando de alguém ou algum grupo ocupando a posição de soberano (Bentham, Austin) ou a circunstância de uma determinada regra jurídica ter sido incorporada ao ordenamento de acordo com um teste de origem (“pedigree”) formado por um critério de identificação do direito válido que funcione como uma “master-rule” (Hart, Kelsen), quanto o realismo e o jusnaturalismo –, Dworkin propõe um modelo construtivista de interpretação jurídica denominado “direito como integridade” (“*Law as integrity*”).

O modelo de Dworkin – *Law as integrity* – é um modelo construtivista que se põe entre os dois extremos da concepção *objetivista* (e *otimista*) da interpretação, “segundo a qual os textos legais têm um significado próprio e objetivo e interpretar consiste em (meramente) averiguá-lo ou conhecê-lo”, e da concepção *subjetivista* (e *cética*), “segundo a qual os textos legais não têm um significado próprio ou objetivo e interpretar consiste justamente em *decidir* ou estabelecer um que estará influenciado pelas atitudes valorativas dos intérpretes e/ou interesses sociais, econômicos etc. que rodeiam o caso” (Gascón Abellán, 2005, p. 109)⁶⁵, dando certo valor a ambas as perspectivas.

A idéia de *integrity* pressupõe um modelo de comunidade segundo o qual os indivíduos que compõem essa comunidade compartilham uma determinada compreensão acerca da moral e dos fundamentos da convivência em sociedade. É um modelo que “insiste que as pessoas são membros de uma comunidade somente

⁶⁴ Ou seja, teorias adotadas por filósofos do direito que acreditam na existência de certos critérios lingüísticos para identificar uma proposição jurídica (Idem, p. 32).

⁶⁵ Como explica Marina Gáscón, esta segunda concepção é cética porque desconfia da possibilidade de obter, através da interpretação, uma decisão interpretativa “correta” (Ibidem).

quando elas aceitem que estão governadas da seguinte maneira forte: elas aceitam que *estão governadas por princípios comuns*, e não apenas regras obtidas por simples compromissos políticos” (Dworkin, 2000, p. 211). Em termos práticos e políticos, a idéia de *integridade* exige “que os *standards* públicos da comunidade sejam tanto constituídos quanto visualizados, na medida em que isso seja possível, de modo a expressar um único e coerente esquema de justiça e equidade (*fairness*), na relação correta entre estas” (Idem, p. 219). Refere-se, portanto, aos princípios tidos como fundamentais para o esquema político (e jurídico) como um todo (Ibidem).

No plano específico do direito, pode-se sintetizar o modelo de Dworkin da seguinte maneira:

Juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade (*integrity*) decidem casos difíceis ao tentar encontrar, em um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres do povo, a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade (Idem, p. 255).

Dois idéias básicas podem retratar bem as exigências fundamentais da noção de *integrity*: de um lado, o valor da *coerência* – de modo que deve o jurista tratar de buscar harmonizar o direito de forma a compreender e ordenar as regras jurídicas particulares de acordo com os princípios que lhes subjazem e que produzem e confirmam a integridade do sistema jurídico; de outro, a necessidade de se buscar, continuamente, um aperfeiçoamento racional desse ordenamento, de modo a exigir do intérprete sempre a melhor, mais racional, mais justa, mais coerente e mais adequada solução jurídica que estiver ao seu alcance. Nesse sentido, a idéia de que há sempre uma resposta correta a ser buscada – que jamais poderia ser aceita enquanto hipótese empírica, mas permanece válida enquanto *idéia regulativa* – desempenha uma tarefa central na teoria jurídica de Dworkin.

Sem aprofundar aqui na tese de que existe para cada caso uma única resposta correta, cabe dizer, no entanto, que embora essa tese seja evidentemente equivocada enquanto hipótese empírica – na medida em que, por mais sofisticadas que sejam as teorias morais propostas para encontrar critérios de valoração e justificação racional nos casos difíceis, a razão prática sempre estará diante de limites que derivam da incapacidade de se realizar um discurso racional que permita, com a “segurança intersubjetivamente necessária, chegar em cada caso a

uma única resposta correta” (Alexy, 1998-a, p. 20) – ela pode ser interpretada de modo a valer como um importante ideal de racionalidade a ser perseguido pelo jurista. O seguinte argumento de Alexy é expressivo dessa possibilidade:

Está claro que na realidade não existe nenhum procedimento que permita, com a segurança intersubjetivamente necessária, chegar em cada caso a uma única resposta correta. Isso não obriga, sem embargo, a renunciar à idéia da única resposta correta, mas unicamente dá ocasião para determinar o seu *status* com mais precisão. O ponto decisivo aqui é que os respectivos participantes em um discurso jurídico, se suas afirmações e fundamentações hão de ter pleno sentido, devem, independentemente de existir ou não uma única resposta correta, sustentar a pretensão de que sua resposta é a única correta. Isto significa que devem pressupor a única resposta correta como idéia regulativa. A idéia regulativa da única resposta correta não pressupõe que exista para cada caso uma única resposta correta. Apenas pressupõe que em alguns casos se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe em quais casos isso acontece, de modo que vale a pena procurar encontrar em todos os casos a única resposta correta (Ibidem).

A idéia regulativa da única resposta correta, se interpretada dessa maneira, passa a corresponder à exigência de saturação – ou seja, plena afirmação/especificação – das premissas utilizadas no curso da argumentação jurídica, que constitui uma das exigências fundamentais da racionalidade prática (Alexy, 1997-a, p. 236). Exige-se do jurista prático se portar como se houvesse uma única resposta correta, buscar sempre a melhor resposta possível, em cada novo caso concreto, para o problema jurídico que se põe.

Visto isso, pode-se provisoriamente concluir que no pensamento do autor de *Law's Empire* o direito é uma prática social interpretativa institucionalizada e cujo sentido é atribuído pelos *princípios* (de natureza *jurídica*, na medida em que seus efeitos se irradiam sobre o ordenamento jurídico, tanto na atividade legislativa – “*integrity in legislation*” – como na atividade de aplicação judicial do direito – “*integrity in adjudication*” –, mas também *moral*, haja vista que sua validade independe de um “teste de pedigree”⁶⁶) compartilhados pelo grupo social a que se referem e subjacentes às regras utilizadas para resolução de problemas jurídicos concretos.

⁶⁶ Nesse sentido, ver Dworkin, 1968, p. 35. Ao contrapor as noções de “principles” e “policies”, o argumento é enfático: “Eu denomino de ‘princípio’ um *standard* que deve ser observado não porque ele irá contribuir para ou assegurar uma situação econômica, política ou social tida como desejável, mas por ser uma exigência de justiça ou equidade (*fairness*) ou alguma outra dimensão da moralidade”. Mais adiante, no mesmo ensaio, frisa que “nenhum teste de origem (*pedigree*), relacionando princípios a atos legislativos, pode ser formulado” (Idem, p. 58).

Por sua vez, a teoria institucionalista de Neil MacCormick possui importantes pontos de contato tanto com Hart quanto com Dworkin. De Hart, MacCormick extrai a “tese da validade”, segundo a qual “todos os sistemas jurídicos compreendem, ou pelo menos incluem, um conjunto de regras identificáveis por referência aos critérios comuns de reconhecimento”, sendo que “o que faz desses critérios ‘critérios de reconhecimento’ é a aceitação comum pelos juízes de tal sistema de que é seu dever aplicar as regras identificadas por meio deles” (MacCormick, 1978-a, p. 54). Ao mesmo tempo, porém, MacCormick aponta um sério problema para o positivismo jurídico, em especial o de Herbert Hart. Critica, fundamentalmente, a postura exclusivamente descritiva e “neutra” do positivismo jurídico em relação ao direito. O teórico do direito limita-se a formular enunciados descritivos do tipo “do ponto de vista daqueles que trabalham no sistema, aquela decisão deve ser tomada”, mas não trata de justificar – ele próprio – a decisão descrita: “uma descrição positivista do sistema tal como ele opera [*de facto*] não pode responder ao particular tipo de questão que pode surgir *internamente* do sistema jurídico: «porque nós devemos tratar todas as decisões de acordo com uma regra válida como sendo suficientemente justificadas?», e essa é uma questão que pode ser – e de fato é de tempo em tempo – levantada” (Idem, p. 62-3). Essa crítica – posta em 1978, com a edição de seu *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978-a) – foi posteriormente levada adiante para desembocar em uma “teoria institucionalista pós-positivista do direito” (MacCormick, 2006-a, p. XVIII).

De Dworkin, por outro lado, MacCormick incorpora a noção de *coerência* – tida como um dos parâmetros mais relevantes de sua teoria da argumentação jurídica para o fim de justificar racionalmente uma decisão –, bem como a idéia de que uma prática social como o direito pressupõe um “mútuo entendimento” nela incorporado (MacCormick, 1998-b, p. 305), mas não qualquer “mútuo entendimento”, pois o que faz uma regra jurídica “valer e/ou ser reconhecida institucionalmente” não é apenas a conformidade com uma *regra constitutiva* que determine o seu significado – como no modelo de Searle (1970, p. 33-s) –, mas os princípios de fundo (“underlying principles”) que constituem a causa última (“final cause”) de uma determinada instituição (MacCormick, 1998-b, p. 332-6). Assim como Dworkin, MacCormick acredita que o sentido da prática social denominada direito emana dos princípios que produzem coerência (na

nomenclatura de MacCormick) ou integridade (que representa a mesma idéia no vocabulário de Dworkin) e pertencem, a um só tempo, à moral e ao próprio direito positivo. Ao mesmo tempo, porém, critica a proposta de Dworkin de conciliar um construtivismo jurídico e moral com a tese (nada construtivista) de que haveria uma única resposta correta para cada problema jurídico nos casos difíceis. Haveria uma ambigüidade no coração da teoria jurídica de Dworkin, que MacCormick expressa da seguinte maneira:

O tipo de unidade – unidade em substância, e não apenas em método – entre direito, política e moral para o qual Dworkin argumenta foi até o momento tido como um traço característico do pensamento jusnaturalista. Mas em suas manifestações clássicas o direito natural era encontrado naquilo que Dworkin hoje caracteriza como uma “moralidade natural”, que ele expressamente rejeita. Ele não pode na minha opinião fazer um giro para esse “modelo construtivista” e ao mesmo tempo asseverar essa unidade em substância e método. Ele não pode, especialmente, manter a asserção, que deixou a comunidade jurisprudencial em alerta, de que há em cada caso difícil uma única resposta correta para todos os tópicos de discussão entre as partes (MacCormick, 1978-b, p. 589).

Não obstante, apesar dessa e outras objeções – que se ligam ao fato de MacCormick adotar uma posição mais realista quanto aos *limites da razão prática* – há de modo geral uma concordância quanto ao tipo de prática social que constitui o direito e ao papel desempenhado pelos princípios ao produzir unidade de sentido para essa prática. Em consonância com o não positivismo de Dworkin (2000) e Alexy (2004-a), a teoria institucionalista – apesar de concordar com Hart que as regras jurídicas adquirem “força” ou validade com fundamento em “normas de segundo nível (‘second-tier norms’) que estipulam os termos de autorização ou concessão de poder para tomar decisões” (MacCormick, 1998-b, p. 317) – enxerga uma relação entre direito e moral por meio da qual esta última estabelece *limites* ao conteúdo possível das regras que integram o primeiro, à semelhança do que faz Alexy ao visitar a “fórmula de Radbruch” (Alexy, 1999-a; Bustamante, 2006-a). Como o jusfilósofo escocês esclarece na introdução de sua mais recente obra,

Um mínimo de justiça é essencial. Não há nada na natureza de uma ordem normativa institucional que exija de nós admitir como direito práticas ou regras e ordenações que, (sob a ótica de) qualquer posição moral razoavelmente sustentável (e) aceita por qualquer agente dotado de autonomia, caracterizar-se-ia como uma violação séria às exigências básicas de justiça. Um grau mínimo da exigência de se evitar grave injustiça pode perfeitamente ser aceito como constituindo um limite à

validade das normas jurídicas. No mundo contemporâneo, esses limites foram inclusive, em certa extensão, institucionalizados por meio dos instrumentos de proteção dos direitos humanos discutidos no capítulo 11. Essa conclusão exige reconhecer que a teoria institucional do direito na sua forma presente, apesar de originalmente ter se desenvolvido dentro da linha de pensamento conhecida como ‘positivismo jurídico’, não é hoje uma teoria ‘positivista’. Quer se escolha ou não classificá-la como pertencente à tradição do ‘direito natural’, ela é certamente *pós-positivista* (MacCormick, 2007, p. 4-5).

De fato, embora a teoria institucionalista de MacCormick tenha partido de dentro da tradição do positivismo jurídico – como ele próprio reconhece (MacCormick, 1999, p. 1429) –, sempre esteve presente nos seus escritos sobre argumentação jurídica certa reserva quanto à inabilidade de qualquer estudo justeorético que permaneça atrelado à tradição positivista para *justificar* – e não apenas *explicar* – as normas e decisões jurídicas que constituem o seu objeto de análise (MacCormick, 1978-a, p. 62-65). Ainda que MacCormick, ao descrever o direito como uma *ordem normativa institucional* – que se distingue de práticas e ordens e normativas *informais* como a moral por conter normas “explicitamente formuladas em textos autênticos”, prolatados por organismos (*agencies*) oficiais dotados de autoridade (MacCormick, 1999, p. 1431) –, tenha se valido do método juspositivista das teorias institucionalistas que o antecederam, segundo o qual “o direito é estudado tal como ele ‘é’, distinguindo-se os planos da descrição e da prescrição (ou valoração) de normas e instituições” e separando-se nitidamente o direito e a moral (La Torre, 1999, p. 133), o objetivo de sua teoria, que somente foi aproximado na sua versão final, foi levar mais adiante do que Hart (levou) o seu *insigh* relativo ao “aspecto interno” da conduta que é governada por normas (MacCormick, 1999, p. 1432).

Com as teorias institucionalistas da primeira metade do Século XX, MacCormick compartilha uma concepção pluralista do sistema jurídico que não identifica necessariamente o direito e o Estado. Tal como a teoria institucionalista de Santi Romano (1946, p. 106-s), a de MacCormick sustenta uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, “dos quais o Estado não é mais que uma variante”. Como explica La Torre, a teoria de Romano tem como uma de suas características fortes o antiestatismo:

Para uma teoria que identifica direito e Estado, ou melhor, que reconduz o direito à ‘forma de Estado’, é natural que aquele (o direito) seja composto por comandos do

poder estatal. Romano, porém, é antiestatista em duas direções. Por um lado porque nega que o direito seja composto principalmente por aqueles atos que tenham sido considerados típicos da atividade estatal: as prescrições, os imperativos, as sanções. Por outro lado, porque nega a pretensão do Estado de ser o *único* ordenamento jurídico válido e eficaz em um certo território, optando portanto pela tese da pluralidade dos ordenamentos jurídicos (La Torre, 1999, p. 132).

Mesmo com fundamentos não rigorosamente idênticos, o institucionalismo de MacCormick compartilha esse pluralismo: “certamente é verdade tanto que o Estado não é a única associação humana significativa que nós conhecemos, quanto que os *arrangements* do Estado para dar conta da existência de corporações e da ordem intrinsecamente normativa de outras entidades sociais não deveriam ser tidos como um obstáculo às condições ontologicamente necessárias para a existência de tais associações, de tais ordens sociais” (MacCormick, 1999, p. 1435). MacCormick consegue ver, para além do Estado, outras ordens normativas institucionais (jurídicas, portanto) como o direito internacional público, a Comunidade Européia, os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, o direito eclesiástico de várias igrejas, e os sistemas normativos relativos às associações esportivas nacionais e internacionais (Idem, p. 1431). Tão importante quanto a institucionalização *formal* (por um agente oficial) é a circunstância de a ordem normativa que constitui o direito ser fundada em termos de “mútuas crenças” (e princípios) compartilhadas pelos indivíduos que interagem entre si de acordo com essa ordem (MacCormick, 1998-b; 1999; 2007).

MacCormick se vale, portanto, de um método positivista para reconhecer as ordens normativas que constituem “direito” – a regra de reconhecimento hartiana. Mas ele admite também que essa regra-mestra (“*master-rule*”) é útil para reconhecer e incorporar ao direito princípios morais como os de Dworkin (v. *supra*), transformando-os também em princípios jurídicos e estabelecendo uma importante relação entre direito e moral, pois as normas morais reconhecidas como princípios jurídicos pelos órgãos que a aplicam passam também a formar parte do direito. Num momento posterior, chega inclusive a romper de vez com o positivismo, pois em seus estudos mais recentes estabelece um autêntico *limite* à tese positivista da validade, exigindo um *mínimo de justiça material* para que qualquer ordem normativa possa ser caracterizada como jurídica (MacCormick, 2007, capítulo 15; 1986, p. 141). Utiliza, portanto, um argumento positivista para

dizer o que *é* direito e um argumento não-positivista para dizer o que *não é* direito.

3.2

Os limites substanciais do direito e a pretensão de correção: o argumento de Robert Alexy

Como vimos no tópico anterior, a teoria institucionalista de MacCormick, na sua versão mais madura, incorpora (1) a idéia hartiana de que o direito é uma *prática social*, (2) a tese de Dworkin de que a integridade ou coerência dessa prática é determinada pelos *princípios fundamentais* que subjazem a (e, em certo sentido, fundam) essa prática, (3) a tese herdada do “institucionalismo antigo” de que a ordem normativa institucionalizada que constitui “direito” não se esgota necessariamente no aparelho estatal e, finalmente, (4) a tese hoje sustentada por Alexy, com fundamento em Radbruch, de que essa ordem perde sua validade quando adquire um caráter extremamente injusto.

É essa última tese que faz com que definitivamente MacCormick possa ser considerado – como ele mesmo diz – um pós-positivista. Podemos denominar a essa tese de “argumento da injustiça”. No atual estágio de desenvolvimento da filosofia do direito, esse argumento foi desenvolvido com mais profundidade por Robert Alexy, que busca fundamentar um conceito antipositivista de direito com a ajuda desse argumento e de uma outra tese afim: a tese da pretensão de correção. Nas linhas que se seguem, teceremos alguns comentários a esses dois argumentos, iniciando pelo da pretensão de correção do direito.

3.2.1

A pretensão de correção do direito

Um dos passos para superar a tese positivista de que o direito e a moral estariam rigorosamente separados, de modo que qualquer conteúdo pode ser considerado direito válido – isto é, “não há qualquer conduta humana que, como

tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser o conteúdo de uma norma jurídica” (Kelsen, 1998-a, p. 221) –, é o reconhecimento de que todos os atos de produção e aplicação do direito formulam, implícita ou explicitamente, uma pretensão de correção (que, embora não se restrinja⁶⁷ a uma correção *moral*, indiscutivelmente a pressupõe como elemento central).

Essa pretensão de correção, que ocupa um papel crucial no pensamento de Alexy, deve ser explicada a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas, que dá fundamento à sua teoria da argumentação jurídica. Por isso não há qualquer exagero na afirmação de Atienza de que “a teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do direito” (Atienza, 2000, p. 34).

Em seu famoso ensaio “Teorias da Verdade”, publicado ainda no início da década de 1970, Habermas critica as teorias da “verdade como correspondência”, segundo as quais a verdade de um enunciado significa única e exclusivamente que o estado de coisas por ele expressado existe no mundo dos objetos (Habermas, 1997). Em substituição a estas teorias, propõe uma concepção de verdade como consenso que pode ser resumida na seguinte passagem:

Eu posso predicar algo a um objeto se e somente se todos os indivíduos que *pudessem* entrar em um discurso comigo *fossem* predicar a mesma coisa ao mesmo objeto. Portanto, para distinguir a verdade ou a falsidade de um enunciado eu faço referência ao julgamento de outros – de fato, ao julgamento de todos aqueles com quem eu possa eventualmente manter um diálogo (entre os quais eu contrafaticamente incluo todos os interlocutores que eu poderia encontrar se a história da minha vida fosse coextensiva com a história da humanidade). A condição de verdade de um enunciado é o potencial consenso de todos os demais (Idem, p. 121).

Habermas busca nesse discurso ideal o critério de verdade que ele entendia estar ausente nas teorias que identificam a verdade de um enunciado com uma simples correspondência, mediada pela experiência ou pelos sentidos, a um determinado estado de coisas. Como temos diferentes experiências, uma concepção de verdade baseada unicamente na percepção sensorial seria errônea por incapaz de garantir a objetividade do conhecimento alcançado através da

⁶⁷ Ver, sobre a tese do caso especial e o conteúdo da pretensão de correção do direito, o argumento que desenvolvo infra, na seção 2.4.3.2.

razão. A maior preocupação de Habermas, creio, não é estabelecer um método para que *eu* possa chegar a uma conclusão sobre a verdade de um enunciado sobre um fato ou a correção de uma norma, mas um procedimento discursivo para que, através de uma argumentação livre e autônoma, *as partes potencialmente interessadas* possam *testar a racionalidade das pretensões de validade* que cada um dos agentes do discurso venha a sustentar.

Diante da ausência de uma realidade objetiva acessível aos sentidos, a racionalidade das expressões utilizadas por A ou por B só pode ser medida através da resgatabilidade discursiva das pretensões da validade contidas nos atos de fala praticados por cada uma dessas partes. Noutras palavras, ao entender o discurso como um procedimento argumentativo, Habermas está a sustentar que nas interações lingüísticas entre A e B “ambos sustentam *pretensões* com as suas expressões simbólicas, as quais podem ser criticadas e defendidas, ou seja, *fundamentadas*” (Habermas, 1984, p. 9). Um juízo – sobre a *verdade*, no caso dos atos de fala *constatativos*, ou a *correção*, no dos atos de fala *regulativos*, em que está em jogo não uma asserção de um fato, mas a validade de uma *norma* (Habermas, 1997, p. 130) – só pode ser *objetivo* “se for realizado sobre a base de uma pretensão de validade *trans-subjetiva*”, de sorte que as “asserções e ações direcionadas para fins são racionais na medida em que a pretensão que está conectada a ela possa ser defendida contra a crítica” (Habermas, 1984, p. 9). Daí, a adoção de um conceito de *racionalidade comunicativa* que está embasado em um discurso argumentativo livre, cuja força é capaz de gerar um consenso livre de coação (*unconstrained*) e unificador (Idem, p. 10).

Da mesma forma que as asserções sobre fatos, as “ações *normativamente reguladas*” também possuem “expressões significativas (...) que estão conectadas com pretensões de validade criticáveis”. As *normas* a que essas ações se referem também podem ser intersubjetivamente reconhecidas, e o resgate discursivo das pretensões de validade (correção) dessas normas é constitutivo para a sua racionalidade (Idem, p. 15-6)⁶⁸. No campo da ética filosófica, Habermas decididamente adota um *cognitivismo* segundo o qual questões normativas podem

⁶⁸ Da mesma forma, em Teorias da Verdade Habermas salienta que “se a correção, junto com a verdade, pode qualificar-se de pretensão de validade susceptível de desempenho discursivo [ou, diríamos, resgatabilidade discursiva], disso se segue que a correção de uma norma pode se submeter ao mesmo exame que a verdade dos enunciados” (Habermas, 1997, p. 127).

ser resolvidas através da argumentação levada a cabo em um *discurso prático* em que a correção normativa seja, ela própria, “tematizada” (Idem, p. 19).

Tal tipo de discurso deve ser considerado um processo comunicativo que, para ser racional, deve se aproximar suficientemente das seguintes “condições ideais” (Idem, p. 25): (1) os interlocutores devem estar em uma “situação ideal de fala”⁶⁹ caracterizada basicamente pela “simetria geral de condições” em que cada participante do discurso pode estruturar seus atos de fala de modo que não exista qualquer coação senão a “força do melhor argumento” (Habermas, 1984, p. 25); (2) a argumentação, entendida como procedimento, deve ser compreendida como uma “forma de interação *sujeita a regras especiais*” (Ibidem)⁷⁰; e (3) a argumentação deve ter como finalidade “produzir argumentos cogentes que sejam convincentes em virtude de suas propriedades intrínsecas e que possam ser redimidos ou rejeitados com a ajuda de suas pretensões de validade” (Idem, p. 25-6).

Como não posso adentrar mais especificamente na teoria da argumentação nesse momento, pois retornarei a esse ponto mais adiante (*infra*, seção 2.4.1) me limitarei a frisar a tese que constitui a premissa central para Alexy: a de que *os atos de fala regulativos trazem consigo uma pretensão de correção normativa*⁷¹.

Com fundamento nessa tese é que Robert Alexy sustenta que em todos os atos de produção e aplicação do direito existe uma pretensão implícita (ilocucionariamente) de que se trata de um ato correto. No núcleo dessa pretensão

⁶⁹ Essa “situação ideal de fala” é definida formalmente em Habermas, 1997, p. 150-8 e em Alexy, que formula essas condições em termos de *regras de argumentação* que se destinam a garantir a racionalidade da justificação jurídica (Alexy, 1997-a, regras do grupo 2).

⁷⁰ Para uma explicitação mais detalhada e explícita de quais poderiam ser essas regras, ver, por todos, Alexy, 1997-a.

⁷¹ Como vimos acima, é essa *pretensão de correção normativa* que vai ser “testada” no discurso prático. Importa salientar, à guisa de conclusão desse tópico, que Habermas, em estudos bem mais recentes, revisou parcialmente suas teses acerca do discurso teórico (ou seja, daquele em que estamos diante de asserções ou atos de fala *constatativos* que sustentam uma pretensão de *verdade*), mas não as do discurso prático. Nesse sentido, o seguinte excerto: “A orientação da verdade assume papéis diferentes nos contextos da ação e do discurso. Levando-se em conta essas diferenças, distingo – com mais rigor do que havia feito até então – entre a verdade de uma proposição e sua assertabilidade racional (mesmo sob condições aproximadamente ideais) e submeto a concepção epistêmica do conceito de verdade a uma revisão há muito necessária. Retrospectivamente, vejo que o conceito discursivo de verdade se deve a uma generalização excessiva do caso especial da validade de normas e juízos morais. Por certo, uma compreensão construtivista do dever moral exige uma compreensão epistêmica da correção normativa. Mas, se queremos fazer justiça a intuições realistas, o conceito de verdade enunciativa não pode ser assimilado a esse sentido de aceitabilidade racional sob condições aproximadamente ideais” (Habermas, 2004-a, p. 15). No entanto, como o próprio Habermas ressalva no trecho acima, essa revisão não afeta em nada suas teses anteriores sobre o discurso prático e seu construtivismo formal em relação à correção moral.

estariam contidas: (1) uma “afirmação de que o ato jurídico é material e procedimentalmente correto”; (2) uma *pretensão* (que gera uma *garantia*) de *fundamentabilidade* dessa afirmação; e (3) uma *expectativa* de reconhecimento da correção por todos os destinatários da norma jurídica (Alexy, 2005-b, p. 35-6).

Mas como demonstrar essa tese? Alexy responde no seguinte sentido: “as pretensões implícitas podem ser explicitadas mostrando que sua negação é absurda” (Alexy, 2005-c, p. 21). Adota, assim, a estratégia pragmático-formal de demonstrar que a negação explícita da pretensão de correção representa uma contradição entre o *conteúdo* do ato jurídico (seja de uma lei, uma decisão judicial etc.) e o conteúdo da *afirmação* implicitamente realizada ao editá-lo. A esse tipo de contradição Alexy denomina “contradição performativa” (Alexy, 2005-b, p. 38). Todo participante de um discurso jurídico que negue expressamente a pretensão de correção está cometendo uma contradição desta natureza. Assim, estariam incidindo em uma contradição performativa tanto uma assembléia constituinte que promulgasse uma constituição cujo artigo 1º estabelecesse que “X é um Estado injusto”, quanto um juiz que adotasse como máxima uma forma *invertida* dos três preceitos fundamentais da justiça de Ulpiano (*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*), ou seja, a máxima “os preceitos jurídicos são esses: viver desonestamente, causar danos ao outro e não dar a cada um o que é seu” (Idem, p. 39-40) (pois as decisões que esse juiz prolatasse, objetivamente interpretadas, conteriam uma afirmação implícita contrária a essa máxima).

Alexy sustenta, em um dos pontos fundamentais para justificar a definição de direito – e assim, a própria filosofia do direito⁷² – que ele propõe, que a pretensão de correção tem a importante função de estabelecer *uma conexão necessária entre direito e moral*, a qual se apresenta como uma conexão complexa que tem ao mesmo tempo um caráter conceitualmente *necessário* e *qualificativo*: é necessário porque todos os sistemas jurídicos necessariamente pressupõem a pretensão de correção (e assim não seriam sistemas jurídicos se não a pressupusessem), mas qualificativo (em contraposição a um caráter classificador) porque os sistemas e normas jurídicos que não atenderem às exigências da

⁷² Isso porque, para Alexy, “toda filosofia do direito é, implícita ou expressamente, a expressão de um conceito de direito” (1999-c, p. 23). Assim, a razão para insistir em um conceito não positivista de direito é estabelecer, via argumentos filosóficos, limites ao conteúdo possível do direito, vislumbrado na perspectiva do participante.

pretensão de correção, apesar de conceitualmente *defeituosos*, permanecem *válidos* em sentido jurídico (Alexy, 2004-a).

Mas um positivista naturalmente poderia perguntar: qual a relevância de uma pretensão de correção, se ela possui apenas um caráter “qualificativo”? A essa pergunta o não-positivismo alexyano responde no sentido de que a pretensão de correção implica um “dever jurídico de decidir corretamente” (Alexy, 2005-b, p. 46). Ela atribui ao direito um *caráter ideal* que é especialmente relevante para aqueles que analisam o direito desde a perspectiva do *participante*. Assim, quando o direito consagra uma injustiça (e, dessa forma, não realiza o estado de coisas exigido pela pretensão de correção), estamos diante não apenas de um defeito moral, mas também de um *defeito jurídico*. Nas palavras de Alexy, “a pretensão de correção transforma um defeito moral em defeito jurídico. E isso de maneira nenhuma é trivial. É a conversão do positivismo para não-positivismo. A pretensão de correção do direito não é, de forma nenhuma, idêntica à pretensão de correção moral, mas ela inclui uma pretensão de correção moral” (Alexy, 2000-a, p. 146).

A pretensão de correção atribui ao direito, portanto, um caráter ideal que desautoriza todos os positivismos que definem o ordenamento jurídico como mera facticidade ou expressão do poder ou autoridade. Essa *dimensão ideal do direito* serve de fundamento para um *princípio geral de moralidade* que é válido como *norma jurídica implícita em todas as Constituições jurídicas*. Junto à pretensão de correção, reconhece-se dessa maneira uma *norma* pragmaticamente pressuposta que estabelece um dever (ainda que seja um dever-ser ideal) de construir e aplicar corretamente o direito. Por essa via pode-se justificar o princípio da moralidade como um princípio geral do direito que é válido para todos os ramos ou setores do ordenamento jurídico e independe de qualquer formulação expressa. Esse princípio, enquanto tal, funciona como um *mandado de otimização* que, ao mesmo tempo, se irradia sobre o campo da teoria da argumentação (pois atua como uma metanorma ou regra de argumentação para interpretar e aplicar corretamente o direito positivo) e estabelece um dever jurídico *prima facie* – tendo em vista o seu caráter de “princípio jurídico”, ou seja, de “norma que ordena que algo seja realizado na máxima medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas” (Alexy, 1997-b, p. 86) – de que as normas e decisões jurídicas em geral sejam moralmente corretas.

Com o argumento da correção, que conduz também ao argumento dos princípios (que não será analisado nesse trabalho), Alexy dá um grande passo em rumo a uma filosofia do direito pós-positivista. Mas o seu argumento ainda não está completo. Para atingir seu objetivo de desprover de validade as normas extremamente injustas que qualquer sistema jurídico venha a editar, Alexy propõe o argumento da injustiça e a Fórmula de Radbruch. Analisarei esse ponto no item que se segue.

3.2.2

O argumento da injustiça via “fórmula de Radbruch”

Como vimos acima, o argumento da pretensão de correção encontra um limite no fato de ele possuir apenas um caráter qualificativo para o direito (transforma o direito injusto em defeituoso, mas não necessariamente em inválido). Embora essa pretensão de correção tenha a função de caracterizar o princípio da moralidade como um *aspecto ideal* necessário em todos os ordenamentos jurídicos, essa pretensão não é capaz de vindicar, em si mesma, uma regra ou uma fórmula concreta que estabeleça um limite material ao conteúdo do direito *real*. Com um pouco mais de precisão, pode-se dizer que é impossível *deduzir* o argumento da injustiça (que suprime a validade jurídica das normas extremamente injustas) da pretensão de correção. Ou seja, a aceitação ou rejeição do argumento da injustiça “não pode ser decidida unicamente com base em argumentos analíticos ou conceituais” (Alexy, 2004-a, p. 46).

Ainda assim, Alexy acredita que pode encontrar *argumentos normativos* para fundamentar a denominada Fórmula de Radbruch como um limite universal para o direito, ou seja, como um critério para dizer o que *não* pode ser direito.

A Fórmula de Radbruch foi forjada como uma reação ao nazismo e às atrocidades praticadas durante esse período supostamente “em nome do direito”. Gustav Radbruch, ao formulá-la, foi sem dúvida nenhuma um *participante* na difícil empreitada de reconstruir uma sociedade minimamente civilizada, além de uma ética e um direito, no contexto de barbaridade e destruição deixado por Hitler⁷³.

⁷³ Para uma contextualização histórica e uma nota bibliográfica necessárias para entender o papel ativo de Radbruch como intelectual e político progressista na República de Weimer, assim como

Em seus ensaios publicados nos pós-guerra, Radbruch sustenta que o direito é informado por três valores básicos: *bem público* (“public benefit”), *segurança jurídica* (“legal certainty”) e *justiça* (“justice”) (Radbruch, 2006-b, p. 14). Radbruch sustenta a possibilidade de ponderação entre esses três valores, de modo que “pode haver leis que sejam tão injustas e socialmente danosas que a validade, e o próprio caráter jurídico, devem lhes ser negados” com base em um núcleo duro de princípios que gozam de um “consenso de largo alcance”, estabelecido através do trabalho de séculos e consagrado nas declarações de direitos humanos (Idem, p. 14-5).

Na aplicação e harmonização desses princípios e dos três valores fundamentais citados logo atrás, Radbruch propõe que seja observada a seguinte fórmula, que constituiu talvez o mais influente argumento jusnaturalista do século XX:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser bem resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, garantido pela legislação e pelo poder, tem precedência mesmo quando o seu conteúdo é injusto e falha em garantir o bem comum, *a não ser que o conflito entre a lei positiva e a justiça alcance um grau tão intolerável que a lei, enquanto ‘direito defeituoso’, deve sucumbir à justiça*. É impossível traçar uma fronteira clara entre os casos de ‘antijuridicidade legal’ e de leis que são válidas apesar de suas imperfeições. Uma distinção, no entanto, pode ser traçada com especial clareza: Onde não há sequer uma busca da justiça, onde a igualdade, núcleo da justiça, é deliberadamente traída na criação do direito positivo, então a lei positiva não é apenas ‘direito defeituoso’, mas carece por completo da própria natureza de direito (Radbruch, 2006-a, p. 7).

É precisamente nessa passagem que Alexy se concentra para estabelecer sua versão da Fórmula de Radbruch, que, em uma formulação mais sintética, reza: “*O direito extremamente injusto não é direito*” (Alexy, 1999-a, p. 16).

Como é fácil perceber, a formulação de Radbruch representa a defesa de um direito natural racional que deveria ser objetivado através de um consenso histórico. No entanto, o “consenso histórico” de Radbruch, que está na raiz da

enquanto filósofo do direito anti-nazista, ver Paulson (2006), onde há também indicação de bibliografia mais aprofundada no tema. No entanto, o papel de *participante* em um discurso ético jurídico, desempenhado por Radbruch, transparece em seus próprios escritos, independentemente da contextualização histórica. Veja-se: “Nós devemos acreditar que essa ‘antijuridicidade legal’ [refere-se Radbruch aqui à “lawlessness”, na boa tradução de B. L. Paulson e S. Paulson] irá permanecer uma aberração isolada do povo alemão, uma loucura para nunca-ser-repetida. Nós devemos nos preparar, entretanto, para qualquer eventualidade. Nós devemos nos armar contra a recorrência de um direito criminoso, como o de Hitler, através da superação do positivismo, o qual tornou impotentes todas as defesas possíveis contra os abusos da legislação do nacional socialismo” (Radbruch, 2006-a, p. 8).

fundamentação desse critério negativo de validade jurídica, aparece aqui mais como uma hipótese empírica do que como um argumento filosófico. Mesmo se esse “consenso histórico” for verdadeiro, ele não basta para fundamentar o argumento da extrema injustiça, mesmo porque ele não impediu o surgimento do nazismo e toda a desumanidade praticada *in nomine iuris* durante os anos que antecederam os escritos jusnaturalistas de Radbruch, e nenhum fato puramente sociológico é capaz garantir que esse consenso não possa ser desconstituído⁷⁴.

Portanto, se a Fórmula de Radbruch puder ser filosoficamente reconhecida, na versão que Alexy propõe, deve vir acompanhada de um critério que permita ao jurista prático (que é o principal destinatário das teorias do direito elaboradas a partir do ponto de vista interno) dar *objetividade* à sua aplicação, pois sem isso ela não se acomoda bem com a teoria da argumentação jurídica que Alexy pressupõe e à concepção de racionalidade (construtivismo kantiano) que está por detrás dela. Alexy está ciente desse problema, e por isso propõe um *princípio de aplicação* para a fórmula que tornaria as conclusões obtidas através da sua aplicação “racionalmente justificáveis”. O princípio adota a seguinte forma:

PA: Quanto mais extrema a injustiça, mais certo será o conhecimento sobre a sua existência (Alexy, 2004-a, p. 57).

Para Alexy, “esse princípio conecta considerações materiais e epistemológicas”, e assim provê uma justificação, por exemplo, para as conclusões da Corte Constitucional Alemã de que a Ordenação n. 11 (que cassou a propriedade e a nacionalidade de judeus em função da raça) “alcançou um ‘grau intolerável’ e (...) evidente” de injustiça (Ibidem).

No entanto, poder-se-ia objetar que esse princípio de aplicação só funciona sob premissas essencialistas que não devem ser aceitas. Alfonso García Figueroa chega a acusar Alexy de um *intuicionismo* moral que se manifesta precisamente na vinculação entre o aspecto material e o aspecto epistemológico da correção, citando PA como exemplo dessa tendência (García Figueroa, 1999, p. 209). A premissa intuicionista implícita na concepção de Alexy desmontaria o seu

⁷⁴ Vale frisar aqui que, apesar da beleza retórica do texto de Radbruch, falta nos escritos de Radbruch uma externalização dos pressupostos filosóficos do seu argumento da injustiça. Como ressalta Stanley L. Paulson (2006, p. 30), “em termos filosóficos, Radbruch em nenhum lugar aduz um argumento em favor dos [três] valores absolutos que ele propõe”.

conceito de direito e a própria tese do caso especial, pois “parece entrar em conflito” com o “modelo racionalista kantiano” que caracteriza a sua obra⁷⁵.

A objeção é importante, sem dúvida. É até possível tentar livrar o critério proposto por Alexy da acusação de intuicionismo, mas ao preço de uma interpretação *realista* da moral kantiana, como a de Allen W. Wood (1999, p. 157). De acordo com essa interpretação, a denominada fórmula que Kant estabeleceu para a *autonomia moral* – “So act that the maxim of your will could always hold at the same time as a principle in a giving of universal law” (Kant, 1996-a, p. 164) – seria apenas uma *idéia* ou um teste para que pudéssemos “encontrar” a lei universal objetivamente existente⁷⁶, e não um método para que nós pudéssemos – a partir da consideração de todos os interesses de agentes iguais em um processo argumentativo – *construir* as nossas próprias regras morais. Como se percebe, essa estratégia não nos levaria muito longe, pois embora fosse ainda sustentável do ponto de vista de uma certa interpretação da moral kantiana, seria ainda incompatível com (e até mesmo antagônica a) a estratégia *construtivista* que está por trás da teoria do discurso de Habermas e do próprio conceito de *correção normativa* adotado por Alexy.

Como salienta John Rawls (1999, p. 307), “o que justifica uma concepção de justiça não é ela ser verdadeira de acordo com uma ordem antecedente e dada para nós, mas a sua congruência com as nossas mais profundas compreensões de nós mesmos e nossas aspirações, e a nossa compreensão de que, diante da nossa história e das tradições incutidas na nossa vida pública, é a doutrina mais razoável para nós”.

⁷⁵ García Figueroa (1999, p. 208-9) sustenta ainda que haveria também um argumento Hobbesiano ou utilitarista em Alexy, pois ele, quando confrontado com a pergunta: “o que garante que as convicções morais de um indivíduo coincidam com os ditados da moral crítica?”, teria “vindo a afirmar que qualquer indivíduo está interessado por motivos egoístas na vigência de regras morais implícitas em qualquer discurso normativo”. No entanto, não tenho condições de examinar tal objeção no presente momento e, para prosseguir o meu argumento, parto da premissa de que a pretensão de correção alexyana está bem fundamentada. Deixo, também, de aprofundar quanto à acusação de intuicionismo *na pretensão de correção* porque considero que, no que concerne à idéia de correção em si mesma o problema não se manifesta, pois a teoria da argumentação pode confiar nas regras de argumentação pragmaticamente pressupostas na situação ideal de fala que Alexy adota como modelo para o discurso prático, pois essas regras funcionam como filtros que neutralizam a subjetividade ordinariamente presente nas argumentações morais e permitem a crítica e a revisão das pré-compreensões de cada sujeito do discurso. A mim interessa, no presente momento, apenas a incidência da objeção de intuicionismo sobre PA.

⁷⁶ Para Wood (1999, p. 157-8), “Kant é um realista moral porque o realismo é a única forma de se preservar a instância *crítica* necessária para qualquer pensamento moral (...) Dizer que a lei moral descansa em uma idéia é dizer que é sempre em princípio possível que nós estejamos errados sobre o que nós pensamos ser correto”.

É o compromisso de Alexy com essa perspectiva *construtivista* da racionalidade prática que torna a sua teoria da argumentação jurídica interessante, pois lhe atribui uma capacidade de objetivação nutrida na perspectiva *interna* dos próprios participantes do discurso jurídico. No entanto, quando Alexy tenta fundamentar com argumentos exclusivamente normativos (e não mais em pragmáticos e analíticos, como vinha fazendo) a fórmula de Radbruch e o seu princípio de aplicação (PA), ele sai da trilha que vinha levando a sua teoria até o patamar mais alto de sofisticação da filosofia do direito contemporânea, fazendo retroceder a metaética necessária para a interpretação e aplicação do direito a um plano diferente, muito mais rudimentar (e muito menos objetivável), do que aquele proposto inicialmente na sua teoria da argumentação jurídica.

Assim, a conclusão a que chegamos, nesse momento, é de que a própria teoria da argumentação jurídica de Alexy – e, portanto, a própria concepção de racionalidade que ele desenvolveu – reclama *um argumento de injustiça* de índole diferente, digamos, de natureza *mais habermasiana* do que a desgastada Fórmula de Radbruch.

3.2.3

Contraponto crítico: uma revisão do argumento da injustiça

A crítica à fórmula de Radbruch, que atinge Alexy na medida em que o intuicionismo de Radbruch não combina com o modelo de justiça procedimental sobre o qual sua teoria da argumentação foi erguida, nos força a propor, para manter vivo o pós-positivismo e os limites ao direito injusto que ele prescreve, uma revisão do argumento a injustiça, para justificá-lo na própria pragmática formal de Habermas. Para isso, trago à tona duas articulações que Habermas explora na sua mais recente teoria do direito: a tensão entre direitos humanos e soberania popular e a relação entre direito e moral. Essas duas articulações irão explicar como, nas sociedades democráticas pós-convencionais, a moral depende do direito para ganhar aplicabilidade e o direito depende da moral para nutrir a sua legitimidade, mas os dois sistemas (moral e direito) podem ser diferenciados. Essa relação de complementaridade pode ser viabilizada, segundo Habermas, pelo

“Princípio do Discurso” (D), que nos Estados de direito contemporâneos se expressa pela via do “processo legislativo democrático”, o qual funciona como um filtro para legitimar e corrigir as decisões tomadas nos discursos de justificação e aplicação de normas jurídicas. A idéia básica é de que D incorpora e pressupõe, pragmaticamente, certas exigências morais (como por exemplo a igualdade no discurso, os direitos fundamentais de liberdade, a autonomia privada etc.) tidas como (transcendentalmente) indispensáveis para o seu próprio funcionamento enquanto procedimento de objetivação de normas morais e de produção legítima de normas jurídicas. Essas *exigências morais* formalmente presumidas por D *não podem mais ser suprimidas*. Se olharmos para o *futuro*, como exige uma teoria jurídico-moral *construída* na perspectiva do *participante*, podemos então prescrever que os atos (supostamente jurídicos) que violarem essas condições morais para o desenvolvimento do discurso prático nas sociedades democráticas não poderão mais ser reconhecidos como válidos, pois essas pressuposições pragmáticas de D foram definitivamente incorporadas ao patrimônio jurídico e moral da humanidade. Diferentemente das teses de um mínimo de conteúdo material do direito fundadas em argumentos realistas, essa concepção (mais habermasiana), tem mais chances de se justificar racionalmente porque vê no “conteúdo moral mínimo do direito” um *aprendizado moral definitivo* propiciado pela modernidade; um aprendizado moral que é capaz de permitir um juízo racional e objetivo sobre a violação a essas pressuposições morais, sem necessariamente buscar socorro em um realismo moral ou qualquer outro tipo de argumento essencialista (como o de que existe um direito “acima” do direito positivo, que deve ser apenas refletido por este). Essa argumentação pode, por exemplo, explicar e justificar racionalmente o julgamento, pelo Tribunal de Nuremberg, dos crimes contra a humanidade praticados pelo nazismo na Alemanha, pois uma autoridade que se fez impor *contra e apesar* das restrições impostas pelo processo democrático racional e legitimador, precisamente para combatê-lo, desconsiderou e destruiu, conscientemente, o capital moral que já havia sido racionalmente aprendido e incorporado por instituições democráticas (na República de Weimer) e, por isso, foi capaz de praticar as maiores barbaridades em nome do “direito”. Vê-se, portanto, que um argumento da injustiça mais habermasiano busca fundamentar os direitos humanos – enquanto limite ao poder estatal – no consenso moral forjado proceduralmente (algo

como o “consenso sobreposto” de Rawls) sobre direitos tidos como mínimos e imprescindíveis para o desenvolvimento das capacidades discursivas necessárias para a *performance* de D. Trata-se, numa palavra, de um *argumento da injustiça pragmático-universal*. Nas linhas que se seguem, irei expor com um pouco mais de detalhe essas idéias.

3.2.3.1

As condições pragmáticas do princípio democrático em Jürgen Habermas

Um dos diagnósticos que Habermas faz em sua teoria do direito é o da tensão entre facticidade e validade inerente ao próprio direito, ou seja, “a tensão entre a positividade do direito e a legitimidade que o direito reclama para si” (Habermas, 2005-a, p. 162). Olhando para essa tensão, Habermas formula uma pergunta: “como é possível a legitimidade através da legalidade” (Habermas, 2005-b, p. 535)? A pergunta, em si, já traz implícita a premissa de que a tensão que constitui o contexto no qual ela foi formulada pode ser resolvida. Diferentemente de Weber, que sugere que a racionalidade jurídica estaria fundamentada nas próprias qualidades formais do direito (Habermas, 2005-b, p. 538) (1. configuração sistemática de um *corpus* de normas; 2. forma da lei abstrata e geral; e 3. vinculação da justiça e da administração à lei, atendidos certos procedimentos que garantem uma “calculabilidade”), Habermas cobra uma legitimação do direito não apenas em suas próprias propriedades, mas a partir de princípios morais submetidos a um exame discursivo (Idem, p. 542): “as qualidades formais do direito analisadas por Weber somente puderam, em condições especiais, possibilitar a legitimidade da legalidade na medida em que puderam ser consideradas ‘racionais’ em um sentido prático-moral” (Ibidem). A legitimação racional do direito, que, de um lado, já não pode mais contar com “o respaldo de visões religiosas ou metafísicas do mundo” (Habermas, 2005-a, p. 163) e, de outro, não pode se contentar com a mera forma jurídica (como no modelo de Weber), só pode ser estabelecida através de uma argumentação prática que se realize sobre a base de um procedimento racional de justificação que

combine produtivamente as idéias de Rousseau, relativas à *soberania popular* – que tem a vantagem de ser republicana, mas o déficit decorrente da ausência de um “ponto de vista genuinamente moral” (Idem, p. 167) –, e de Kant, que estabelece um sistema moral do qual se podem derivar os *direitos humanos* (mas, por outro lado, crê que esse sistema pode se legitimar independentemente da “autonomia *política* dos cidadãos”). A tensão entre facticidade e validade que se manifesta na relação entre soberania popular e direitos humanos resulta em uma “conexão interna” entre essas duas esferas que permite que a legitimidade do direito seja encontrada em “um mecanismo comunicativo” (Idem, p. 169) descrito por Habermas da seguinte maneira: “como participantes em discursos racionais os membros de uma comunidade jurídica hão de poder examinar se a norma de que se trate encontra, ou poderia encontrar, o assentimento de todos os possíveis afetados” (Ibidem).

Analogamente, existe uma tensão semelhante entre a moral autônoma e o direito (que tratam dos mesmos problemas, mas se diferenciam em função do código jurídico, ou caráter deontológico, que o último possui⁷⁷). Expressamente contra a “representação platônica de que a ordem jurídica nada faz senão *refletir* e concretizar no mundo fenomênico a ordem intangível de um ‘reino dos fins’” (Habermas, 2005-b, p. 171), que pressupõe um direito natural que está *acima*⁷⁸ do direito positivo, Habermas sustenta que existe uma relação de complementaridade entre direito e moral que se manifesta, ao mesmo tempo, no fato de o direito só

⁷⁷ Para Habermas, “as questões jurídicas e as questões morais se referem, certamente, aos mesmos problemas” (Habermas, 2005-a, p. 171), mas o direito e moral podem ser diferenciados da seguinte maneira: “Em que pese o ponto de referência comum, a moral e o direito se distinguem *prima facie* em que a moral pós-tradicional não representa mais do que uma forma de saber cultural, ao passo que o direito cobra por sua vez obrigatoriedade no plano institucional. O direito não é um sistema de símbolos, mas um sistema de ação” (Ibidem).

⁷⁸ A imagem de um direito natural “acima” do direito positivo coincide precisamente com a Fórmula de Radbruch, sendo essa a principal razão pela qual, neste trabalho, estou me distanciando de Alexy. Creio que é necessário não eliminar o argumento da injustiça, mas revisá-lo para excluir a Fórmula de Radbruch e os elementos realistas e platonistas que ela traz com ela. O modelo de Habermas parece mais adequado. Veja-se: “Como alternativa à subordinação que o direito natural atribui do direito positivo à moral, o melhor é considerar o direito positivo, precisamente na sua actuabilidade, como um complemento funcional da moral (...). O direito compensa, por assim dizer, as debilidades funcionais de uma moral que, considerada desde a perspectiva do observador, não proporciona muitas vezes senão resultados cognitivamente indeterminados e motivacionalmente inseguros. Mas a relação de complementaridade não significa de modo algum uma neutralidade moral do direito, pois através do processo de produção legislativa penetram no direito razões morais. Mesmo quando os pontos de vista morais não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas jurídicos, *a política e o direito têm de estar em consonância com a moral sobre uma base pós-metafísica de fundamentação*” (Habermas, 2005-c, p. 651).

conseguir se legitimar com argumentos morais e no fato de a moral necessitar da facticidade jurídica para poder se impor (deixando, assim, de ser apenas um saber cultural). Essa relação de complementaridade significa que ambas as classes de regras (jurídicas e morais) são complementares mas diferenciadas. Habermas associa essa tensão a uma outra, igualmente importante, entre a “autonomia moral” e a “autonomia cidadã”. Essa última tensão poderia ser normativamente explicada com a ajuda de um “princípio de discurso”, que “expressa o sentido das exigências pós-convencionais de fundamentação” das regras jurídicas e morais. Para Habermas, esse *princípio de discurso* “move-se a um nível de abstração que, em que pese o seu conteúdo normativo, é todavia neutro em relação à moral e ao direito, pois se refere às normas de ação em geral” (Habermas, 2005-a, p. 172). O princípio é enunciado da seguinte maneira:

D: Válidas são as normas às quais (e somente aquelas às quais) todos os que possam se ver afetados por elas pudessem prestar o seu assentimento como participantes em discursos racionais (Ibidem).

Quando fala em “discurso racional”, Habermas entende com tal expressão “toda tentativa de entendimento acerca de pretensões de validade que se tenham tornado problemáticas, na medida em que essa tentativa tenha lugar sob condições de comunicação que, dentro de um âmbito político constituído e estruturado por deveres ilocucionários, possibilitem o livre processamento de temas e contribuições, de informações e razões” (Idem, p. 173).

O princípio D, quando articulado com uma teoria da argumentação, a qual naturalmente deve incluir o princípio moral da universalizabilidade, atende às exigências de fundamentação imparcial de normas de ação. As normas morais que, através do princípio D, forem devidamente fundamentadas e resgatadas ganham efetividade. As jurídicas, na medida em que tenham sido criadas de acordo com D, são legítimas porque o discurso naturalmente as guia para certos conteúdos materiais que aparecem como resultado da força de coação do melhor argumento, que naturalmente se impõe nas questões morais.

É claro que D inclui não apenas questões morais, mas também ético-políticas e pragmáticas, mas o fato de D pressupor necessariamente o princípio da universalizabilidade como uma regra de argumentação faz com que as razões morais façam também parte desse discurso e, por isso, com que as normas

jurídicas produzidas através de D sejam legítimas porque, como vimos, o direito, a moral e a Política possuem uma (pragmática) base pós-metafísica comum de fundamentação.

Para completar o modelo, Habermas salienta ainda que, no modelo de sociedade pós-metafísica em que vivemos, verifica-se a institucionalização jurídica das “formas de comunicação em que se pode se formar de modo discursivo uma vontade política racional” (Habermas, 2005-c, p. 653). Isso se manifesta, concretamente, na transformação do princípio D em “princípio democrático”, no seio das constituições contemporâneas (Ibidem). D corresponde, portanto, na prática, ao conteúdo do princípio democrático tal como ele é hoje entendido nos ordenamentos jurídicos que estão sob o *neoconstitucionalismo*.

3.2.3.2

A reinterpretação do argumento da injustiça

A especificação que pretendo fazer para concluir esse excursão é simples, pois se contenta apenas com uma reinterpretação do argumento da injustiça de Alexy: as condições pragmáticas para operacionalidade do princípio D, na medida em que *nós*, ou que, idealmente, a humanidade, as tenha (ou tenhamos) conseguido resgatar através de discursos democráticos, constituem um conteúdo material de justiça que não pode mais ser renunciado. Esse deve ser o *conteúdo do argumento da injustiça*.

Qualquer ato supostamente “jurídico” que venha a suprimir por completo a possibilidade de autonomia moral do indivíduo e a deixar de reconhecer os direitos humanos indispensáveis ao exercício das capacidades discursivas implícitas em D irá incidir em uma injustiça tão extrema e objetivamente verificável que, no estágio atual do conhecimento jurídico, político e moral, *já está* (não apenas intuitivamente, mas *racionalmente*) *fundamentado* um conhecimento sobre a sua irracionalidade.

Repito sucintamente a tese: *há um mínimo de justiça cujo conteúdo se manifesta nas condições discursivas para a ação em um ambiente regulado por D.*

Se olharmos para o passado, ou de fora, para definir o direito desde a perspectiva do *observador*, iremos desembocar naturalmente em um positivismo jurídico – como até mesmo Robert Alexy (2004-a, p. 33-40) reconhece.

Se, porém, olharmos para o presente, e principalmente para o futuro, como *participantes* que somos da construção do nosso direito e do nosso futuro, concluiremos que os direitos humanos que garantem a nossa capacidade discursiva *já não podem mais ser abolidos*, ou seja, que já não podemos mais viver sem eles e não devemos (porque a concepção de direito pós-positivista procedimental a que chegamos já não mais permite) reconhecer validade aos atos de poder que tendam a destruí-los⁷⁹.

O pós-positivismo jurídico, portanto, é tanto uma *tese jurídico-teórica* quanto uma *tese moral* e uma *tese política*, que só pode ser compreendida a partir da concepção de relação entre *teoria* e *prática* que Jürgen Habermas propõe. Um dos múltiplos aspectos dessa relação, e em especial do papel da Filosofia, fica bem expressado na seguinte passagem de Habermas:

No seio de um legítimo pluralismo de visões de mundo, os filósofos não podem mais, sem um suporte metafísico universalmente reconhecido, posicionar-se contra ou a favor da substância dos projetos de vida individuais. Nas condições do pensamento pós-metafísico, eles não podem contentar os filhos e filhas da modernidade, que necessitam de orientação, com um sucedâneo de visão de mundo que substituiria as certezas perdidas da fé religiosa ou as definições do lugar que o homem ocupa no cosmo. Devem deixar para os teólogos a tarefa de dar consolo nas situações-limite da existência. A filosofia não pode se apoiar no saber salvífico teológico, nem no saber clínico especializado, o que a impede portanto de prestar ‘ajuda de vida’ como o fazem a religião ou a psicologia. Em questões de identidade – quem somos e gostaríamos de ser –, ela pode, enquanto ética, *mostrar o caminho* rumo a uma autoclarificação racional (Habermas, 2004-b, p. 322-3).

Isso vale para a filosofia do direito. Todo conceito de direito traz consigo uma tese filosófica sobre qual deve ser o objeto do direito e o que nós devemos fazer com ele. Positivistas como Hart ou Kelsen reduziram o direito a um fenômeno empírico para lhe dar objetividade e para, através desse conceito, evitarem a expansão de teorias de base jusnaturalista que poderiam sujeitar o

⁷⁹ Isso implica também, obviamente, que as supressões desses direitos através da violência extrema cometidas no *passado recente*, ou seja, os retrocessos a um mundo da vida pré-racional que suprime a autonomia individual, também possam ser alcançados pelo argumento da injustiça. O ponto central deste argumento é que não se pode admitir nem tolerar (atribuindo validade jurídica a) atos que representem uma *involução* a um mundo da vida *não racionalizado*, destruindo o aprendizado moral que nós tenhamos alcançado.

indivíduo ao arbítrio de quem pudesse criar e manipular o conceito de direito. Ver o direito como uma realidade objetiva era uma forma de proteger o indivíduo através da própria generalidade e relativa impessoalidade que um conceito de direito fundado em “normas jurídicas” (que, em vista do seu caráter hipotético, têm pelo menos um elemento de universalidade) proporcionava. Vale lembrar também que um dos argumentos mais importantes de Hart para defender o positivismo era a necessidade de uma moral *externa e diferente dele* que pudesse servir como um parâmetro para *criticar* o direito e para que os homens pudessem “se direcionar melhor ao confrontar o abuso oficial de poder”, de modo que uma argumentação moral fosse necessária para que se decidisse inclusive se deve-se ou não obedecer ao direito (Hart, 1994-a, p. 205-212).

No entanto, a filosofia moral e a filosofia do direito, impulsionadas pela ética do discurso, evoluíram até um ponto em que podem, ao mesmo tempo, garantir uma relevante dose de objetividade à moral e explicitar as pressuposições pragmáticas para que uma ordem jurídica possa ser considerada racional.

Entre as múltiplas possibilidades que hoje se abrem diante de nós para definir o direito deve-se preferir aquela que garanta maior dose de *racionalidade* aos processos de produção e aplicação do direito. Esse conteúdo de racionalidade foi construído através de processos de *aprendizagem* discursiva (Habermas, 2004-b, p. 325), e definitivamente incorporado ao saber *moral e jurídico* da humanidade (pelo menos nas sociedades em que ela atingiu o estágio pós-metafísico). Trata-se sem dúvida de uma Filosofia que guarda um compromisso com a modernidade e que, em certo sentido, ainda é capaz de admitir um certo “otimismo iluminista”. Para essa concepção, que ora defendo e espero seja mais bem delineada no futuro, é possível um certo progresso moral da humanidade; algo como a crença que Kant expressou na racionalidade ao dizer: “Quando se pergunta se no presente vivemos em uma idade *iluminada*, a resposta é: não, mas nós vivemos sim em uma *idade de iluminismo*” (Kant, 1996-b, p. 21).

3.3

O Conceito pós-positivista de direito e suas conseqüências para a teoria jurídica

A análise da teoria institucionalista, de MacCormick, e dos argumentos da pretensão de correção e da injustiça, de Alexy, é relevante porque revela qual tipo de filosofia do direito que pressupomos nesta tese de doutoramento. Conjugando os elementos recolhidos das teorias jurídicas resumidas acima, podemos, ainda que provisoriamente, concluir que *o direito é uma ordem normativa institucionalizada (MacCormick), que se constitui sob a forma de uma prática social (Hart) de natureza construtivista (Rawls, Habermas, Dworkin, Alexy), interpretativa, argumentativa (Dworkin) e não manifestamente injusta (Radbruch, Alexy, MacCormick), pressupondo-se uma teoria procedimental da justiça (Habermas) capaz de tornar definitivamente sedimentado o conhecimento moral necessário para satisfazer as exigências epistemológicas da idéia de “extrema injustiça”*.

Adotada essa perspectiva, o direito revela não apenas um *aspecto real* que pode ser descrito por uma teoria geral do direito do tipo positivista, que não se preocupa com os problemas práticos enfrentados pelos aplicadores do direito, mas apenas em construir uma teoria do direito objetiva e neutra que responda às necessidades intelectuais e cognitivas dos juristas (Calsamiglia, 1997, p. 486). Ao contrário, apresenta também um *aspecto ideal* decorrente da pretensão de correção implicitamente formulada em todo ato de criação e aplicação do direito. Essa pretensão impõe, como a análise da teoria de Robert Alexy demonstrou, um *dever* de construir, interpretar e aplicar corretamente o direito, procurando sempre alcançar o máximo grau de correção possível em cada ato de interpretação e aplicação do direito. O princípio da moralidade, que é trazido para dentro do direito por meio da pretensão de correção, vale portanto como um princípio geral do direito comum a todos os ordenamentos jurídicos.

Ademais, o argumento da injustiça – uma vez adotada a perspectiva do participante – deve ser interpretado como um *limite material ou substancial* do direito, a proibir a edição de normas extremamente injustas, assim entendidas aquelas sobre as quais já foi possível um conhecimento racional

procedimentalmente formado – por mecanismos democráticos de manifestação da autonomia individual e política dos indivíduos – acerca do seu caráter insuportavelmente injusto e anti-humanitário.

A idealização/moralização do direito induz, como veremos logo a seguir, a uma mudança na autocompreensão tanto da teoria jurídica quanto da filosofia do direito.

3.3.1

A abertura da teoria jurídica no pós-positivismo

O direito pós-positivista, que ao mesmo tempo tem na moral um limite (pois não pode produzir normas que violem de forma extrema os princípios morais sobre os quais haja um consenso universal e racional) e vê nela um *ideal* (na medida em que a pretensão de correção, por estar contida no próprio discurso jurídico, implica um princípio de moralidade que faz com que surja um dever jurídico de tornar o direito cada vez mais substancialmente correto), reclama tanto um novo tipo de teoria do direito quanto uma nova concepção de filosofia do direito⁸⁰.

⁸⁰ A idéia de pós-positivismo pode ser interpretada de diferentes maneiras. Aqui adoto, porém, uma que pretende deixar claro o rompimento com o positivismo jurídico, embora nem por isso renegue a sua herança. É um tipo de pós-positivismo que se diferencia com clareza do defendido por Friedrich Müller, por exemplo. Parece oportuno por isso, como me alertou o Professor Ricardo Lobo Torres, a quem agradeço a crítica construtiva, delimitar o sentido da expressão que estou a empregar. Pós-positivismo significa, para mim, um conjunto de teorias jurídicas que compartilham duas teses teóricas e uma tese metateórica.

No nível teórico, o pós-positivismo consiste em estabelecer limites ao conteúdo do direito identificado por meio dos critérios formais ou institucionais dos quais se vale o positivismo. Como explica Dreier (1985, p. 78), isso não deixa de ser compatível com a tese da “superioridade do direito [positivo] sobre a moral” na prática jurídica, de sorte que mesmo as normas jurídicas moralmente repugnantes permanecem válidas embora defeituosas. A superação do elemento institucional do direito por razões não-institucionais deve ser reservada para casos extremos. Nesses casos, o pós-positivismo reconhece um “umbral de injustiça” que não pode ser ultrapassado pelo direito positivo.

O pós-positivismo exige também estabelecer uma obrigação jurídica de decidir conforme a moral, ainda que seja uma obrigação frágil cuja violação não conduz necessariamente à invalidade de todas as normas jurídicas injustas. Essa perspectiva, que decorre do reconhecimento de um caráter ideal para o direito ou da existência de uma pretensão de correção, permite justificar a existência de um dever jurídico de decidir da forma mais correta possível, e nesse sentido de reduzir a tensão estrutural entre facticidade e validade que se manifesta no interior dos sistemas jurídicos.

No nível metateórico, por sua vez, o pós-positivismo roga uma teoria jurídica que seja a um só tempo descritiva e prescritiva, ou seja, uma teoria dotada de pretensões normativas, que veja o direito como uma prática social argumentativa e que esteja preocupada não apenas em descrever

Nesse sentido, argumenta García Figueroa que a correção substancial (moral) é uma propriedade disposicional do direito. Não seria exato dizer, com base em premissas essencialistas que hoje são colocadas em cheque, nem que o direito real possui uma vinculação com a moral (como indica o argumento jusnaturalista), nem que as duas ordens normativas são necessariamente autônomas (como crê o positivismo). Mais correto seria assumir uma postura pragmatista e afirmar que “o direito apresenta uma disposição à correção moral”. Como explica García Figueroa,

uma disposição faz referência a uma propriedade de algum modo *latente* que só se manifesta com a ocorrência de um fato. Portanto, quando falamos de propriedades disposicionais podemos distinguir vários elementos relevantes: a manifestação da disposição, a condição de manifestação e a base de disposição. Estamos diante de uma disposição (D), como a solubilidade em sal da água, se, e somente se, quando se cumpre a condição de manifestação (C) (o fato de submergir o sal na água), então tem lugar a manifestação da disposição (M) (o sal se dilui na água) (García Figueroa, 2006).

Aplicando essa noção ao direito, García Figueroa sustenta uma *disposição do direito para a correção moral* (presente em todos os ordenamentos jurídicos), sendo que: (a) a *condição da manifestação da disposição* à correção moral seria o fato de “se aplicar ao sistema jurídico em questão uma teoria da argumentação racional”; e (b) a base desta disposição se encontra tipicamente nos indexicais éticos do direito, os direitos fundamentais (García Figueroa, 2006)⁸¹.

Apesar das pequenas diferenças entre o autor desta tese de doutoramento e García Figueroa – em especial quanto à natureza e a função da filosofia do direito e à necessidade de se estabelecer um conceito normativo de direito que incorpore o argumento da injustiça⁸² –, ambos compartilham a conclusão de que a única

essa prática, senão também em justificá-la com razões. Os enunciados da teoria jurídica são, por conseguinte, enunciados fusionados no sentido de Eng, e pretendem interferir sobre a prática jurídica na medida em que o teórico do direito está consciente de que o seu trabalho influi na e contribui para a prática social que ele examina.

⁸¹ Neste ponto, o autor sustenta que os princípios jurídicos (principalmente os direitos fundamentais) se apresentam como “indexicais éticos” do direito, os quais seriam “regidos por uma regra pragmática de uso que haverá de ser utilizada em cada contexto de uso segundo a sua situação”. O conteúdo desses indexicais (princípios morais) “muda de acordo com o contexto, mas devemos conhecer regras básicas objetivas para utilizá-los” (idem). O conteúdo das regras que compõem o sistema moral só será conhecido após a ponderação (contextualmente referenciada) desses princípios.

⁸² Ver, em especial, os meus apontamentos em Bustamante (2006-a) e o debate acerca do neoconstitucionalismo e das aspirações normativas da teoria jurídica em García Figueroa (2008) e Bustamante (2008-a).

forma de se aproximar o direito real ao direito ideal (justo, correto) é por meio do desenvolvimento e da aplicação de uma teoria da argumentação jurídica que seja capaz fundamentar racionalmente as normas e decisões tomadas com fundamento no direito. Contra o realismo jurídico – que é “cético em relação às normas” e à possibilidade de fundamentá-las e se satisfaz com a afirmação de que “o direito é o que os juízes dizem ser e a origem de tal direito se encontra no processo psicológico que dá lugar à sentença judicial” (García Figueroa, 2005, p. 145) –, pode-se concordar com García Figueroa que “a questão fundamental não é como se chega a uma decisão jurídica, senão somente se esta decisão é justificável juridicamente [e – completamos – racionalmente]” (Idem, p. 149).

A teoria jurídica desenvolvida sob o paradigma do positivismo vislumbrava para a ciência do direito um caráter meramente descritivo, sendo sua função precípua elaborar *proposições* acerca do direito válido, ou seja, enunciados que descrevessem as relações constituídas através das normas jurídicas (Kelsen, 1998-a, p. 80). A ciência do direito teria, basicamente, “por missão conhecer – de fora, por assim dizer – o direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento” (Idem, p. 81). Mesmo os positivistas que, como Herbert Hart (1994-a, p. 89), preocupavam-se em analisar o direito tomando em consideração um “ponto de vista interno” – ou seja, adotando como foco de análise não apenas a perspectiva de um observador que verifica as normas jurídicas existentes em um dado agrupamento social (ponto de vista “externo”), mas a posição de um “membro do grupo” que *aceita* essas normas e as *utiliza* como guias para sua conduta – reduzem o âmbito de suas teorias a uma aproximação *descritiva*, “que é moralmente neutra e não possui propósitos justificatórios”, no sentido de procurar fundamentar o direito em *standards* morais ou provenientes de outros sistemas normativos (Hart, 1994-b, p. 240). Todas têm em comum a denominada “tese do subjetivismo”, segundo a qual “não existem critérios ou pautas objetivamente válidos, quer dizer, reconhecíveis pela razão, acerca de qual deve ser o conteúdo do direito” (Hoerster, 2000, p. 15). Noutras palavras, essas teorias acatam o argumento do *não-congnitivismo ético*, que prega um absoluto *ceticismo* com relação à possibilidade de um uso *prático* da razão, voltado para a orientação do jurista nas situações de *escolha* entre as

alternativas axiológicas que inevitavelmente estão presentes tanto na *interpretação* quanto na *aplicação* do direito⁸³.

O pós-positivismo reclama, para além de uma teoria geral descritiva do direito, uma *teoria normativa* do direito e da argumentação jurídica. O centro das atenções se desloca dos casos fáceis do passado para os casos difíceis que ainda não estão resolvidos. Mais importantes são as decisões dos casos futuros e a *busca de instrumentos adequados* para resolver esses problemas. Dilui-se a distinção entre “descrição” e “prescrição”, pois as teorias do direito “tendem a oferecer não somente aspectos cognitivos referidos a fatos sociais do passado, mas também pretensões prescritivas no sentido de oferecer critérios adequados para resolver problemas práticos” (Calsamiglia, 1998, p. 212). Como salientam Aleksander Peczenik e Jaap Hage (1999, p. 37-8), há uma interdependência entre direito e moral que faz ser possível afirmar que “o enunciado do jurista acerca do direito válido (*de lege lata*) não é então nem meramente descritivo e nem meramente normativo. São enunciados ‘fusionados’ no sentido de Svein Eng⁸⁴”.

Percebe-se, portanto, que o pós-positivismo jurídico é marcado por um abrandamento da distinção entre enunciados *de lege ferenda* – recomendações justificadas para o legislador – e enunciados *de lege lata* – descrição/conhecimento do direito vigente –, com repercussões diretas para a

⁸³ O seguinte excerto de Riccardo Guastini fornece um exemplo paradigmático do não-cognitivismo ético do positivismo:

“Conhecer o direito significa conhecer aquilo que disseram os legisladores, revelar de qual modo as formulações normativas dos legisladores foram – e prever em qual modo serão – interpretadas pelos juristas, prever quais decisões assumirão os juízes e os funcionários administrativos. E nada mais.

Conhecer deveres me parece uma contradição em termos. O conhecimento, creio, não pode haver outro objeto que fatos. Não se pode ‘conhecer’ deveres: os deveres podem apenas ser objeto de aceitação, e não de conhecimento.

Se se aceita esse ponto de vista (o ponto de vista do não-cognitivismo ético), então os enunciados deontológicos – os enunciados sobre deveres – ou são proposições factuais (...), ou então simplesmente não são proposições” (Guastini, 1999, p. 279).

⁸⁴ Segundo Eng, a pressuposição de que os enunciados individuais são ou descritivos ou normativos merece ser considerada como um ‘preconceito’. Os enunciados do jurista acerca do direito vigente (*de lege lata*) não seriam nem só normativos e nem só descritivos, mas enunciados fusionados. Para Eng, os conceitos de ‘proposição descritiva’ e ‘proposição prescritiva’ podem ser vistos como pontos extremos de uma escala graduada que vai do ‘puramente descritivo’ ao ‘puramente normativo’. O conceito de enunciados *fusionados* tem origem na seguinte constatação (Eng, 2000-a, p. 237): “Proposições descritivas e normativas podem ser *mais* ou *menos* estritamente *interligadas*, de sorte que é mais ou menos difícil separar psicologicamente essas proposições. Em alguns casos as proposições estão tão firmemente interligadas que na prática é difícil separá-las mesmo se quisermos: o enunciado individual, após ter sido interpretado, não pode nem ser tido como expressando uma proposição individual, seja de modalidade descritiva ou normativa, nem como expressando uma série de proposições que podem ser separadas e categorizadas como *ou* descritivas *ou* normativas. Esse tido de frase expressa proposições que *não podem ser categorizadas nem como descritivas nem como normativas*”.

teoria jurídica, a quem é atribuída a função de produzir coerência para o direito (Peczenik, 2001, p. 79-80). Além de caracterizar-se como um “tipo de argumentação que busca o conhecimento do direito existente”, ela pode, em certos casos, conduzir a uma (legítima) mudança do próprio direito (Peczenik; Hage, 1999, p. 33). A dogmática jurídica assume a função de “sistematizar e interpretar o direito válido”, assim como de “ordenar o direito diante de princípios de largo alcance”, trabalho este que está “quase sempre orientado por valores” (Ibidem).

Essa teoria normativa – que é uma teoria do direito ideal – só pode se viabilizar com um certo avizinhamo à filosofia do direito, revisando a forma tradicional – positivista – de se demarcar as fronteiras entre a teoria jurídica e a filosofia do direito. Como explicam Alexy e Dreier, a filosofia do direito tradicionalmente foi tida como a teoria do direito natural e/ou direito da razão, ou seja, como “teoria ética do direito justo ou correto”, enquanto a teoria geral do direito era visualizada como uma “teoria geral do direito positivo” (Alexy; Dreier, 1990, p. 2). No entanto, tal distinção somente poderia ser mantida se a teoria jurídica fosse definida como “uma teoria geral do direito positivo, *excluindo-se qualquer preocupação com o problema da justiça*” (Ibidem, destaque meu), de modo que não deve ser acolhida porque pressupõe a tese central do positivismo, i. e., que não haveria uma relação conceitualmente necessária entre o direito como ele é (direito positivo) e o direito como ele deve ser (direito ideal, racional ou natural) (Idem, p. 3). Uma teoria pós-positivista do direito deve ser uma teoria pré-benthamita no sentido em que MacCormick descreveu o projeto de construtivismo jurídico de Dworkin:

O ponto central sobre Dworkin é que ele é um pré-Benthamita. Dworkin considera a perspectiva de ciência do direito (*jurisprudence*) adotada desde Bentham, com sua insistência na separação entre ciência do direito expositória e censorial, fatos jurídicos e valores etc., inepta para encontrar a verdade, tal como os pré-Raphaelitas consideravam a perspectiva que eles abandonaram em suas pinturas. A ambição enunciada por Dworkin é re-enunciar a teoria jurídica em termos tais que reunifiquem as atividades de exposição e valoração do direito (*exposition and censorship*). A teoria jurídica, nessa perspectiva, não é mais separada da teoria moral e política, mas apresenta uma relação íntima com essa última. Tão importantes quanto qualquer coisa nos escritos de Dworkin são os elementos de ética e política que ele considera essenciais para a elucidação do sistema jurídico (*law*) e dos direitos individuais (*rights*) (MacCormick, 1978-b, p. 586).

É, portanto, uma teoria que não aceita as dicotomias básicas do positivismo jurídico e o confinamento da teoria jurídica na moldura fechada do cientificismo cartesiano; é uma teoria que descarta o “intransigente dualismo” entre ser e dever-ser, realidade e valor, conhecimento e vontade, direito e moral, direito positivo e direito ideal (Perelman, 2000-b, p. 475), e passa a “desmascarar” o raciocínio jurídico prático (Perelman, 2000-c, p. 481) para desnudar os juízos de valor e as razões de natureza moral que têm lugar na aplicação do direito, a fim de reconhecer o papel da argumentação para justificá-los de forma razoável (Perelman, 2000-b, p. 480).

Talvez a forma mais completa de caracterizar a “teoria jurídica” (ou “jurisprudence” no sentido anglo-saxão do termo) seja compreendê-la como uma *teoria jurídica integral* ou compreensiva em que se dissolvem velhas fronteiras demarcadas entre a escola analítica, o realismo jurídico, as teorias hermenêuticas e as jusnaturalistas, na medida em que os métodos e interesses de todas estas podem e devem conviver de forma produtiva (Aarnio; Alexy; Peczenik, 1981, p. 133-4). Essa teoria jurídica integral passa a reivindicar para si não apenas uma função descritiva dos processos de intelecção e aplicação do direito, mas uma conotação prescritiva que se destina a *interferir* em e aprimorar, cada vez mais, a *prática* jurídica em geral por meio de uma perspectiva interdisciplinar que consagre uma teoria jurídica voltada para certas “consequências normativas” (Peczenik; Hage, 1999, p. 34).

Trata-se de uma concepção de teoria voltada para a racionalização dos discursos práticos de realização do direito e que pode encontrar sustentação na teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, que acredita em certo conteúdo normativo da modernidade, o qual é capaz alcançar um grau satisfatório de integração social por meio de interações racionalmente reguladas de atos de fala orientados para o entendimento, sendo que o direito, de um lado, constitui um *medium* onde essa interação é realizada, funcionando “como um transformador que assegura que a rede de comunicação global social sociointegradora não se rompa” (Habermas, 2005-a, p.120), e, de outro lado, desempenha, diferentemente do que imaginava a teoria crítica que antecedeu a Habermas, um *papel civilizatório* na medida em que é um “mecanismo de garantia de efetivação dos impulsos emancipatórios oriundos do pensamento político moderno e transpostos para os textos constitucionais da modernidade” (Maia, 2005-a, p. xix). Para

Habermas (2002, p. 507), “as sociedades modernas, amplamente descentralizadas, mantêm na ação comunicativa cotidiana um centro virtual de auto-entendimento”; a ação (prática) comunicativa possui, aqui, uma importante tarefa de legitimação, pois “as esferas públicas autônomas somente podem extrair suas forças dos recursos dos mundos da vida extensamente racionalizados. Isto vale sobretudo para a cultura, isto é, para o potencial de interpretação do mundo e de si mesmas que possuem a ciência e a filosofia, para o potencial de esclarecimento das idéias jurídicas e morais estritamente universalistas, e não por último, para os conteúdos de experiências radicais da modernidade estética” (Idem, p. 507). Parece natural que, neste ambiente filosófico, a teoria jurídica, em especial, assuma essas conotações normativas, principalmente ao darmos conta do papel do direito nos processos (comunicativos) de integração social e da relevância das conotações normativas da racionalidade moderna para a justificação das pretensões discursivas subjacentes ao agir comunicativo.

Talvez a forma mais madura de descrever a teoria jurídica contemporânea seja o tridimensionalismo alexyano, que reivindica para a teoria jurídica uma dimensão *analítica*, outra *empírica* e finalmente outra *normativa*. Para Alexy (1997-b, p. 29-34), essas três dimensões se complementam e interagem a todo o momento, mas podem ser perfeitamente individualizadas. À dimensão *analítica* cumpre a “consideração sistemático-conceitual do direito válido”, passando pelas construções jurídicas em geral e chegando até a “investigação da estrutura do sistema jurídico” (Idem, p. 30); a dimensão *empírica*, por seu turno, tem um duplo significado: trata do “conhecimento do direito positivamente válido” e da “utilização de premissas empíricas na argumentação jurídica”; finalmente, a dimensão *normativa* vai mais além das duas primeiras, pois trata da “orientação e crítica da *práxis* jurídica”, sendo constitutiva dessa dimensão “a questão de saber qual é, no caso concreto e sobre a base do direito válido, a decisão correta” (Idem, p. 32).

Essa visão tridimensional da teoria jurídica reflete de forma satisfatória a concepção de teoria geral do direito que está sendo adotada nesta tese de doutoramento, pois o que se pretende aqui é construir uma teoria *analítico-normativa* (Alexy, 1997-a, p. 35) do precedente judicial, uma teoria que seja capaz de elaborar *diretivas* (Wróblewski, 1992) ou *regras de argumentação* (Alexy, 1997-a) para a *interpretação* e o *emprego* dos precedentes judiciais na

argumentação jurídica, com vistas a garantir um patamar mínimo de racionalidade para a utilização dos precedentes nos discursos de aplicação e justificação do direito.

Ao cientista do direito passa a interessar em especial a *justificação de juízos de valor*, bem como a fundamentação de decisões acerca da aplicação de princípios institucionalizados juridicamente, mas de conteúdo idêntico a valores e normas morais. Principalmente no campo dos direitos fundamentais – terreno mais rico do debate jurídico-constitucional contemporâneo –, nota-se uma “abertura do direito frente à moral”, consequência imediata da vigência de certos princípios constitucionais (Alexy, 1997-b, p. 525). Instrumentos metodológicos como a denominada *ponderação de princípios constitucionais* passam a ser considerados *métodos racionais* a serviço da ciência do direito. Como Alexy salienta com precisão, abandona-se um modelo de decisão – onde o “estabelecimento do resultado do enunciado de preferência [na ponderação] é um processo psíquico racionalmente incontrolável” – em favor de um modelo de fundamentação – onde a ponderação pode ser entendida como um procedimento racional, já que é possível estabelecer um *enunciado de preferência* controlável racionalmente, tendo em vista certas *regras da racionalidade prática* (Idem, p. 158). Onde havia *discricionariedade*, passa a haver *justificação racional* de soluções para problemas jurídicos.

Com o renascimento da razão prática, torna-se possível a *justificação das pesagens ou ponderações de princípios e valores* embora, é evidente, não se possa afastar por completo todas as pressuposições arbitrárias do raciocínio jurídico-prático (Peczenik, 1990, p. 96). Como esclarece Alexy, “é claro que estas exigências [estabelecidas pelas regras da razão prática] têm caráter ideal. Diante das condições reais podem ser realizadas somente de forma aproximada. Isto exclui a criação de uma certeza absoluta em todos os casos. Se a racionalidade fosse equiparada à certeza, isso daria origem a uma objeção fundada. Sem embargo, este não é o caso. A razão prática não é daquelas coisas que podem ser realizadas só perfeitamente ou não em absoluto. É realizável aproximadamente e sua realização suficiente não garante nenhuma correção definitiva mas tão somente relativa” (Alexy, 2004-b, p. 176).

Percebe-se, no trecho logo acima, a cautela e a responsabilidade com que o professor de Kiel pretende recuperar o cognitivismo ético. Trata-se de uma

postura consciente de seus próprios limites e que jamais teve a pretensão de esvaziar, por completo, a dose de arbitrariedade/subjetividade sempre presente em tomadas de posição acerca de juízos de valor, mas busca, pelo menos, diminuir a margem de insegurança por meio de critérios formais universalizáveis e racionais⁸⁵.

Tenho que esse rejuvenescimento da razão prática – com a correlata busca de pautas de racionalização para juízos normativos – é extremamente fecundo para o pensamento jurídico, pois se volta para os denominados *casos difíceis*, ou seja, aqueles que não podem ser resolvidos unicamente por via da aplicação silogística de uma regra geral definida no ordenamento jurídico. É justamente tal tipo de teoria que pode dar conta das aspirações racionalistas do pós-positivismo, pois elas constituem um poderoso instrumento metodológico a serviço dos juízes – e mais, da sociedade quando ela controla os juízes – na justificação de suas decisões. Como salienta Aarnio (1991, p. 29), “em uma sociedade moderna, as pessoas exigem não só decisões dotadas de autoridade, senão pedem por razões. Isso vale também para a administração da justiça. A responsabilidade do juiz se converteu, cada vez mais, na responsabilidade de justificar suas decisões”.

3.3.2

Implicações para a filosofia do direito

Como já adiantamos acima, o positivismo de modo geral diferencia a filosofia do direito e a teoria geral do direito em função da matéria de que cada uma dessas disciplinas se ocupa. A primeira (filosofia jurídica) teria como objeto o direito natural ou o direito racional e a última seria uma “teoria geral do direito positivo” (Alexy; Dreier, 1990, p. 2). Ainda hoje, podem-se encontrar vários exemplos de tal forma de descrever essa relação. Para o positivista, a tanto a teoria

⁸⁵ Como veremos mais adiante, a reabilitação da razão prática levada adiante por Alexy dá-se através de um catálogo de regras procedimentais destinadas a comprovar a *correção* de cada discurso prático-jurídico. Segundo este autor (1997-c: 304): “a aplicação das regras do discurso não leva certamente à segurança em toda questão prática, mas sim a uma considerável *redução da existência de irracionalidade*. Se se deseja utilizar os conceitos de relatividade e objetividade das normas morais, então se poderia dizer que o resultado do discurso não é nem apenas relativo e nem apenas objetivo. É relativo na medida em que se determina por meio das características dos participantes; e é objetivo na medida em que depende da realização do procedimento definido através das regras do discurso. Isso significa que a comprovação discursiva não leva certamente ao campo da segurança, mas é sim capaz de nos levar para fora do campo da simples opinião e decisão, o que justifica a utilização do conceito de *correção relativa*”.

do direito como a filosofia do direito carecem da dimensão normativa que comentamos nos parágrafos anteriores, ao nos referirmos especificamente à nova teoria jurídica pós-positivista, e possuem por isso pouca influência direta sobre a prática jurídica. Raz, por exemplo, contrapõe a ciência e a filosofia da seguinte maneira:

A ciência confia em uma metodologia que conduz ao entendimento e permite o progresso. Teorias filosóficas sobre o direito, ou qualquer outra coisa, não resolvem nada porque elas não conduzem ao entendimento (*Science relies on a methodology which commands agreement and allows for progress. Philosophical theories, about the law, or anything else, resolve nothing for they do not command agreement*) (Raz, 2007, passim).

A tradição jurídica positivista, que constituiu um discurso hegemônico ao longo de toda a extensão dos séculos XIX e XX, concebia a filosofia do direito como uma disciplina que se destinava a refletir criticamente sobre o direito natural, mas inoperante para interferir sobre o direito positivo, que era visto apenas como um *objeto* cultural digno de ser investigado. A dicotomia positivismo/jusnaturalismo esteve, portanto, sempre implícita nesse tipo de filosofia. Mesmo quem hoje não se alinhe à tradição juspositivista normalmente reconhece esse fato histórico. Nesse sentido García Figueroa, utilizando uma classificação de González Vincén, considera a filosofia do direito “um conceito histórico e não um conceito formal”:

O professor espanhol Felipe González Vincén sustentava em um clássico trabalho que a filosofia do direito é um conceito histórico e não um conceito formal. Os conceitos formais são aqueles que podem ser aplicados em qualquer momento histórico. De modo contrário, os conceitos históricos se acham intrinsecamente vinculados às transformações sociais. Por isso um conceito histórico somente tem sentido a partir de um momento determinado. Por exemplo, o conceito de “revolução” é histórico porque não faz referência a qualquer sedição ou rebelião, senão à subversão do sistema com fins transformadores, emancipatórios, que se sustentam a partir de um certo momento histórico. A filosofia do direito não é qualquer reflexão sobre o direito, mas a que surge quando o seu objeto de reconstrução conceitual deixa de ser o direito natural ou ideal, de modo que passa a ser o direito positivo ou real (desde este ponto de vista, a dialética entre positivismo e jusnaturalismo se encontra na própria gênese da disciplina). Os movimentos positivistas europeus do século XIX (a saber: a escola da exegese em França, a escola histórica alemã e a jurisprudência analítica inglesa) são manifestações de uma nova reflexão sobre o direito que se centra na reconstrução conceitual do direito positivo por oposição ao direito natural. Os duzentos anos de filosofia do direito são os duzentos anos de hegemonia positivista, apesar dos reiterados “retornos ao direito natural”. Esta é uma primeira nota que eu desejo

destacar: a filosofia jurídica apresenta uma dimensão histórica marcada por uma dialética: a dialética entre positivistas e não-positivistas (García Figueroa, 2008).

Com base nesse relato histórico, que captura corretamente a trajetória da filosofia do direito construída no paradigma positivista – o qual dominou o discurso jurídico dos dois últimos séculos –, García Figueroa chega a sustentar uma espécie de *esgotamento* da filosofia do direito, pois os pressupostos sobre os quais foi construída (uma filosofia essencialista, uma divisão rígida entre direito e moral e um objetualismo que considera o direito e a moral como objetos estáticos) já não se verificam mais (Ibidem).

No entanto, como tive oportunidade de argumentar alhures (Bustamante, 2008-a), talvez não seja exato classificar a filosofia do direito como um conceito histórico no sentido de García Figueroa e Gonzalez Vincén. Se acreditarmos que o direito possua pelo menos algumas propriedades necessárias ou essenciais – que independem do espaço e do tempo –, então a filosofia do direito – “enquanto investigação sobre a natureza do direito”, seria um saber “universalista” (Alexy, 2007, p. 162).

A tese de García Figueroa sobre a filosofia do direito nos remete de imediato ao tema das relações entre “direito” e “tempo”. Sobre esse assunto, invoco novamente um argumento de Robert Alexy. De fato, “todos os sistemas jurídicos existem no espaço e no tempo”, sendo essa a razão mais comum para a “relatividade, contingência e individualidade do direito”. Cabe indagar, porém, se ao lado desses elementos relativistas há também elementos *universais* que necessariamente estarão presentes em todos os sistemas jurídicos. A esta pergunta Alexy responde que “existe um conjunto de *traços definidores* que todo sistema jurídico e todo direito devem possuir, com independência do espaço e do tempo, para ser um sistema jurídico ou direito” (Alexy, 2005-d, p. 70). Para Alexy, há tanto certos *universais jurídicos formais* (v.g. os conceitos de obrigação, proibição e permissão, bem como a existência de certas regras jurídicas, mais ou menos desenvolvidas, sobre competências e capacidades públicas ou privadas) quanto *universais jurídicos materiais* (tais como a *pretensão de correção* de todas as normas e decisões jurídicas individuais ou certo núcleo de *direitos humanos básicos* que possuem “validez eterna” e constituem um umbral de injustiça além do qual não pode haver normas juridicamente válidas) (Idem, p. 71-s). À filosofia

do direito cumpre, nessa perspectiva, trazer à tona o que há de universal no direito, isto é, todos os seus elementos necessariamente constitutivos. Se Alexy estiver certo, a filosofia do direito seria, ao menos em sua maior parte, um conceito jurídico formal, não um conceito histórico; se, ao contrário, forem aceitos os argumentos de García Figueroa, simplesmente não se poderá falar em um conceito geral de direito, pois cada sistema jurídico particular apresentará os seus próprios traços constitutivos e nada haverá *necessariamente* de comum entre todos os sistemas jurídicos. Acredito, portanto, que García Figueroa cai no extremo oposto ao do essencialismo, o *nominalismo*, o qual, no direito, equivale a entender os conceitos e expressões utilizados na dogmática jurídica como meros “úteis instrumentos de descrição” de sistemas jurídicos particulares. Essa concepção me parece problemática não apenas porque implicitamente permite que o direito seja definido arbitrariamente em cada contexto, mas principalmente porque representa uma atitude em relação do direito semelhante à dos positivistas que se contentavam em *descrever* o direito positivo tal como ele é, sem qualquer pretensão de normatividade.

No contexto do pós-positivismo contemporâneo, provavelmente devido ao reconhecimento de uma exigência geral de justificação para todas as decisões jurídicas, a filosofia do direito atrai para si uma relevância prática que indiscutivelmente estava ausente em todas as teorias do positivismo jurídico. Com efeito, como já aduzimos acima, as teorias positivistas do direito concentram-se na perspectiva do observador, contentando-se em elaborar uma teoria geral do direito de índole descritiva. A filosofia não é considerada assunto de juristas. Acostumados à posição de observadores, no mais das vezes impregnados de preconceitos cientificistas como o postulado da neutralidade axiológica do jurista, os teóricos do direito durante muito tempo proclamaram uma vitória do positivismo, haja vista a evidente inviabilidade de se construir qualquer conceito normativo de direito a partir dessa perspectiva. No entanto, quando se deparavam com um caso difícil, os juristas acadêmicos ou se emudeciam, pois nada tinham a dizer aos juristas práticos, ou tentavam estabelecer definições normativas incoerentes com os principais dogmas do positivismo jurídico. Tal atitude decorria, em minha opinião, de uma incompreensão da natureza e das tarefas da filosofia do direito, haja vista que os problemas e as funções dessa disciplina raramente apareciam delimitados com clareza.

O passo mais importante para a superação do paradigma positivista é compreender da forma mais correta possível a própria natureza da filosofia do direito. Mais uma vez, recorro neste particular aos argumentos de Robert Alexy, que define a *Filosofia em geral* como “uma reflexão geral e sistemática sobre o que há (ontologia), o que *deve ser feito* ou é bom (ética), e como o *conhecimento* sobre ambas as questões anteriores é possível (epistemologia)” (Alexy, 2004-c, p. 157). Essa definição, argumenta, conduz a três corolários de suma importância: primeiramente, o fato de a filosofia ser uma *reflexão* pressupõe um aspecto crítico que representa uma dimensão *normativa* da filosofia em geral⁸⁶; por sua vez, o caráter *geral e sistemático* leva, em segundo lugar, a uma dimensão *analítica* (que “é definida pela tentativa de identificar e tornar explícitas as estruturas fundamentais do mundo natural e social em que vivemos e os conceitos fundamentais e princípios pelos quais nós podemos capturar esses mundos”) e, em terceiro, a uma dimensão *sintética* (“que se define pela pretensão de unir todos esses mundos em um todo coerente”) (Idem, p. 158). A filosofia do direito, por seu turno, tem sua *differentia specifica* no assunto sobre a qual versa: o direito. É, portanto, uma reflexão geral e sistemática acerca do que há, do que deve haver e do conhecimento sobre cada uma dessas questões, mas com referência específica ao direito. Refere-se a três problemas fundamentais, sendo que o primeiro corresponde à indagação “em que tipo de entidade consiste o direito?”, cuja resposta, naturalmente passa pelos conceitos de *norma* e de *sistema normativo*. O segundo e o terceiro, por seu turno, “são direcionados à validade do direito”, sendo que um deles se refere à sua dimensão factual ou real (o direito que *é*, ou seja, os elementos que definem uma norma como “jurídica”) e outro à correção ou legitimidade do direito (os limites do direito e a relação entre o direito e a moral) (Idem, p. 159). É essa tríade de problemas que define a *natureza do direito*.

Toda filosofia do direito, ao elaborar uma reflexão geral e sistemática sobre esses três problemas, desemboca, portanto, em um conceito de direito que enuncia as propriedades *necessárias* para definir um sistema normativo como “direito”. Todas as vertentes do positivismo, porém, por sustentarem a tese comum de que os elementos que identificam o direito (propriedades necessárias) independem de

⁸⁶ Nas palavras de Alexy (2004-c, p. 158), “se definirmos normatividade como a habilidade de distinguir o que é correto do que é incorreto, essas questões são questões normativas. A filosofia enquanto empresa reflexiva portanto necessariamente possui uma dimensão normativa”.

qualquer reflexão sobre o conteúdo das normas que o compõem, reduzem o objeto da teoria do direito ao primeiro e ao segundo dos seus problemas fundamentais. Por isso, os positivistas competem entre si apenas para indicar as propriedades *formais* (todas necessariamente neutras em relação ao conteúdo) necessárias para definir o direito. Entre essas propriedades, despontam (i) a regularidade formal do processo de produção de normas jurídicas e (ii) a eficácia social do direito. Para os que enfatizam “i”, como Hans Kelsen (1998-a; 1998-b), a propriedade que identifica uma norma como jurídica é a sua conformidade com as regras de competência que definem o modo de reprodução do sistema jurídico; para os que voltam suas atenções para “ii”, como Alf Ross (2003), o que define uma norma como jurídica é a sua aceitação/aplicação pelos tribunais e demais órgãos competentes para adjudicar o direito em casos concretos.

No entanto, a filosofia do direito, tal como ela é entendida hoje, tem de resolver uma gama de problemas muito mais ampla e complexa, de modo que não se limita a elaborar um conceito descritivo de direito (seja de direito positivo ou de direito natural), ou seja, um conceito enunciado a partir de fora por observadores frios e indiferentes ao conteúdo concreto das ações que serão tomadas com fundamento no sistema jurídico que está sendo descrito. A filosofia do direito – hoje isso me parece muito claro – tem de refletir também sobre o aspecto ideal do direito (no qual se inclui, por exemplo, a pretensão de correção de suas normas) e sobre os limites materiais desse mesmo direito (cujo principal exemplo é o umbral da extrema injustiça, como tivemos oportunidade de analisar). Por isso, quando García Figueroa sustenta que no tempo presente estamos vivenciando um processo de “morte” ou “transformação” na filosofia do direito, ele só pode estar certo se estiver falando de um tipo particular de filosofia do direito, ou seja, da filosofia do direito *descritiva* e limitada à perspectiva do observador: a *filosofia do direito positivista*.

Uma filosofia pós-positivista do direito, sobre se concentrar nas propriedades universais do direito (tanto as propriedades formais quanto em especial as propriedades substanciais como a pretensão de correção e a vedação de extrema injustiça), possui o mesmo caráter interdisciplinar e compreensivo que reivindicamos para a teoria jurídica pós-positivista. Antonio Cavalcanti Maia, por exemplo, percebe essa característica e qualifica a filosofia do direito contemporânea como “pletora”, a entrelaçar-se com a filosofia política, conectar a

teoria do direito com a teoria da justiça, reabilitar a noção de razão prática pela via metodológica das teorias da argumentação e, entre outras coisas mais, a dar conta de re-equacionar a legitimidade da jurisdição constitucional pela via da racionalização da ponderação de princípios (Maia, 2005-a, p. x-xi). Ao mesmo tempo, afirma uma “tendência anfíbia” para a filosofia do direito que lhe permite transitar entre a teoria geral do direito e a filosofia política, entre o campo do descritivo e o do prescritivo: “é no âmago dessa tensão entre o descritivo e o prescritivo que vive o verdadeiro pensamento filosófico, procurando modificar a autocompreensão de fundo dos *expert* em direito e, em muitos casos, motivando-os a participar da realização do Estado Democrático de direito como um projeto histórico” (Idem, p. xii).

Chama a atenção, nesse contexto, o caráter pragmático assumido pela filosofia do direito, pois esta há muito já deixou de ser assunto de filósofos (Habermas, 2005-a, p. 57) – fazendo renascer a noção de racionalidade prática como idéia-chave para a racionalização do mundo da vida através da racionalização do próprio direito. A justificação do direito – por argumentos – passa a ser vista como uma demanda interna do direito, seja em função de normas constitucionais que expressamente estipulam um dever de motivação das decisões judiciais, seja pelas transformações metodológicas decorrentes do reconhecimento de novas relações entre direito e moral (as quais derivam, como vimos, da pretensão de correção). À filosofia do direito cabe agora não apenas justificar o direito como prática social em sua integralidade, mas também fornecer pautas que serão utilizadas pelos teóricos do direito na justificação de ações e decisões jurídicas concretas. A filosofia do direito dá uma guinada para a prática jurídica, pois passa a ser importante para determinar a forma de se decidir problemas jurídicos em geral, principalmente nos denominados *hard cases*.

Cresce, nesse contexto, o interesse pelas teorias da argumentação jurídica – o braço mais prático da filosofia jurídica –, que gradativamente foram se sedimentando a partir dos escritos de Perelman e Viehweg, nos anos de 1950, Alexy, Dworkin e MacCormick, no final da década de 1970 e de autores como Atienza, Günther, Aarnio e Peczenik, nas duas últimas décadas do século XX. Como salienta Maia,

Se no início dos anos setenta já se impunha a constatação da importância da retórica e da argumentação à reflexão jurídica, como constata Reale [Maia transcreve excerto de Miguel Reale (2002, p. 88) para comprovar esse ponto], no final dos anos noventa pode-se afirmar que esta perspectiva tornou-se uma das mais ricas áreas do debate de teoria do direito, (...) o campo mais rico do debate jusfilosófico contemporâneo (Maia, 1998, p. 400).

As teorias da argumentação jurídica, contrariamente às perspectivas realistas e normativistas que a antecederam, diferenciam o *processo psicológico* de construção das decisões judiciais e a *justificação* dessas decisões, partindo da premissa de que ambos podem ser estudados separadamente (Wróblewski, 1974, p. 35) e situando-se mais no contexto de *justificação* do que no contexto de *descoberta* dessas decisões. A distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação (Atienza, 2000, p. 21-26), presente nas teorias da ciência de Reichenbach e Popper, tem a importante tarefa de delimitar o objeto das teorias da argumentação jurídica:

A *descoberta* é descrita em termos da psicologia e (isso devemos adicionar às palavras de Popper e Reichenbach) da sociologia, e a justificação é analisada no vocabulário da epistemologia e da lógica. Os resultados desses *approaches* são bens diferentes. O primeiro produz enunciados empíricos sobre a ciência; entretanto, o *status* epistemológico da assim-chamada ‘reconstrução racional’ ou análise lógica é significativamente distinto [contexto de justificação] (Woleński, 1979, p. 117).

A partir do momento em que se reconhece a necessidade onipresente de valorações na atividade jurídico-interpretativa de modo geral, a grande indagação metodológica da pesquisa jurídica de modo geral passa a ser “como podem ser *justificadas racionalmente* essas valorações” (Alexy, 1997-a, p. 28). A teoria da argumentação está mais preocupada com as *razões* de uma decisão do que com a mera descrição do modo como ela foi tomada (como fazia a hermenêutica). O “por que?” é elevado ao mesmo status do “como?”. Ambos passam a ser importantes para a interpretação e aplicação do direito (Aarnio, 1991, p. 14). Parte-se do pressuposto da *responsabilidade social* do intérprete, na medida em que cresce a demanda pela racionalidade de cada decisão, a qual não se esgota na simples referência aos textos legislativos ou a outros materiais autoritativos, mas inclui o uso de “argumentos apropriados” ou, simplesmente, razões (Aarnio, 1990, p. 26).

Através das teorias da argumentação jurídica, a filosofia jurídica penetra no coração do discurso jurídico para tornar explícita a referência às razões morais que os juízes sempre fizeram para justificar suas decisões. Elas deixam claro que a validade de uma regra jurídica não pode se reduzir à sua autoridade e, mais, permitem reconciliar *reason* e *fiat* (Fuller, 1946), *ratio* e *auctoritas* (Bergholtz, 1990), ou *facticidade* e *validade* (Habermas, 2005-a) em todo e qualquer ordenamento jurídico: uma boa teoria jurídica será aquela que se volte para os fundamentos, para as razões que justificam uma decisão jurídica como *correta*, que são em grande parte razões de natureza moral.

3.3.3

Há ainda alguma fronteira entre a teoria jurídica e a filosofia do direito? (a teoria da argumentação jurídica como elemento normativo da teoria jurídica e da filosofia do direito)

O argumento desenvolvido nos dois tópicos anteriores nos leva à conclusão de que as esferas da teoria jurídica (teoria geral do direito) e da filosofia do direito não podem ser mais diferenciadas com base em critérios rigorosos como a *matéria* sobre a qual elas versam ou a *metodologia* que elas empregam (Alexy; Dreier, 1990, p. 2-5). Se buscarmos uma fronteira rígida entre as duas disciplinas, simplesmente não a encontraremos. Ambas têm por objeto de reflexão o direito e possuem uma tríplice dimensão – analítica, empírica e normativa – que faz com que em grande medida a metodologia empregada por elas seja comum.

Nesse sentido, é possível diferenciar a teoria jurídica e a filosofia do direito apenas em função da *perspectiva* ou do *aspecto de análise* de cada uma das duas disciplinas. A teoria jurídica concerne dianteiramente ao *jurista* na busca de soluções concretas para problemas que enfrenta na aplicação do direito, ao passo que a filosofia do direito trabalha com “o direito” enquanto objeto de análise especificamente filosófica, sendo sua tarefa principal elaborar um conceito de direito, ou seja, determinar a *natureza* do direito:

A teoria do direito (*jurisprudence*) tal como ela se desenvolveu historicamente e tal como ela é ainda praticada – e também como ela seria compreendida em termos

de uma racionalidade ideal – é baseada em um aspecto de pesquisa especificamente jurídico. É, nesse sentido, uma disciplina jurídica (ou *lawyerly*), o que pode ser evidenciado pela forma como ela é integrada às faculdades de direito e às instituições de pesquisa jurídica. O aspecto jurídico de pesquisa, que ela compartilha com outras disciplinas de ciência do direito, está caracterizado pelo fato de que a ciência do direito como um todo – direta ou indiretamente – está preocupada em estabelecer a que as pessoas, em casos particulares, estão obrigadas a, proibidas de, habilitadas a ou permitidas fazer. A filosofia do direito, por outro lado, tendo sido estudada em seus primórdios – de Platão e Aristóteles a Kant e Hegel – por filósofos ao invés de juristas, é tradicionalmente baseada em aspectos de pesquisa especificamente filosóficos, como, por exemplo, o escrutínio da estrutura do direito, para o fim de entender algo sobre certa parte da realidade como um todo e/ou para a elaboração de critérios concernentes à correção ética do direito (Alexy; Dreier, 1990, p. 3-4).

Podemos adotar a diferenciação proposta por Alexy e Dreier no excerto logo acima, mas desde que deixemos claro um aspecto: o de que a filosofia do direito – embora tenha sido nos seus primórdios (e durante o período de hegemonia do positivismo também) um assunto de filósofos, e não de juristas, hoje é de interesse imediato do próprio jurista prático, na medida em que o que atualmente diferencia a filosofia do direito da teoria geral do direito (“jurisprudence”) é apenas a perspectiva de quem a elabora, já que “não há qualquer critério que permita um sistema de enunciados sobre o direito ser qualificado como pertencendo definitivamente à filosofia do direito ou à teoria do direito” (Idem, p. 4). Quanto aos seus conteúdos, os enunciados da filosofia do direito e da teoria jurídica são idênticos (Ibidem).

Devemos portanto entender a teoria jurídica e a filosofia do direito como dois lados de uma mesma moeda, na medida em que elas interagem tão proximamente e utilizam conceitos provenientes uma da outra com tanta frequência que a única diferença possível de se estabelecer entre as duas disciplinas é a do ponto de vista adotado pelo estudioso: a teoria jurídica (“jurisprudence”) é formulada do ponto de vista *interno* do direito, voltada para a atividade judicial e para outros tópicos conexos à atividade jurídico-decisória (“jurisprudence”), ao passo que a filosofia do direito é uma reflexão filosófica sobre o que é “o direito” (como objeto geral) e quais são os limites da sua validade (sejam limites formais ou materiais).

Portanto, a diferença é apenas uma diferença de abordagem, e que ainda sim não admite uma fronteira rígida, de modo que existe uma zona “grise” significativa entre as duas disciplinas. Essa zona cinzenta é normalmente ocupada

pelas *teorias da argumentação*, que constituem uma espécie de “teoria de mediação” entre a filosofia do direito e a teoria jurídica pós-positivista, pois os enunciados produzidos no campo das teorias da argumentação jurídica necessariamente interessam tanto ao teórico do direito quanto ao filósofo do direito. De um lado, é nessas teorias que o jurista prático vai buscar parâmetros normativos para identificar as decisões jurídicas racionais ou corretas, de modo que essas teorias são de suma importância para a teoria jurídica integral e compreensiva do pós-positivismo, já que nelas é que se vão buscar os enunciados diretivos (regras de argumentação) que constituem a *dimensão normativa* da teoria jurídica. De outro lado, a pretensão fundamental da filosofia do direito – elaborar um conceito geral de direito, que contenha os seus critérios de identificação – depende em larga medida do tipo de teoria da argumentação jurídica que se adote, pois o conteúdo dos limites materiais do direito – i.e., o conteúdo do argumento da injustiça, seus critérios de verificação – há de ser buscado exatamente através desta última teoria (teoria da argumentação), que tornará o estudioso capaz de dizer quando uma norma pode ser considerada “extremamente injusta”.

Como explica Aarnio, o significado geral da teoria da argumentação deve ser entendido no mesmo sentido do significado da filosofia em geral: “é questão de formular os conceitos por meio dos quais um jurista pode entender sua própria ação melhor do que antes. A teoria da argumentação é, por exemplo, um instrumento dos juízes para uma melhor autocompreensão. E quando esse é o caso, a teoria pode, ao menos indiretamente, influir e modificar a própria prática social” (Aarnio, 1998, p. 434).

Sem uma teoria da argumentação jurídica, inexistente a dimensão normativa do pensamento jurídico que é constitutiva tanto para a teoria geral do direito quanto para a filosofia do direito de matiz pós-positivista. Como se poderá verificar mais adiante, é no campo das teorias da argumentação jurídica que se situa a teoria dos precedentes que desenvolverei nos próximos capítulos.

3.4. A Teoria dos precedentes como uma teoria jurídica normativa e procedimental

3.4.1

A teoria do discurso como base de uma teoria normativa dos precedentes judiciais

O objetivo fundamental desta tese de doutoramento é propor uma teoria jurídica *normativa* do precedente judicial. Pressupondo-se o conceito de direito pós-positivista enunciado acima (*supra*, n. 2.3), o que se pretende é construir uma teoria procedimental da argumentação jurídica com precedentes judiciais, com vistas a atender às demandas – oriundas tanto da filosofia do direito como da teoria jurídica – de racionalidade das decisões judiciais que aplicam precedentes como elementos de justificação jurídica.

A teoria normativa dos precedentes judiciais pressupõe, portanto, o rechaço do não-cognitivism ético e a reabilitação da idéia de *razão prática*. A divisão entre o uso teórico e o uso prático da razão é claramente delimitada por Kant nas páginas iniciais da sua Crítica da Razão Prática, e merece referência nesse momento:

Ocupava-se o uso teórico da razão de objetivos da mera faculdade de conhecer, sendo que uma crítica da razão, no que concerne a esse uso, apenas se referia propriamente à faculdade *pura* do conhecimento, porquanto esta faculdade despertava suspeitas, as quais também logo se confirmavam, de que a mesma se perdia facilmente, para além dos seus limites, em objetos inacessíveis, ou até em conceitos contraditórios entre si mesmos. Com o uso prático da razão ocorre coisa bem diversa. Nele vemos ocupar-se a razão com fundamentos da determinação da vontade, que resulta em faculdade de produzir objetos que correspondam às representações ou, pelo menos, determinantes a si próprios na realização de tais objetos, seja ou não suficiente para isso a faculdade física, isto é, a de determinar a sua causalidade. Desse modo pode a razão, pelo menos, bastar para a determinação da vontade, tendo sempre realidade objetiva, dentro dos limites da exclusividade do querer (Kant, 1959).

A razão prática é aquela racionalidade que se orienta para a formação da vontade autônoma (que no sentido kantiano é livre de “inclinações” e influxos externos), bem como para determinar a correção (moral) da ação humana; como se afirma contemporaneamente, para determinar o que se *deve* fazer em situações de escolha (MacCormick, 2006-a).

No entanto, a idéia de razão prática não é aceita sem dificuldades. Os representantes do *emotivismo*, por exemplo, sustentam que “enunciados normativos como ‘todos os homens têm direito à liberdade e à dignidade’ têm somente a função de expressar ou provocar sentimentos ou atitudes”, que nada teriam que ver com verdade ou correção (Alexy, 2004-d, p. 132). Entre os juristas, em especial, a resistência é ainda mais marcante. Como relata Alexy, “nada menos que Alf Ross e Hans Kelsen consideravam que o conceito de razão prática era um ‘conceito auto-contraditório’. A razão referir-se-ia somente ao conhecimento; o campo do prático corresponderia, ao contrário, ao querer. Todavia, o conhecimento estaria justamente definido pelo fato de não ser um querer, sendo por outro lado constitutivo do querer o fato de não ter o caráter do ‘conhecer’. Portanto, o conceito de razão prática seria um ‘conceito logicamente insustentável’” (Idem, p. 131).

Apesar dessa objeção, Alexy crê ser possível adotar um conceito de razão prática e colocá-lo na base de uma teoria do discurso. A noção de racionalidade prática abarca um número eclético de características, tais como consistência, coerência, fundamentabilidade, verdade empírica, efetividade, otimização e reflexividade, servindo como o “fundamento normativo da convivência humana e da autocompreensão do indivíduo e da sociedade” (Idem, p. 133).

Para *fundamentar* a idéia de racionalidade prática há no pensamento contemporâneo pelo menos três caminhos teóricos: um primeiro de inspiração aristotélica, outro de base hobbesiana, e finalmente um terceiro fulcrado numa concepção kantiana cujo fundamento se encontra na idéia de *universalidade*.

Como exemplo das teorias aristotélicas, Alexy cita Alasdair MacIntyre, para quem “o projeto da Ilustração havia fracassado”, merecendo rechaço todas as “variantes do individualismo liberal”. Sob este prisma, “toda moral individualista se apresentaria como un fantasma. A crença nos direitos humanos seria equiparável à crença em bruxas e unocórnios” (Idem, p. 133-4). Assim, restaria

tão somente o caminho de uma *vida boa* vinculada ao local e ao especial. Trata-se de uma concepção de razão prática fundada na *ética*.

Já a vertente hobbesiana, que tem como representantes Buchanan e Gauthier, “ampliou a idéia weberiana de racionalidade instrumental ao conceito de maximização da utilidade individual”, oferecendo uma “nova concepção *das teorias contratualistas clássicas* dentro do marco das teorias modernas da eleição racional e da *negociação racional*” (Idem, p. 134-5).

Ambas as vertentes, no entanto, estão sujeitas a objeções. As teorias contratualistas são vulneráveis em pelo menos dois pontos. Primeiro, a “assimilação de questões morais a questões de justiça política (em uma associação de indivíduos sob leis)” tem como preço que o igual respeito por todas as pessoas (“equal respect”) não pode ser justificado por meio delas, o que as torna incompatíveis com uma moralidade do tipo universalista (Habermas, 1999, p. 15). Segundo, essas teorias pecam porque não conseguem lidar com o problema do “free rider”, ou seja do indivíduo que se insere em uma prática compartilhada mas está preste a se desviar das normas firmadas por acordo quanto lhe for mais vantajoso: “o problema do ‘free rider’ demonstra que um *acordo* entre partes interessadas não pode em si mesmo fundamentar quaisquer obrigações morais (*obligations*)” (Ibidem).

As teorias de base aristotélica, por sua vez, fundamentam sua noção de razão prática em uma determinada *ética*, ou seja, em um conjunto de orientações valorativas compartilhadas no horizonte de uma certa comunidade. Essas teorias escapam à segunda objeção feita às teorias contratualistas, pois as normas intersubjetivamente compartilhadas em determinado *ethos* funcionam como um critério de correção relativamente objetivo para a ação. Mas uma concepção de razão prática desse tipo falha por ser incapaz de produzir standards ou critérios para justificação da validade de normas morais, ou seja, *válidas para todos*. Nesse sentido, pode-se diferenciar entre as “orientações valorativas” (“*value-orientations*”; “*Wertorientierungen*”) e as “obrigações morais” (“*obligations*”; “*Verpflichtungen*”):

Julgamos as orientações valorativas e os auto-entendimentos valorativos de pessoas ou grupos a partir do ponto de vista *ético*, ao passo que julgamos deveres, normas, e imperativos categóricos do ponto de vista *moral*. Questões éticas surgem na perspectiva da primeira pessoa. Vista do ponto de vista da primeira pessoa do

plural, elas se referem a um *ethos* compartilhado: o que está em jogo é como nós compreendemos a nós mesmos enquanto membros de *nossa* comunidade, como nós devemos orientar nossas vidas, ou o que é melhor para nós no final das contas e levando em consideração todos os aspectos relevantes para o caso (Idem, p. 26).

Falta nas teorias neo-aristotélicas um ponto de vista moral que permita resolver “questões de justiça” em sentido estrito, i.e., questões relativas a obrigações morais que possuem *prioridade* sobre questões relativas à vida boa. “Enquanto os deveres forem vistos *somente* sob o ponto de vista ético, uma prioridade *absoluta* do justo (correto) sobre o bom, que seguiria *vis-à-vis* com a validade categórica dos deveres morais, não pode ser sustentada”. Isso representa um problema sério para as sociedades pluralistas contemporâneas, pois sem a prioridade do justo sobre o bom não se pode construir uma “concepção eticamente neutra de justiça”, a qual se faz necessária para atender à exigência moral de igualdade de tratamento entre os diferentes indivíduos e grupos de indivíduos que convivem em uma sociedade *pluralista* (Idem, p. 28).

Revela-se mais atrativa, portanto, a via de se buscar uma concepção kantiana da razão prática⁸⁷. É por essa última via que Alexy vai encontrar o fundamento de seu código da razão prática. A idéia básica de todo o seu pensamento jurídico é de que é possível aplicar a teoria do discurso habermasiana aos processos de formação de enunciados jurídicos. Trata-se de uma concepção de “*racionalidade procedimental universalista*”, que se diferencia das teorias contratualistas de inspiração hobbesiana (que também são teses procedimentalistas) pela *configuração do procedimento*. “O procedimento das teorias contratualistas é um procedimento negociador; o da teoria do discurso, um procedimento de *argumentação*” (Alexy, 2004-d, p. 136). Neste sentido, um discurso prático pode ser racional *desde que satisfaça um conjunto de regras delimitadoras do processo de comunicação intersubjetiva*. A razão prática, para Alexy, é definida como “a faculdade que, seguindo esse sistema de regras, chega a *intelecções práticas*” (1998-b, p. 66).

⁸⁷ A idéia de universalidade é comum a todas as concepções kantianas da razão prática. A seguinte passagem de Norberto Bobbio (2000, p. 114) esclarece como há uma conexão intrínseca entre universalidade e direito no pensamento de Kant: “a sua função [do direito] não é prescrever este ou aquele dever substancial com relação aos sujeitos de vários arbítrios, mas de prescrever-lhes a maneira de coexistir, ou seja, as condições por meio das quais o arbítrio de um possa coexistir com o arbítrio de todos os outros. De fato, podemos dizer que, segundo Kant, o direito é forma universal de coexistência dos arbítrios simples. Enquanto tal, é a condição ou o conjunto das condições segundo as quais os homens podem conviver entre si, ou o *limite* das liberdades de cada um, de maneira que todas as liberdades externas possam coexistir segundo uma lei universal”.

Como já dito, é na teoria do discurso habermasiana que Alexy foi buscar o conceito de razão prática. Assim, tanto para Habermas quanto para ele, um enunciado normativo será correto somente se puder ser o resultado de um procedimento comunicativo capaz de lhe conferir aceitabilidade racional. Nesta medida, Habermas insurge-se contra as várias vertentes do decisionismo jurídico, que equipara a legitimidade à legalidade, admitindo *qualquer conteúdo* para as normas jurídicas válidas num dado Estado. Nas palavras de Habermas, “o *equivoco fundamental* da teoria decisionista legal, que se sujeita à suspeição ideológica, é que a validade das normas legais poderia fundamentar-se em decisões e apenas em decisões” (Cf. Maia, 2000, p. 11)⁸⁸.

Desenvolve-se, assim, uma teoria crítica que se insere numa redescoberta da filosofia prática, orientando-se pela pergunta “O que devo/devemos fazer?”. A solução para esse problema depende da construção de um espaço público alicerçado democraticamente e pautado por um procedimento formal guiado pela idéia kantiana de universalidade. Antônio Cavalcanti Maia (2000, p. 19) nos fornece uma síntese dessa concepção:

Habermas desenvolveu o projeto da ética do discurso (ou ética da comunicação) que procura analisar os discursos práticos onde se busca um consenso racionalmente motivado acerca das normas de convivência social. Assim, “*a ética do discurso articula o critério que guia os discursos práticos e serve de standard para a distinção entre normas legítimas e ilegítimas*”. Eis que, ao elaborar uma perspectiva na qual se procura fornecer critérios racionais à justificação dos ditames integradores da vida coletiva, têm-se repercussões importantes no campo da filosofia do direito [as quais foram mais bem elucidadas em obras posteriores de Habermas], na medida em que o problema da legitimidade pode ser tratado a partir de um discurso racional de justificação, e não deixado ao voluntarismo e ao irracionalismo, subjacentes às posições positivistas⁸⁹.

No que se refere aos *discursos teóricos*, o conceito-chave da teoria de Habermas é conceito de *verdade*, que, para o professor de Frankfurt, está muito mais próximo da idéia de *consenso* do que da mera correspondência entre enunciados e fatos. Como já vimos (supra, seção 2.2.1), para Habermas, “só posso atribuir um predicado a um objeto se, também, qualquer um que *pudesse*

⁸⁸ Da afirmação acima não podemos inferir, porém, que no modelo argumentativo de Alexy, assim como no de Habermas, não haja espaço para decisões. O procedimento do discurso prático-jurídico – que inclui um procedimento de criação estatal do direito (P_p), um procedimento de argumentação jurídica propriamente dita (P_a) e um procedimento judicial (P_j) –, estabelece mecanismos de formação de juízos onde “não só se argumenta mas também se decide” (Alexy, 1998-b: 70-3).

⁸⁹ O trecho em itálico é uma transcrição de Jean Cohen.

entrar em discussão comigo *atribuísse* o mesmo predicado ao mesmo objeto, de modo que *a condição para a verdade dos enunciados é o assentimento potencial de todos os demais*”.

O conceito habermasiano de verdade se distancia do nível semântico (“a verdade como referida ao sentido das proposições ou normas”) para se colocar numa perspectiva pragmática (a verdade passa a se referir “aos atos que se realizam ao dizer algo”), de modo que “a base da teoria de Habermas é uma pragmática universal, que tenta reconstruir os pressupostos racionais, implícitos no uso da linguagem” (Atienza, 2000, p. 236). Para que possamos compreender o que o autor da Teoria do Agir Comunicativo quer dizer com isso, é vital levarmos em conta as funções que, em sua teoria, desempenham o conceito de *entendimento* e a noção (elaborada por Austin) de “atos ilocucionários”⁹⁰.

Para Habermas, as ações lingüísticas possuem uma importância maior do que as não-lingüísticas porque um ato de fala pode revelar a “intenção do agente”, ao passo que dos atos que se realizam fora de contextos comunicativos não podemos inferir os fins que se pretendem alcançar com eles. Como ensina Habermas (1990, p. 67),

As ações lingüísticas interpretam-se por si mesmas, uma vez que possuem uma estrutura auto-referencial. O componente ilocucionário determina o sentido da aplicação do que é dito, através de uma espécie de comentário pragmático. A idéia de Austin, segundo a qual nós, ao dizermos algo, fazemos algo, implica a recíproca: ao realizarmos uma ação de fala dizemos também o que fazemos. Esse sentido performativo de uma ação de fala só é captado por um ouvinte potencial que assume o enfoque de uma segunda pessoa, abandonando a perspectiva do observador e adotando a do participante (Habermas, 1990, p. 67).

Desse modo, os processos de interação por meio de atos de fala são fonte de racionalidade para as decisões através deles obtidas, na medida em que se orientam para o *entendimento*, o qual tem como fins subalternos a “compreensão,

⁹⁰ Comentando esse conceito introduzido pelo filósofo da linguagem John Austin, Alexy (1997-a, p. 70) esclarece satisfatoriamente essa noção: “O ato ilocucionário é o que se faz ao dizer algo. O que se faz ao dizer algo deve ser diferenciado do que se faz por dizer algo. O primeiro depende de convenções, o último dos efeitos práticos em uma situação determinada. A produção de tais efeitos mediante expressões, denomina Austin de ato perlocucionário”. Assim, “no centro da teoria de Austin está o ato de fala como ato ilocucionário, ou seja, como ação convencional”. Essa perspectiva exerce uma influência capital nas obras de Habermas e Alexy, pois “que os atos de fala sejam ações convencionais significa que os mesmos não seriam possíveis sem as regras que lhes servem de base”.

por parte do ouvinte, do significado expresso pela fala” e o “reconhecimento do proferimento como verdadeiro” (Idem: 68).

Os atos que se destinam a realizar determinados objetivos através de simples arranjos entre meios e fins apoiam-se numa estrutura causal que não se vê naqueles outros que, por meio do uso da língua, visam ao *entendimento com o interlocutor*. Aos primeiros Habermas denomina *agir estratégico*, aos segundos *agir comunicativo*. Na ação estratégica, a racionalidade age em busca de um fim eficiente do ponto de vista causal, enquanto que na ação comunicativa, “a racionalidade dos processos de entendimento mede-se pelo conjunto de condições de validade exigidas para os atos de fala, por pretensões de validade, que se manifestam através dos atos de fala, e por razões para o *resgate discursivo* dessas pretensões” (Idem, p. 70).

No entanto, em escritos mais recentes, Habermas submete a uma revisão seu conceito puramente discursivo de verdade, pois falta nele uma referência ao mundo: “temos de nos contentar com a aceitabilidade racional nas condições mais ideais possíveis como uma *prova suficiente de verdade*. Por conseguinte, o conceito discursivo de verdade não é exatamente falso, mas insuficiente. Ele ainda não explica o que nos *autoriza* a ter por verdadeiro um enunciado suposto como idealmente justificado” (Habermas, 2004-c, p. 284). Essa autocrítica e revisão no pensamento de Habermas, no entanto, não será relevante para a teoria dos precedentes que estamos tentando estabelecer, pois nossas preocupações se centram em questões tipicamente práticas.

No *discurso prático*, diferentemente do teórico, o que se tematiza não são pretensões de veracidade – por meio das quais os sujeitos do discurso tentam justificar asserções sobre determinados *fatos* –, mas pretensões de correção, por meio das quais se busca demonstrar a *validade* de uma *norma* : “A ‘verdade’ de proposições descritivas significa que os estados de coisas enunciados ‘existem’, enquanto a ‘correção’ das proposições normativas refletem o caráter obrigatório dos modos de agir prescritos (ou proibidos)” (Idem, p. 269).

Ambos os discursos (teórico e prático) tem porém importantes elementos comuns, pois a correção dos juízos morais se estabelece da mesma forma que a verdade de enunciados descritivos, ou seja, pela *argumentação* : “em ambos os casos a validade dos enunciados não pode resistir à prova senão passando discursivamente pelo *medium* das razões disponíveis” (Idem, p. 279).

O papel da argumentação, aliás, pode ser considerado ainda mais essencial no discurso prático do que no discurso teórico, na medida em que, como adiantamos logo acima, “falta às pretensões de validade moral a referência ao mundo, característica das pretensões de verdade”, de modo que “o sentido da ‘correção’ reduz-se a uma aceitabilidade idealmente justificada”, ao passo que a noção de ‘verdade’ “aponta para condições que de certo modo devem ser preenchidas pela própria realidade” (Idem, p. 279-280).

Portanto, é possível um conceito *puramente discursivo* de correção:

Se, nos discursos práticos, todas as pessoas eventualmente concernidas chegarem à convicção de que, em relação a uma matéria que precisa de regulamentação, um determinado modo de agir é igualmente bom para todos, eles considerarão obrigatória essa práxis. O consenso alcançado no discurso tem, para os envolvidos, algo de relativamente definitivo. Ele não estabelece nenhum fato, mas ‘fundamenta’ uma norma, que não ‘consiste’ em outra coisa senão ‘merecer’ um reconhecimento intersubjetivo – e os envolvidos partem da idéia de que podem estabelecer exatamente isso nas condições aproximadamente ideais de um discurso racional (Idem, p. 291).

Um consenso firmado sob condições ideais *garante* portanto a correção dos juízos morais, de modo que “a assertabilidade idealmente justificada *é* o que queremos dizer com validade moral” (Ibidem).

A razão prática em Habermas é, portanto, como em Kant, uma *razão legisladora*, um projeto construtivista no sentido de John Rawls (1999).

Porém, nem todos os atos de fala fazem parte do que Habermas chama de *agir comunicativo*, já que muitas vezes o falante visa a, através da linguagem, alcançar simplesmente o sucesso estratégico, sem se importar acerca do “entendimento motivador de convicção” (Habermas, 1990, p. 70) (casos tais ocorrem quando há emprego de coação, chantagem ou influência de outros fatores externos ao discurso, como o dinheiro). A ação estratégica (mesmo quando usa palavras) é uma ação orientada para o *êxito*, ao passo que a ação comunicativa é orientada para a *compreensão* intersubjetiva (Atienza, 2000, p. 306).

A teoria do discurso habermasiana, portanto, lança suas bases sobre a idéia de um entendimento entre interlocutores, fundamentado única e exclusivamente na força racionalmente motivadora dos argumentos construídos e resgatados comunicativamente. Os debates devem, assim, estar livres de componentes estratégicos que possam influenciar a solução que os agentes do discurso

encontrariam caso estivessem completamente isentos de qualquer forma de coação externa ou violência.

Uma teorização sobre a argumentação é parte substancial neste sofisticado esquema teórico para distinguir, selecionar e estruturar os argumentos (e pretensões de validade a eles subjacentes, em especial quando se lançam enunciados normativos) que são utilizados para se chegar ao nível do entendimento. Necessário é, neste aspecto, estabelecer critérios formais (ou procedimentais). Como explica McCarthy (1979), as questões fulcrais à teoria de Habermas sobre a verdade podem ser enunciadas da seguinte forma: (1) Como distinguir um autêntico entendimento de uma mera aparência de consenso racional? (2) Quais são os critérios para decidir quando um consenso é verdadeiro ou falso? Em linhas bem gerais, o problema poderia ser formulado assim: como distinguir um consenso fundamentado de um meramente ilusório? McCarthy faz a seguinte síntese da solução da teoria do discurso para este problema:

A única saída para esse dilema, de acordo com Habermas, é pela via de um consenso ‘racionalmente motivado’ – ou seja, aquele alcançado apenas pela ‘força do melhor argumento’ – inteiramente em termos das ‘propriedades formais do discurso’. O termo formal não é empregado aqui em seu sentido usual e lógico-formal. Do ponto de vista da pragmática, um argumento consiste não em enunciados, mas em atos de fala, e a evolução de um estágio a outro [do conhecimento] não pode ser explicada em termos puramente lógicos. A modalidade fundamental [de formação do entendimento] não é a necessidade lógica ou a impossibilidade (contradição), mas a modalidade pragmática da cogência (*Triftgkeit*). A idéia condutora é a de que um consenso é ‘racionalmente motivado’ ou ‘fundamentado’ somente se é alcançado por meio da cogência dos argumentos empregados (e não, por assim dizer, por restrições externas no discurso ou por restrições ‘internas’ inseridas na estrutura do processo discursivo) (McCarthy, 1979).

A especialidade da teoria do discurso de Habermas, quanto a esses critérios, diz respeito à inclusão (no discurso) de todos os possíveis afetados pelas interações mediadas comunicativamente. Sua teoria pressupõe uma *estrutura dialógica* do procedimento de fundamentação dos enunciados. Tendo em vista que o processo discursivo pode se achar sujeito à interferência de fatores externos ao discurso, bem como o fato de que existem coações decorrentes da própria estrutura de comunicação, Habermas lança mão da idéia reguladora de *situação ideal de fala*, que “exclui as distorções sistemáticas da comunicação” (Habermas, 1984; 1997; 1999; Alexy, 1997-a; Aienza, 2000).

Habermas formula, assim, uma versão sua do princípio kantiano da universalidade, que pode ser enunciada da seguinte maneira:

U: uma norma é válida quando todas as conseqüências e efeitos colaterais previsíveis da sua observância geral sob os interesses e orientações valorativas de *cada indivíduo* possam, sem qualquer forma de coerção, ser conjuntamente aceitos por *todos* os afetados por ela. (*A norm is valid when the foreseeable consequences and side effects of its general observance for the interests and value-orientations of each individual could be jointly accepted by all concerned without coercion*) (Habermas, 1999, p. 42).

“U” desempenha, para Habermas, a função de uma *regra de argumentação* que especifica como normas morais podem ser justificadas (Ibidem). “U” está no centro da denominada “ética do discurso”:

O modelo ético-discursivo de justificação consiste na derivação do princípio fundamental (U) a partir do conteúdo implícito das pressuposições universais do discurso em conjunção com a concepção normativa de justificação geral expressa em (D) (Habermas, 1999, p. 43).

Essas pressuposições universais da argumentação podem ser reveladas pelo método que Habermas denominou “pragmática universal”, cuja tarefa é “identificar e reconstruir as condições universais do mútuo entendimento possível” (Habermas, 2003, p. 21). Qualquer pessoa que atue *comunicativamente* “deve, ao realizar um ato de fala, sustentar pretensões de validade universal e supor que elas possam ser fundamentadas/confirmadas (*vindicated; einlösen*)” (Idem, p. 22). Mas na ação comunicativa “é ingenuamente suposto que as pretensões de validade implicitamente sustentadas podem ser justificadas”, ao passo que em um *discurso* as pretensões de validade sustentadas para enunciados e normas são confirmadas de modo hipotético e expressamente *tematizadas* (Idem, p. 93). As condições universais do mútuo discurso são portanto as condições que permitem que todos submetam as pretensões de validade normativa a um processo de validação argumentativa. É através de um processo de argumentação que são justificadas as normas morais resistentes à crítica.

Habermas estabelece uma série de condições ideais de argumentação – as quais devem ser aproximadas de maneira ótima – que asseguram a aceitabilidade racional de pretensões de validade normativa: (i) ninguém que possa oferecer uma contribuição relevante ao discurso pode ser excluído; (ii) a todos os participantes é

assegurada “igual oportunidade” de contribuir com seus pontos de vista; (iii) todos os participantes devem *acreditar* no que afirmam, sustentando (implicitamente) uma pretensão de veracidade (“all participants must mean what they say”); e (iv) a argumentação deve estar livre de coerção externa ou interna, de modo que as instâncias de “sim” e “não” adotadas pelos participantes acerca de pretensões de validade criticáveis seja motivada unicamente pela força racional dos melhores argumentos (Habermas, 1999, p. 44). Diante dessas condições discursivas, “U” funciona como uma regra de argumentação para a *seleção de normas de ação* em um discurso prático (Idem, p. 45).

A partir desse modelo, Robert Alexy chega um grupo mais específico de regras da argumentação prática cujo objeto imediato é o procedimento decisório. Trata-se de um conjunto de regras aplicáveis a discursos não-monológicos, cujo principal objetivo é a segurança da “imparcialidade da argumentação prática e, com isso, da formação prática de juízos que nela se baseiam” (Alexy, 2004-d, p. 137-8). Trata-se das *regras da razão*, do segundo grupo do código da razão prática (regras 2.1, 2.2 e 2.3) proposto por Alexy em sua Teoria da Argumentação Jurídica, que dizem respeito às condições estabelecidas para a “situação de discurso ideal”. As regras da razão, no modelo de Alexy/Habermas são as seguintes:

- (2) Todo falante deve, quando lhe é solicitado, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem sua recusa a uma fundamentação.
 - (2.1) Quem pode falar pode tomar parte no 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, mediante coerção interna ou externa ao discurso, seus direitos fixados em 2.1 e 2.2. (Alexy, 1997-a; Bustamante, 2005-a, capítulo 2).

Corretas serão portanto as normas que puderem ser justificadas por um procedimento regulado por essas regras. Veremos, porém, que outras regras de argumentação poderão ser adicionadas para garantir com ainda mais segurança a correção de um determinado discurso prático.

3.4.2

O código da razão prática de Alexy e a justificação jurídica⁹¹

Com fundamento na teoria do discurso de Habermas, Alexy elabora uma teoria da argumentação jurídica procedimental que pretende estabelecer um conjunto mais amplo de *regras de argumentação* destinadas a guiar a prática jurídica enquanto raciocínio justificatório. Partindo da tese de que o discurso jurídico é um caso especial de “discurso prático”, Alexy cria um “código da razão prática” que, se bem observado, garante a justificação racional das normas gerais e individuais cuja validade é resgatada no discurso jurídico. O código da razão prática é dividido em duas partes: uma parte *geral*, constituída pelas regras e formas da argumentação prática geral – válidas para qualquer tipo de discurso prático –, e outra *especificamente jurídica*, composta por regras e formas de argumentação específicas para o discurso jurídico.

Na essência, a teoria do discurso prático busca fundamentar racionalmente proposições normativas que orientam a ação humana em geral. Parte das teorias de Hare e Toulmin, segundo as quais sempre “que alguém aduz em favor de uma determinada *proposição normativa* N (por exemplo, «A agiu mal») uma *razão* G (por exemplo, « A mentiu»), pressupõe uma regra R (por exemplo, «mentir é mal»), da qual, juntamente com G, se infere N logicamente. N pode designar-se, neste caso, como fundamentável por meio de G e R” (Alexy, 1997-a, p. 176). Todavia, esse esquema lógico de ação apresenta certas dificuldades, pois ele não resolve por si só o problema da fundamentação da regra R. Quando esta for posta em dúvida, será necessário se referir a uma outra regra R’ para lhe servir de suporte. Isso, contudo, não elimina o problema, pois também R’ careceria de justificação. Aparentemente, estar-se-ia diante de um *regresso ao infinito*, sendo que a única forma de evitá-lo seria interromper em algum momento o processo de justificação, substituindo-o por uma simples decisão (Ibid). O autor da Teoria da Argumentação Jurídica pega emprestada a terminologia de Albert e denomina essa situação de “trilema de Münchhausen”.

⁹¹ Nessa seção, reproduzo – com alguns cortes – o argumento que desenvolvi em Bustamante (2005-a, capítulo 2) para fornecer um panorama da teoria da argumentação jurídica de Alexy. Como o objetivo aqui é apenas dar uma idéia geral da teoria de Alexy, o texto compreendido entre a presente epígrafe e o item 2.4.2.5. é uma transcrição de meu trabalho anterior.

Não obstante, essa situação pode ser evitada “se a exigência de fundamentação ininterrupta de cada proposição através de outra proposição se substitui por uma série de exigências na atividade de fundamentação” (Idem, p. 177), as quais se concretizam por meio de *regras* que conduzem a argumentação para a racionalidade. Diferentemente das regras da lógica, que só se referem às proposições, as regras da discussão racional também se referem ao comportamento do falante (regras pragmáticas). Como veremos, essas regras possuem certos limites (dentre outras coisas, não garantem uma única resposta correta), mas tornam racional a solução alcançada em respeito a elas.

A teoria de Alexy, portanto, é uma “teoria normativa do discurso” composta por certas *regras de argumentação* (do “discurso prático racional”) que podem ser consideradas “*normas para fundamentação de normas*” (Alexy, 1997-a, p. 178).

Ao lado das regras do discurso propriamente ditas, Alexy estabelece certas *formas*⁹² que se referem primordialmente à dimensão estrutural do processo (lingüístico) de construção racional dos argumentos. Cumpre salientar, porém, que todas estas formas podem em última instância ser também entendidas como regras, pois possuem um sentido não meramente descritivo, senão também prescritivo. Além das denominadas “regras da razão”, que constituem as regras do grupo 2 do seu *código da razão prática*, são estabelecidos os seguintes grupos de regras e formas da argumentação jurídica (ver, no final desse capítulo, a enumeração completa do “código da razão prática”)⁹³.

3.4.2.1

Regras Fundamentais

No catálogo denominado “regras fundamentais”, Alexy refere-se àquelas que constituem as *condições prévias* da possibilidade de comunicação lingüística em que se trate de *verdade* ou *correção*. São válidas para qualquer discurso, seja

⁹² Cumpre, antes de mais nada, precisar o sentido em que Alexy emprega a expressão “forma de argumento”. Tomando por base o esquema de inferência valorativa de Toulmin, a locução *forma de argumento* “designa a estrutura da proposição (C) afirmada por um falante e das proposições aduzidas ou pressupostas para o apoio desta proposição (D y W)” (Alexy, 1997-a: 102). Para entender tal esquema, v. *infra*, (nota 94).

⁹³ Indicarei a seguir, entre parênteses, as regras particulares a que farei referência nos próximos parágrafos.

monológico ou dialógico, considerando-se fundamentais pelo caráter elementar nelas presente.

Compõem este catálogo: as *regras fundamentais da lógica*, em especial da lógica deôntica (regra 1.1); o princípio da *sinceridade* (1.2) – sem o qual “sequer seria impossível mentir, pois na ausência de uma regra que pressupõe a sinceridade, seria impossível a decepção” –; o princípio kantiano da *universalidade* (1.3) – base da teoria procedimentalista da argumentação prática –; e, finalmente, uma regra pragmática sobre o uso da linguagem, sem a qual o entendimento se torna impossível (1.4), tendo em vista o princípio lógico do terceiro excluído.

Quanto ao princípio da universalidade, Alexy faz referência a uma versão elaborada por Hare em vista da argumentação moral (1.3’), a qual é mais apropriada para a fundamentação de enunciados normativos.

3.4.2.2

Regras sobre a carga da argumentação

O discurso prático de Alexy é problematizável por qualquer dos afetados pelas decisões normativas levadas a cabo por meio dele (2.1). Este modelo argumentativo, ao pretender superar o regresso ao infinito decorrente de sucessivos questionamentos acerca das premissas utilizadas para fundamentar afirmações normativas, pressupõe um conjunto de regras técnicas destinadas a resolver a complicada questão da “extensão” e *da distribuição dos encargos* da argumentação ou da fundamentação.

Há quatro regras destinadas a cumprir esta função: a primeira delas (3.1) estabelece uma *presunção* a favor da *igualdade de tratamento*, que decorre de (1.3’) e (2); a segunda delas (3.2) é uma reprodução do *princípio da inércia* de Chaim Perelman, segundo o qual “uma norma que seja pressuposta como verdadeira ou como válida na comunidade dos falantes, mas não afirmada ou discutida expressamente, só pode ser questionada se se indica uma razão para tanto” (Alexy, 1997-a, p. 192).

As duas últimas regras tratam de (3.3) *evitar interferências desnecessárias no discurso* e (3.4) *determinar a extensão da regra nº 2* (a qual exige a justificação de todas as afirmações normativas utilizadas no discurso prático).

As regras que estabelecem cargas de argumentação desempenham uma tarefa especial também no que concerne à *argumentação jusfundamental*, que possui a peculiaridade da menor vinculação à lei ordinária, uma vez que as normas sobre direitos fundamentais, além de possuírem *status* constitucional, são em geral muito abstratas, abertas e ideologizadas (Alexy, 1997-b, p. 532). Neste domínio – onde se põe a necessidade de se estabelecer um sistema de prioridades *prima facie* entre direitos fundamentais, a fim de resolver as chamadas “colisões de direitos fundamentais” –, as regras sobre as cargas da argumentação criam “uma certa ordem no campo dos princípios” (Alexy, 1998-a, p. 19).

3.4.2.3.

As formas de argumento

As *formas* de argumento, que junto com as regras ou *standards* compõem o código da razão prática, dizem respeito à *estrutura dos argumentos* nos discursos de fundamentação. Em todos os discursos práticos, a tarefa da argumentação é justificar proposições normativas singulares (N). Para Alexy (1997-a, p. 193), há dois modos de levar a cabo essa empreitada: por um lado, pode-se “tomar como referência uma regra (R) pressuposta como válida”; por outro, pode-se referir às “conseqüências (F) de se seguir o imperativo implicado em (N)”⁹⁴.

⁹⁴ Ao estabelecer “formas de argumentos” para o discurso prático, Alexy busca sustentação na teoria da argumentação desenvolvida por Stephen E. Toulmin para o discurso ético geral. Para Toulmin, existiriam, ao lado das regras de inferência lógica, regras de inferência “específicas para argumentos éticos”, as quais permitiriam o passo de razões fáticas (G) a uma conclusão normativa (N) (que Toulmin denomina “conclusão valorativa”) (Alexy, 1997-a, p. 91-s). Para chegar a essas regras de inferência, tenta Toulmin estabelecer alguns critérios para o uso adequado da linguagem moral: fidelidade predicativa (*predictive reliability*), coerência (*coherence*) e conveniência (*convenience*).

Toulmin (2001, p.2) procura ainda fornecer critérios para avaliar e criticar os argumentos geralmente utilizados para resolver questões práticas, pois “nossa capacidade para compreender as respostas que temos” progrediu muito pouco desde Aristóteles, quando a ciência da lógica nasceu. Nesta toada, crítica substancialmente as tentativas de enxergar a lógica a partir de um modelo puramente matemático; para os juízos práticos, mais adequado seria um modelo científico-jurídico: “a lógica é jurisprudência generalizada. [...] as alegações que fazemos e os argumentos que usamos para «defendê-las», em contextos extralegais, são como as alegações que as partes apresentam nos tribunais. O paralelo entre a lógica e as práticas do direito tem a grande vantagem

No primeiro caso (justificar uma proposição normativa singular por meio de uma regra), parte-se do pressuposto de que as condições justificadoras – por exemplo, um enunciado de fato (T) – para a aplicação da regra (R) foram atendidas. No segundo – partindo-se das conseqüências como razões para (N) –, pressupõe-se, também, a existência de uma regra que expressa “que as conseqüências são obrigatórias ou boas” (Idem, p. 194). Há, assim, um relacionamento entre as duas formas de fundamentação de proposições concretas. Os dois modelos podem ser representados da seguinte maneira⁹⁵:

(4.1) T (enunciado de fato) <u>R (regra)</u> N (proposição normativa)	(4.2) F (conseqüências de N) <u>R (regra)</u> N (proposição normativa)
--	---

Ambos são “sub-fórmulas” da forma geral de justificação elaborada por Stephen E. Toulmin:

$$(4) \quad \begin{array}{c} G \\ \underline{R} \\ N \end{array}$$

Esse esquema de construção das afirmações normativas deixa sempre aberta a questão sobre a verdade de T (no caso de 4.1) ou sobre se F é realmente uma “conseqüência da ação posta em questão”. Pode haver um discurso de justificação

de por em evidência a *função crítica da razão*, visualizando as leis da lógica como *padrões de realização* por meio dos quais os argumentos podem ser julgados" (Idem, p. 11).

É nesse contexto que Toulmin estabelece o seguinte esquema de inferência para argumentos éticos e jurídicos:

$$\begin{array}{c} D \rightarrow C \\ \uparrow \\ W \\ \uparrow \\ B \end{array}$$

Neste esquema, (C) é uma pretensão (“claim”) que se fundamenta em um dado fático (D); (W) por sua vez é uma “garantia” que, substancialmente, pode ser designada como uma *regra de inferência* (“inference-licence”); (B), que designa a expressão “Backing”, destina-se a garantir (W) caso isso seja necessário, e corresponde a um novo dado (D’). A passagem de (B) a (W) pode, eventualmente, desencadear todo um processo semelhante; as passagens de (D) a (C) e de (B) a (W) encontram-se, portanto, em níveis de justificação diferentes.

⁹⁵ Nas palavras de Alexy (1997-a, p. 94) (comentando a teoria de Toulmin), a primeira forma (4.1) se justifica mediante a indicação de uma regra, ao passo que a segunda (4.2) o faz mediante a indicação de suas conseqüências. A primeira forma é deontológica; a segunda teleológica. Cabe ressaltar aqui a importância de (4.2) para o discurso prático, pois ela possui uma função crítica que serve ao desenvolvimento do sistema moral (ou jurídico), a qual se cumpre “mediante a adaptação do sistema moral às novas circunstâncias, almejando-se a meta de evitar o sofrimento indesejável”.

de R, através de uma nova regra (R') (Idem: 195). Resultam, doravante, as seguintes formas de argumentos “de segundo nível”⁹⁶:

$$(4.3) \quad \frac{F_r \text{ (conseqüências de R)} \quad (4.4) \quad T' \\ R' \text{ (regra de 2º nível)} \\ R}{R}$$

Em todos os casos de (4.1) a (4.4), subsiste a questão de saber *qual deve ser* a regra R, em função da qual o enunciado N será construído. Isso implica, assim, uma necessidade de ponderações e escolhas, as quais somente podem ser solucionadas se forem estabelecidas *regras de prioridade* (Idem: 196). Essas regras de prioridade estabelecem uma relação de *preferência* entre duas regras (ou duas possíveis interpretações de uma regra) (4.5), que pode, em certos casos, ser condicionada a determinadas hipóteses – expressas numa condição C (4.6). No caso de (4.6), há uma relação de *precedência condicionada*, ou seja, a regra R só irá prevalecer sobre a regra R_k quando estiver presente a condição C, enquanto que no caso de (4.5) a regra R prevalecerá sobre R_k independentemente de qualquer condição.

Caso não compreendamos bem as estruturas formais de construção argumentativa das proposições normativas, torna-se impossível fornecer uma solução racional para o problema da fundamentação dos enunciados normativos particulares. Isso se faz especialmente relevante (para o direito) nos casos onde a lei positiva não fornece de imediato uma solução dedutível logicamente, onde é maior a necessidade de argumentar.

Para o caso específico da argumentação jusfundamental (isto é, a espécie de argumentação jurídica referida à aplicação de direitos fundamentais), que ocorre no mais das vezes diante de colisões de princípios⁹⁷, é ainda mais necessário conhecer essas estruturas, pois é a partir dessas relações de *precedência*

⁹⁶ Em (4.4), T' é uma condição que não pode ser descrita como uma conseqüência de R.

⁹⁷ Trata-se aqui da conhecida distinção alexyana entre princípios (mandados de otimização) e regras (normas que só podem ser cumpridas ou não), exposta na *Teoria dos direitos fundamentais* (Alexy, 1997-b, p. 86-7). De acordo com esta perspectiva, colisões de princípios se solucionam através de *ponderações*, ao passo que conflitos de regras se resolvem ou pela invalidade de um das regras em questão, ou então se estabelecendo uma relação de especialidade em relação entre elas.

condicionada (4.6) que se resolverá o conflito normativo, através da “lei de colisão” (K)⁹⁸.

3.4.2.4

Regras de Fundamentação

As regras e formas anteriormente resumidas “deixam em aberto um amplíssimo campo de indeterminação”, de modo que se torna necessário estabelecer um quinto grupo de regras, que diz respeito à fundamentação por meio das formas anteriores (Atienza, 2000, p. 248).

Dois subgrupos de regras são enumerados por Alexy. O primeiro deles é composto por três variantes do princípio da universalidade: o princípio da *troca de papéis*, de Hare (5.1.1); o princípio habermasiano do *consenso* (5.1.2); e o princípio da *publicidade*, que Alexy atribui a Baier (5.1.3).

O segundo subgrupo é composto pelas regras (5.2.1), (5.2.2) e (5.2.3), que dizem respeito aos fatores históricos referidos a sua gênese individual e social, a fim de estabelecer uma relação mais imediata entre o discurso ideal e os dados de fato.

3.4.2.5

Regras de transição

O último grupo de regras do discurso prático geral possibilita ao orador recorrer a discursos de tipos diferenciados: o discurso empírico (6.1), o analítico (6.2) e o próprio discurso prático (6.3). As regras de transição são um mecanismo para que argumentos provenientes de diferentes tipos de discursos possam ser aproveitados no discurso prático.

⁹⁸ Para uma exposição detalhada da lei de colisão, ver Alexy (1997-b, p. 94), além do texto que segue no capítulo III, seção 3.3.2.3, subseção B.1, nº II, desta tese de doutoramento.

3.4.2.6

Limites do discurso prático e a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica

As regras e formas do discurso prático geral, tratadas acima, aumentam a possibilidade de se alcançar um acordo sobre questões práticas, mas não podem garantir que esse acordo alcançado seja definitivo e irrevogável. Alexy (1997-a, p. 201), apresenta três motivos para isso:

- as regras da razão (2.1)-(2.3) só podem ser cumpridas de maneira aproximada;
- nem todos os passos de argumentação estão determinados;
- todo discurso deve partir de concepções normativas historicamente dadas, e por isso mutáveis.

As regras do discurso servem para tornar algumas soluções *impossíveis* e outras *necessárias* mas, em certos casos, elas permitem que se *decida* acerca de duas hipóteses contraditórias. Por isso mesmo, elas não bastam para orientar a busca de respostas para problemas jurídicos, uma vez que o discurso jurídico se dá diante de um conjunto de circunstâncias especiais (limites institucionalizados) que demandam um grupo de regras próprias, a fim de diminuir a margem de insegurança (embora seja impossível eliminá-la) e aumentar a controlabilidade das decisões.

A solução de Alexy para os problemas epistemológicos que surgem na interpretação, desenvolvimento e aplicação do direito é considerar o discurso jurídico como um *caso especial* do discurso prático geral, que se caracteriza pela vinculação ao direito vigente. Nas disputas jurídicas nem tudo está exposto à discussão: há uma série de limitações que tornam a argumentação jurídica um tipo de discurso que exige a criação de certas regras próprias.

A tese do caso especial (*Sonderfallthese*), para Alexy (Idem, p. 38-9), poderia ser entendida em três sentidos diferentes:

- (a) no primeiro deles, poderíamos entender que a fundamentação jurídica só serviria para a legitimação secundária do resultado obtido por meio do discurso (tese da *secundariedade*);

- (b) no segundo deles (tese da *adição*), “a argumentação jurídica chega até um certo ponto em que já não são possíveis outros argumentos especificamente jurídicos”, onde tem que entrar em jogo a argumentação prática geral;
- (c) o terceiro sentido é o de que “o uso de argumentos especificamente jurídicos deve se unir, em todos os níveis, ao dos argumentos práticos gerais” (tese da *integração*). É nessa acepção que deve ser entendida a teoria de Alexy.

De acordo com esta última perspectiva, o discurso jurídico não expressa “somente uma variante especial do discurso prático que é necessária para colmatar racionalmente as lacunas do sistema jurídico”. Melhor entendido, ele é, em sua estrutura global, um elemento necessário da racionalidade discursiva realizada (Alexy, 1997-c, p. 315). O fundamento da especialidade da argumentação jurídica em relação ao discurso prático é a seguinte cadeia de argumentos:

- (1) (...) as discussões jurídicas se referem a *questões práticas*, quer dizer, a questões sobre o que se deve fazer ou omitir, ou o que se pode ser feito ou omitido, e (2) estas questões são discutidas desde o ponto de vista da *pretensão de correção*. Trata-se de um caso especial porque a discussão jurídica (3) tem lugar sob [certas] condições de *limitação* (Alexy, 1997-a, p. 206-7).

Não é problemática a aceitação da primeira premissa, isto é, de que as questões jurídicas são questões práticas, que orientam uma ação humana, ou seja, que dizem o que está proibido, permitido ou obrigatório. Mais difícil de aceitar é a *pretensão de correção* dos enunciados sustentados por meio de argumentos – típica do agir comunicativo, na perspectiva da teoria do discurso de Habermas. Para Alexy (Idem, p. 213), ela também está presente nos discursos jurídicos, com a diferença de que nele não se exige que as preposições normativas sejam apenas racionais, mas que possam ser racionalmente justificadas *no marco do ordenamento jurídico vigente*. A ausência desta pretensão de correção nas asserções e afirmações normativas (quaisquer delas) é algo inconcebível para a teoria do discurso, pois implicaria uma “contradição performativa” por parte do falante (v. *supra*, seção 2.2.1).

Tanto as decisões judiciais (e também todas as normas jurídicas individuais) quanto o “sistema jurídico em sua totalidade” possuem necessariamente uma pretensão de correção. Não seriam “sistemas jurídicos” se não a tivessem, e serão defeituosos quando, embora a tenham, não a satisfaçam (Alexy, 1998-c, p. 51).

Uma decisão judicial pretende, então, sempre aplicar corretamente o direito (Idem, p. 54).

A *tese do caso especial* decorre especificamente da terceira consideração, ou seja, do fato de que com as afirmações e decisões jurídicas não se pretende que estas sejam tão-somente corretas, mas que sejam corretas à luz do ordenamento jurídico vigente (Alexy, 1997-c, p. 314). O que é considerado correto num sistema jurídico “depende do que é autoritária ou institucionalmente fixado”, de modo que uma decisão não pode contradizer o autoritariamente estabelecido e deve ter uma coerência com todo o sistema: a argumentação jurídica está limitada pelos *statutes* (leis) e precedentes, devendo também observar o sistema elaborado pela dogmática (Alexy, 1999-b, p. 375).

A pretensão de correção⁹⁹ que se sustenta nas decisões judiciais abarca, conseqüentemente, dois aspectos (Alexy, 1997-c, p. 316): (a) que a decisão se fundamente corretamente *à luz do direito válido*, independentemente de como este tenha sido criado; e (b) que o direito válido seja *racional* ou *justo*.

Essa noção da pretensão de *correção jurídica* (a qual parece assumir um sentido mais específico do que a noção de *correção simpliciter*, que significa apenas a resgatabilidade discursiva em um discurso universalmente acessível) viabiliza que Alexy busque certas *regras e formas de argumentação específicas para o discurso jurídico*, que se destinam a estabelecer critérios para a justificação da *decisão jurídica*, e não mais para o discurso prático de modo geral. Para assegurar a racionalidade de uma decisão jurídica, não basta a obediência das

⁹⁹ A palavra *correção* na teoria do discurso racional de Robert Alexy possui um significado peculiar, coerente com a concepção de racionalidade comunicativa por ele adotada. Quando Alexy sustenta que sua teoria da argumentação funda-se em *regras procedimentais* destinadas a garantir a correção de enunciados práticos empregados nos discursos de fundamentação/justificação jurídica, não considera correto “qualquer resultado de uma comunicação lingüística, senão somente o resultado de um discurso racional” (Alexy, 1997-c, p. 292). Cabe às denominadas “regras da razão prática” alcançar essa correção. No bojo desse conceito de correção, incluem-se: (A) a “bondade dos argumentos”, a qual é garantida por regras como as “exigências de não-contradição (1.1), de universalização (1.3) [...], de clareza lingüístico-conceitual (6.2), de verdade empírica (6.1) etc”; e (B) a pressuposição de que “os participantes no discurso estão em princípio em condições de ter idéias ou possuir imaginação, e, assim, distinguir as boas das más razões em favor de enunciados substantivos”. A idéia de correção (de uma pretensão defendida numa situação comunicativa) compreende, portanto, todos os critérios de racionalidade imagináveis, tanto os que servem para avaliar a própria *bondade* ou *aceitabilidade* dos argumentos quanto aqueles outros que dizem respeito às *condições de participação discursiva* de cada indivíduo (2.1-2.3) (Idem, p. 292-3). É correto um enunciado que reúna todas as condições de se *justificar* à luz dos parâmetros fornecidos pelas regras da racionalidade.

regras e formas do discurso prático: é necessário também observar as regras e formas da argumentação jurídica.

Não iremos nesta tese de doutoramento revisar todas essas regras e formas, pois aqui queremos apenas uma teoria normativa dos *precedentes judiciais*. Quanto à argumentação por precedentes, Alexy propõe duas regras gerais (Alexy, 1997-a, p. 265):

(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 uma carga de argumentação.

Como se pode observar, Alexy se limita a invocar o princípio perelmaniano da inércia como diretiva geral para a argumentação por precedentes. Em Perelman, o princípio da inércia assume a seguinte forma:

Podemos presumir, até prova em contrário, que a atitude adotada anteriormente – ou opinião expressa, conduta preferida etc. – continuará no porvir, seja pelo desejo de coerência ou graças à força do hábito. (...) A inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual. (...) A mudança, pelo contrário, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, não pode ser revertida senão por razões suficientes (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 1970, p. 140).

É claro que o princípio da inércia é uma valiosa regra pragmática de argumentação que decorre do próprio dever de motivação/fundamentação, além de encontrar fundamento nas idéias de universalidade, impessoalidade e igualdade de tratamento. É, portanto, um elemento vital do princípio da justiça formal.

No entanto, é insuficiente para vindicar uma teoria satisfatória do precedente judicial, pois esta tem de lidar com uma gama de questões muito mais ampla, que permanece sem resposta, como, por exemplo, (1) o tema da interpretação dos precedentes – em especial o problema da determinação da *ratio decidendi* e do valor dos *obiter dicta* encontrados em cada decisão judicial –, (2) a questão de se determinar a *força* do precedente judicial e o peso dos argumentos necessários para modificá-lo, (3) a forma, o fundamento e os limites da extensão de uma regra jurisprudencial por analogia, (4) os critérios para o *distinguishing* e a redução teleológica de precedentes judiciais e um amplo universo de questões secundárias – mas extremamente importantes para o jurista prático – que surgem na aplicação prática de precedentes judiciais.

Por isso, urge ir além – diríamos até: bem mais além – da teoria da argumentação jurídica de Alexy, embora se possa para isso confiar nos resultados que ela consegue alcançar. Tentaremos, a seguir, caminhar nesse sentido, levando adiante o projeto alexyano de racionalizar a prática jurídica de modo geral e buscando estabelecer novas regras para a argumentação com precedentes judiciais. Antes de ir adiante, porém, analisaremos as críticas de Habermas e Günther à tese do caso especial e exporemos a distinção que Günther estabelece entre discursos de justificação e discursos de aplicação, pois – embora não iremos adotar os argumentos desferidos contra a tese do caso especial – essa última distinção pode ser um bom fio condutor para o desenvolvimento de uma teoria da argumentação com precedentes judiciais, na medida em que ela – ao contrário do que parece – não é contraditória às teses fundamentais da teoria de Robert Alexy, que tomei como ponto de partida.

3.4.3

O direito como “Discurso de Aplicação”: a contribuição de Klaus Günther

O modelo de coerência para a teoria da argumentação no direito e na moral proposto por Klaus Günther, se combinado com a teoria da argumentação jurídica de Alexy (com as ressalvas necessárias), pode fornecer a base para uma teoria adequada do precedente judicial. Vejamos antes, porém, as críticas de Günther à tese do caso especial.

3.4.3.1

A crítica à tese do caso especial (TCE) e a diferença entre justificação e aplicação

Antes de introduzir a principal inovação metodológica da teoria de Günther, a diferença entre “justificação” e “aplicação”, cumpre comentar a crítica que este autor formula à tese do caso especial de Robert Alexy, que constitui um dos seus

pontos de partida para considerar o discurso jurídico não como um caso especial de discurso prático, mas como um caso especial de *discurso de aplicação*. Para Günther há uma diferença fundamental entre normas morais e jurídicas, tida como “óbvia”: “normas morais pretendem ser válidas para todos os afetados por elas; sua pretensão é universalista no sentido de ela dever ser aceita por todos com base em uma deliberação racional. Normas jurídicas não pretendem ser válidas para todos, mas apenas para os membros de uma comunidade jurídica concreta” (Günther, 1993-a, p. 146). A tese de Alexy segundo a qual o discurso jurídico seria um caso especial de discurso prático – sendo que a diferença seria apenas que o primeiro está submetido a certos limites institucionais (*institutional constraints*) – é veementemente rejeitada na medida em que os discursos jurídicos são tidos como *qualitativamente diferentes* dos morais.

Há uma diferença fundamental entre os dois autores no próprio conceito de “correção”. Em Günther, a pretensão de correção é considerada uma pretensão de validade que é sustentada em atos de fala regulativos e que “*somente* pode ser substanciada pelo princípio da universalizabilidade em um discurso prático”. Na argumentação moral, essa universalizabilidade “não é uma regra discursiva entre outras, mas *a regra central* da argumentação moral” (Idem, p. 152). A argumentação jurídica, por outro lado, “sempre se refere a uma norma que já é [considerada] juridicamente válida, i. e., cuja validade jurídica não pode ser posta em questão no raciocínio jurídico” (Ibidem).

A noção de *correção* difere fundamentalmente em seu sentido quando é empregada no discurso prático e no discurso jurídico. No discurso prático, *correção* significa “aceitabilidade racional, aceitabilidade apoiada por bons argumentos” (Habermas, 2005-a, p. 298). No discurso jurídico, de acordo com o próprio Alexy, há “*dois aspectos diferentes* da pretensão de correção”: um que se refere à “correção da decisão *no marco da ordem jurídica válida*” e outro que se refere à “racionalidade ou justiça do direito positivo” (Günther, 1993-a, p. 153)¹⁰⁰. Na argumentação jurídica, os participantes estão obrigados a obedecer às normas válidas, e não apenas às que puderem ser universalmente justificadas por meio de um discurso racional:

¹⁰⁰ Ver sura, neste capítulo, seções 2.2.1 e 2.4.2.6.

A validade jurídica tem uma dupla função. Ela estabelece certas normas como válidas, que expressam os traços característicos de uma comunidade jurídica. E ela fixa algo como um ‘marco’ ou ‘divisor’ nas razões jurídicas, que torna obrigatório para os participantes de procedimentos institucionalizados de aplicação do direito levá-las em consideração (Idem, p. 154).

Portanto, para Günther, mais correto do que classificar o discurso jurídico como uma espécie de “discurso prático” seria considerá-lo como um *discurso de aplicação*, cujo objeto não é resolver problemas de justificação da validade de normas, mas as questões que surgem no momento de sua aplicação imparcial:

Se for introduzido um segundo tipo de discurso prático, o discurso de aplicação, que é governado pelo princípio da adequação (*appropriateness*), é mais fácil explicar a diferença entre esses dois aspectos [indicados por Alexy] da pretensão de correção e pode-se evitar uma mistura obscura. A caracterização do raciocínio jurídico como uma prática que busca decisões que são corretas no marco de uma ordem jurídica válida se amolda com muito mais facilidade à concepção de um discurso de aplicação. *A pretensão de correção, que é sustentada no raciocínio jurídico, seria então uma pretensão de adequação jurídica (a claim to legal appropriateness)* (Idem, p. 153).

Mais plausível, portanto, seria conceber o discurso jurídico como um caso especial de *discurso de aplicação* de normas. Vejamos quais são as notas características desse tipo de discurso.

Diferentemente de Alexy, que distingue entre regras e princípios, para Günther “não pode haver dúvidas acerca do fato de que uma norma não pode existir sem apresentar uma referência, por mais tênue que seja, a situações concretas”, de modo que “toda norma moral se caracteriza por ser «impregnada de caso» (*case-impregnated*)” (Günther, 1993-b, p. 15). Todas as normas teriam a mesma estrutura hipotético-condicional, o mesmo código binário – retratado na formulação condicional do tipo *se, então* – e, portanto, as mesmas propriedades lógicas e deontológicas.

O que haveria, na realidade, não seria normas que possuem uma estrutura diferente ou um caráter *prima facie* mais ou menos acentuado – de um lado os *princípios*, mandados de otimização, de outro as *regras*, mandados definitivos – mas diferentes *situações de aplicação* das mesmas normas. Para Günther, o melhor seria falar em diferentes *comportamentos de colisão*, de modo que a distinção entre regras e princípios diz respeito menos à estrutura das normas do

que à sua aplicação em situações concretas, nas quais a aplicação imparcial de normas demanda a consideração de todos os sinais característicos (Idem, p. 214).

Ao invés de dizer “há normas do tipo *regra*” e “há normas do tipo *princípio*”, sendo que os conflitos entre as primeiras são resolvidos na dimensão da validade – que é invariável – e as colisões entre os últimos são resolvidas na dimensão de peso – que é gradual – Günther prefere concluir que, no primeiro caso, há um *comportamento colisivo* na dimensão da *fundamentação* da validade das normas jurídicas – ou, como diz Günther, há uma “colisão interna” – ao passo que no segundo há um *comportamento colisivo* na dimensão da *aplicação* das normas, consideradas todas as características do caso concreto – ou, simplesmente, uma “colisão externa” (Günther, 1995, p. 281, nota 12).

Subjaz a essa idéia a distinção entre discursos de *justificação* e de *aplicação* de normas morais e jurídicas. No primeiro caso – discursos de justificação – está em jogo o reconhecimento da *validade* de cada norma, de modo que o discurso se volta para a generalizabilidade e universalizabilidade das normas em questão. Um discurso de justificação em que se verifique uma *colisão* diz respeito a normas que não podem ser generalizadas ao mesmo tempo, ou seja, que simplesmente não podem subsistir no mesmo sistema e simultaneamente (Idem, p. 273).

No segundo caso – discurso de aplicação – não há qualquer disputa acerca da validade ou pertinência de uma norma a um dado sistema de referências, mas a *aplicação imparcial* dessas mesmas normas a uma dada situação concreta, consideradas todas as circunstâncias e características do caso.

Günther reconhece, desde o início, a impossibilidade de existir uma “norma perfeita” capaz de prever, abstratamente, todas as suas hipóteses de aplicação, de sorte que o discurso de justificação das normas em geral se processa mediante certas condições de limitação decorrentes da incapacidade geral de se prever – de antemão – todas as situações em que a norma deverá ser aplicada e, eventualmente, excepcionada. Por conseguinte, remete-se para um momento posterior – o da atual aplicação da norma às hipóteses abstratamente reguladas por ela – o debate sobre a sua *adequação* ao contexto fático e jurídico sobre o qual vai incidir.

A partir dessa diferenciação entre *discursos de justificação* (“cujo conteúdo é a justificação de uma norma geral de ação”, i. e., um juízo sobre sua *validade*) (Günther, 1993-b, p. 27) e de *aplicação* (cujo objeto é a “pertinência da *aplicação*

de uma norma geral a um caso particular”) (Günther, 1995, p. 273), Günther distingue duas versões diferentes do princípio “U” de Habermas, que podem ser testadas como possíveis regras de argumentação prática.

Em uma versão “forte” ou “rigorosa”, o princípio “U” assumiria a seguinte configuração:

U^{strong}: Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente (Günther, 2004, p. 65)

Como o próprio Günther reconhece, essa versão de “U” peca porque opera com uma condição idealizante que intuitivamente nós não podemos aceitar: a condição de que nós possamos “*antecipar* todas as situações em que a norma será aplicável”. “Somente se o nosso conhecimento incluísse todos os casos de aplicação de uma norma nós poderíamos combinar o juízo sobre a validade de uma norma com o juízo sobre sua aplicação” (Günther, 1993-b, p. 34).

Mais plausível se revela, portanto, a versão frágil de U:

U^{weak}: Uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente (Günther, 2004, p. 67).

Essa versão “frágil” do princípio da universalidade habermasiana tem a peculiar característica de inserir em “U” as variáveis do *momento atual* e do *estágio de conhecimento* em que se processa o discurso de justificação das normas em geral. Noutros termos, “só serão consideradas [na justificação da validade das normas] as conseqüências e os efeitos colaterais [da sua aceitação] que *previsivelmente* resultarem da observância geral da norma. Com isso, ‘U’ ostenta uma característica que faz com que sua aplicação fique condicionada ao estado do conhecimento presente no momento” (Günther, 1993-b, p. 35).

Como expressamente salienta Günther (Idem, p. 36), nessa “versão mais fraca de ‘U’”, abandonamos, por antecipação, a pretensão de saber exatamente, para cada situação na qual uma norma seja aplicável, quais as características situacionais que seriam relevantes para os interesses de todos os afetados”, de

modo que o discurso sobre a justificação das normas em geral encerra-se com as informações que estiverem disponíveis no momento do seu reconhecimento.

Deixa-se para um momento posterior – para os discursos de aplicação – a tarefa de determinar exatamente cada uma das situações em que as normas válidas devem ser aplicadas, de acordo com o contexto temporal e cognitivo da aplicação dessas normas.

Para Günther, o discurso jurídico teria em comum com o discurso prático *não* os problemas de justificação de suas normas por meio do reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade reguladas por “U^{weak}”, mas os problemas de aplicação que surgem em determinados contextos concretos.

Como já adiantamos, a justificação de uma norma só leva em conta os contextos que puderem ser previstos antecipadamente pelos participantes com base em suas experiências históricas. Somente a *aplicação imparcial* nos põe em uma posição para relacionar uma norma universalmente justificada com os contextos estendidos e modificados que podem surgir em um momento posterior (Idem, p. 69):

Variações no contexto nos compelem a interpretar situações novamente, e nós podemos então considerar novos interesses até então imprevistos. (...) Novas interpretações da situação então forçam reformas, modificações e revisões nesse conteúdo normativo – com a consequência de que a norma modificada de tal maneira tem de ser novamente checada para saber se, à luz dos contextos correntemente conhecidos, ela pode ser aceita por todos sob a base de razões (Idem, p. 70).

Enquanto os discursos de *justificação* (que têm lugar na argumentação prática, não na jurídica) tratam de uma justificação independente da situação (*situation-independent justification*), os discursos de *aplicação* são discursos que se referem à sua adequação prática (*appropriateness*), em uma argumentação que seja compatível com “todos os outros aspectos normativos da situação” (Idem, p. 203). Trata-se de um contexto de consideração “de todas as circunstâncias”, fáticas e normativas, que podem ser relevantes para a aplicação imparcial da norma ao caso concreto (Idem, p. 205). Todas as normas possuem, portanto, um certo caráter *prima facie*, i. e. uma cláusula *ceteris paribus* que deve se avaliada detalhadamente a cada nova situação de aplicação:

Podemos dizer então que a validade de uma norma sempre se refere apenas ao consenso universal sobre sua aplicabilidade diante de *circunstâncias não modificadas*. A premissa implícita que adotamos com essa cláusula *ceteris paribus* nos discursos de justificação desempenha os seus verdadeiros efeitos nos discursos de aplicação. Nos discursos de justificação, ela serve ao propósito de artificialmente excluir a consideração de situações de aplicação diferentes [não previstas]. Nós não iremos saber se as situações de aplicação serão as mesmas que foram assumidas na justificação da norma até nós tivermos considerado todas as características da situação em que ela será aplicada, ou seja, até que nós tenhamos conduzido um discurso de aplicação (Idem, p. 211).

As normas morais e jurídicas possuem, portanto, uma *indeterminação pragmática* – ou seja, uma indeterminação que “resulta do *uso* de normas em atos de fala concretos” – que tem origem no “fato de que nós não podemos inferir da validade de uma norma a adequação de sua aplicação para todas as situações” (Günther, 1989-a, p. 439-40). Essa indeterminação pragmática somente pode ser saneada por meio da consideração não apenas de *uma* regra a ser aplicada, mas – pelo contrário – “de acordo com as possíveis alternativas e aos aspectos situacionais da ação que levam à aplicação de regras conflitantes” (Günther, 1989-b, p. 159).

Através de discursos de aplicação em que se examinam detalhadamente *todas* as circunstâncias que podem ativar a cláusula *ceteris paribus* presumida em cada uma das normas válidas e potencialmente incidentes sobre um caso, pode-se evitar que, pela via da aplicação “seletiva” de normas válidas se possa agir de modo reprovável tanto moral quanto juridicamente. Com efeito, “pode-se usar normas moralmente válidas para finalidades más. Se a descrição de um caso concreto é incompleta, em relação a outras razões morais relevantes, então é muito fácil esconder os maus propósitos que alguém esconde por detrás da aplicação de uma razão moral” (Günther, 1993-a, p. 150). Revisitando um exemplo clássico na história da moralidade, “pode-se simplesmente ignorar que o fato de a polícia estar perseguindo um homem inocente é brutal (...), de modo que uma pessoa inocente possa ser morta por nada. Desse modo, concentra-se em somente um dos problemas morais em questão no caso concreto: ‘É correto contar uma mentira?’” (Idem, p. 151). Em casos como esse, somente é possível superar a seletividade na aplicação de normas morais através da “descrição completa do caso concreto”, que deve ser feita de acordo com dois princípios de adequação propostos por Günther: (1) “a justificação de uma proposição normativa singular exige a completa descrição do caso concreto em relação a todas as razões morais

que forem relevantes”; e (2) “a justificação de uma proposição normativa singular exige uma interpretação coerente dessas razões moralmente válidas que são direta ou indiretamente relevantes para o caso concreto”. Para Günther, “o primeiro princípio se refere ao caso da aplicação seletiva, o segundo ao caso da aplicação rigorosa” (Ibidem).

3.4.3.2

A réplica à crítica à TCE e a interpolação entre os discursos de justificação e de aplicação

Uma das principais linhas que Alexy utiliza para rebater as críticas à sua tese do caso especial (TCE) está no problema da interpretação do próprio conceito de “discurso prático geral”. Quando Günther e, mais recentemente, Habermas (2005-a) interpretam a expressão “discurso prático geral” como equivalente a “discurso moral”, a tese do caso especial pode de fato ser tida como equivocada (Alexy, 1999-b, p. 377): “é bastante óbvio que a argumentação jurídica está aberta não apenas a razões morais, mas também a razões ético-políticas e pragmáticas no sentido que Habermas as define” (Ibidem). As primeiras (razões ético-políticas) dizem respeito ao nosso “auto-entendimento coletivo involucrado em nossas tradições e valorações fortes”, ao passo que as últimas (pragmáticas) “à adequação dos meios para realizar certos fins bem como à ponderação de interesses e compromissos” (Ibidem).

Não obstante, Alexy entende que a TCE resulta inabalada porque o conceito de “discurso prático geral” não pode ser entendido da forma tão restrita como fazem Habermas e Günther:

A tese de Habermas de que os discursos jurídicos não deveriam ser considerados uma subespécie ou subconjunto (*subset*) de argumentação *moral*, no sentido em que ele compreende esse último tipo de argumentação, é evidentemente verdadeira. Mas isso não desmonta a tese do caso especial. (...) Um discurso prático geral não é a mesma coisa que um discurso moral no sentido de Habermas. É um discurso em que questões morais, éticas e pragmáticas estão conectadas. Os discursos práticos gerais diferem dos discursos jurídicos por não serem dependentes de razões institucionais. Para a argumentação jurídica razões como enunciados legislativos e precedentes são constitutivas; para o discurso prático geral elas não são (Idem, p. 378).

Tanto o discurso *jurídico* como o discurso *moral* seriam, portanto, “casos especiais” de discurso prático. A especialidade do discurso moral, ao que parece, reside em uma prioridade *absoluta* do justo sobre o bom, ou seja, na eleição do princípio da universalizabilidade como um parâmetro absoluto e imponderável para testar a aceitabilidade das pretensões de validade normativa contidas nos atos de fala dos participantes em uma prática argumentativa. A especialidade do discurso jurídico, por outro lado, reside no caráter institucionalizado do processo de argumentação. No discurso jurídico, há uma *integração* de argumentos práticos gerais e argumentos especificamente jurídicos através de procedimentos institucionalizados de argumentação racional, de forma a otimizar a idéia de “unidade da razão prática”. De acordo com essa idéia, “o sistema jurídico do estado constitucional democrático é uma tentativa de institucionalizar a razão prática”. Nesse ambiente democrático, razão prática “justifica a existência do sistema jurídico enquanto tal” (Idem, p. 383), e os argumentos práticos permeiam o direito positivo e valem como razões no discurso jurídico propriamente dito, seja em questões de interpretação de normas gerais ou na aplicação prática dessas normas a situações concretas. Como explica o próprio Alexy:

Argumentos práticos gerais têm de transitar por todas as instituições para não cortar as raízes dessas instituições na razão prática (*“general practical arguments have to float through all institutions if the roots of these institutions in practical reason shall not be cut off”*). Argumentos práticos gerais são argumentos não-institucionais. Argumentos não-institucionais transitando por instituições podem ser involucrados, integrados e especificados tanto quanto se queira, mas desde que eles retenham o que é essencial para esse tipo de argumento: o seu caráter livre e não-institucional. Essa não é a única razão para a tese do caso especial, mas talvez seja a principal (Idem, p. 384).

Ademais, além de adotar um conceito excessivamente restritivo de “discurso prático geral” – um conceito que faria com que a moralidade fosse o *único* objeto desse tipo de discurso –, a teoria de Günther permanece excessivamente próxima de um positivismo jurídico que hoje em dia se mostra inaceitável à luz do argumento da injustiça, que tivemos oportunidade de analisar acima (*supra*, seções 2.2.2 e 2.2.3). Como explica Dwars, para Günther o princípio da universalizabilidade não pode governar o raciocínio jurídico “porque a validade das normas (jurídicas) não é testada ou estabelecida, mas pressuposta”:

“a questão da validade não constitui objeto da argumentação jurídica” (Dwars, 1992, p. 71).

Argumenta Dwars que Günther confunde duas concepções distintas de “validade”: de um lado, a *validade jurídica*, ou seja, a validade de acordo com os critérios de um sistema jurídico (como, v.g., a regra de reconhecimento hartiana); de outro, a *validade discursiva*, ou seja, a aceitabilidade racional à luz do princípio da universalizabilidade (Ibidem). Ambas as noções de “validade” são teoricamente independentes uma da outra: “a validade jurídica não é necessariamente uma garantia de que a norma seja discursivamente válida” e, conversamente, “a validade discursiva também não é uma condição necessária, ou mesmo suficiente, para a validade jurídica” (Idem, p. 72).

Acontece que na argumentação jurídica, pelo menos à luz da leitura pós-positivista que nós adotamos nessa tese de doutoramento, o juiz não simplesmente toma uma decisão que não é nada além de uma aplicação neutra de determinada regra jurídica. “Ele tenta demonstrar também que sua decisão é aceitável de um ponto de vista mais geral. A exigência de uma fundamentação racional com referência a regras gerais e juridicamente válidas é a expressão do princípio da segurança jurídica (da justiça formal, da previsibilidade), que tenta impedir que os juízes adotem juízos puramente morais e subjetivos como decisões jurídicas. *Os casos em que a justiça formal e a justiça material colidem demonstram que a validade jurídica e a segurança jurídica não são os únicos aspectos determinantes no raciocínio jurídico, e que eles nem sempre são os aspectos decisivos*” (Idem, p. 73). Exemplos de casos em que se deve decidir *contra legem* ou, como nos interessa especificamente nesta tese, romper uma linha sólida de precedentes com fundamento em razões morais são muito mais freqüentes do que se imagina e constituem bons exemplos de que também nos discursos jurídicos penetram argumentos práticos que necessitam ser ponderados com as razões de segurança jurídica produzidas por critérios intra-sistemáticos de validade.

A tese de Günther de que no direito haveria lugar apenas para “discursos de aplicação” – tese essa que, justiça seja feita, encontra certa resistência também em Habermas (2005-a, p. 305) – peca por um resíduo positivista que faz com que a balança entre facticidade e validade, entre “o princípio da segurança jurídica e a pretensão de estar ditando decisões corretas” (Idem, p. 266), penda apenas para

um lado. Ela nega qualquer valor ao argumento da injustiça, e por isso deve ser rejeitada.

Por derradeiro, a própria distinção entre *discursos* de justificação e de *discursos* aplicação pode ser posta em cheque. Mesmo reconhecendo, como se deve fazer, a razoabilidade da distinção teórica entre os conceitos de *justificação* – reconhecimento/fundamentação da *validade* de uma norma – e aplicação – sua utilização adequada, com referência a uma situação concreta –, ou seja, mesmo admitindo a diferenciação analítica desses dois conceitos, daí não se pode inferir que o *discurso jurídico* possa prescindir de algum desses dois momentos, ou, como quer Günther, que a atividade central dos juristas volta-se para os “discursos de aplicação”, e não para os de “justificação”.

Pelo contrário, um exemplo utilizado pelo próprio Günther, mas retomado por Alexy (1993), desmente essa hipótese; com efeito, imaginemos que uma norma N^1 , segundo a qual “deve-se cumprir as promessas que se tenha feito a um amigo”, e outra norma N^2 , que estabelece o “dever de ajudar pessoas doentes que necessitem de assistência”, entrem em conflito em um caso concreto: eu prometo a Smith eu irei à sua festa, mas Jones, caído doente, me pede para lhe prestar assistência.

Em um caso como esse, são necessárias “novas interpretações” das situações factuais, que levam à “mudança, modificação ou revisão” do conteúdo semântico das normas em questão (Alexy, 1993, p. 163).

Para que seja possível uma aplicação adequada (coerente) do sistema normativo, é necessário, como salienta Alexy, *modificar* uma das normas, que, em tese, poderia ser utilizada para a solução do caso (Ibidem); no exemplo, pode-se estabelecer a norma N^1_k , cujo conteúdo seria: “alguém que tenha prometido fazer uma coisa tem a obrigação de fazê-la, exceto se, posteriormente, descobrir que um amigo em dificuldades necessita de ajuda ao mesmo tempo” (Idem, p. 164).

No entanto, ao examinarmos com precisão, veremos que N^1_k revela um “conteúdo normativo adicional em relação a N^1 e N^2 ”. Como se vê, para a aplicação adequada de N^1 , com referência a N^2 , é necessário criar uma *nova norma concreta* (N^1_k), a qual, também, necessita ser *justificada*; portanto, ao contrário do que diz Günther, os discursos de aplicação necessariamente incluem, também, discursos de justificação (Idem, p. 165).

Sintetizando esse raciocínio, “o fato de qualquer discurso de aplicação necessariamente incluir um discurso de justificação, do qual o resultado do primeiro dependa, proíbe contrapor discursos de aplicação e discursos de justificação, como duas formas distintas de discurso” (Idem, p. 169).

Por outro lado, mesmo na aplicação de *normas isoladas* (fora dos conflitos como os narrados acima), antes dos discursos de justificação de normas jurídicas – ou seja, do resgate discursivo da validade dessas normas – não é correto dizer que existam normas em sentido próprio, mas meras expectativas normativas geradas pelos textos jurídicos ainda carentes de interpretação. Assim, se o debate jurídico fosse reduzido aos discursos de aplicação de normas jurídicas válidas, como quer Günther, seriam negligenciados tanto os processos de interpretação das normas escritas em geral quanto a questão da análise da própria constitucionalidade de cada enunciado normativo particular, pois essas questões acabariam sendo jogadas *para fora* do “discurso jurídico”.

É provável, portanto, que as “diferenças de comportamento” das normas jurídicas a que se refere Günther – quando fala em “colisões internas” e “colisões externas” – sejam na verdade “diferentes interpretações” do mesmo texto, e não “diferentes aplicações” da mesma norma.

3.4.4

Os conceitos semânticos de “norma” e “interpretação” e os problemas de justificação e aplicação

A conclusão a que chegamos no último parágrafo da seção anterior traz à tona dois temas que serão importantes para a teoria dos precedentes judiciais que intentamos construir: os conceitos de “norma” e “interpretação jurídica”. Como veremos, em Alexy há uma opção clara pelas concepções semânticas para as duas noções, ao passo que em Günther é relativamente difícil identificar um conceito claro de norma jurídica. Vejamos.

3.4.4.1

O conceito semântico de “norma”

Tomemos como ponto de partida o fato do *caráter lingüisticamente dependente das normas jurídicas* (CLDN). O direito não é somente linguagem, mas “não pode deixar de ter uma linguagem mediante a qual é formulado; uma linguagem como meio de expressão necessário, como meio necessário da sua possibilidade de conhecimento e comunicação” (Mazzarese, 1998, p. 81). A existência das normas jurídicas é *dependente* da linguagem (Moreso, 2000, p. 105; Von Wright, 1970, p. 109-s)¹⁰¹.

Há portanto uma conexão incidível entre norma e linguagem. Como a semiótica há muito já nos ensinou, a linguagem pode ser analisada sob os enfoques *sintático* (que trata das relações entre os signos lingüísticos), *semântico* (que estuda as relações entre os signos e seus sentidos) e *pragmático* (que estuda a relação entre os signos e os usos que os seus manipuladores deles fazem). Portanto, como lembra Moreso, diferentes concepções de norma vão surgir dependendo do enfoque que se privilegie. De fato, as concepções de “norma jurídica” mais encontradas podem ser agrupadas da seguinte forma (Moreso, 2000, p. 106-7):

- a) concepções *sintáticas* ou formalistas: as normas jurídicas correspondem às *formulações normativas* (ou, como preferimos, aos *enunciados* normativos) promulgadas pelo legislador¹⁰²;
- b) concepções *semânticas*: “da mesma forma que as proposições são o sentido dos enunciados assertivos (suscetíveis de verdade e falsidade), as normas são o *sentido* das formulações normativas”¹⁰³;
- c) concepções *pragmáticas*: a linguagem é analisada como ferramenta ou instrumento com o qual se podem fazer coisas. Distinguem-se os *enunciados* e a

¹⁰¹ Indo um pouco mais além, pode-se afirmar o denominado *princípio da expressabilidade*, de John R. Searle (1970, p. 20), segundo o qual tudo o que pode ser pensado pode ser dito.

¹⁰² Um exemplo de concepção formalista acerca das normas jurídicas é a teoria de Alchourrón e Bulygin (2002).

¹⁰³ Como veremos, as teorias mais difundidas sobre o conceito de norma jurídica adotam essa concepção, valendo aqui mencionar, como seus defensores, Kelsen (1998-a), Alexy (1997-b), Guastini (1996-c) e Tarello (1994). Para esse último, “O intérprete revela, decide, ou propõe o significado a ser atribuído a um documento (...) cujo significado não é pré-constituído em relação à atividade interpretativa; ao contrário, é o seu resultado” (Idem, p. 23).

sua *força ilocucionária* (Austin, 1975), sendo que “a força reside naquilo que conseguimos fazer com um enunciado, não aquilo que significamos com ele” (Moreso, 2000, p. 106)¹⁰⁴.

Há, pelo menos desde Hans Kelsen, nítida predominância das concepções semânticas, que definem a norma como o sentido, ou o conteúdo, de um dever-ser institucionalizado. Nas palavras do próprio Kelsen (1998-a, p. 6), “norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”.

Prescindindo-se dos elementos mentais (vontade, ato de vontade), há uma relação estreita entre o conceito de norma de Kelsen e o conceito semântico contemporaneamente adotado por Alexy (1997-b, p. 50) e acatado neste trabalho¹⁰⁵. Este último, de maneira muito semelhante ao primeiro, apresenta uma distinção entre *norma* e *enunciado normativo*. Uma norma é o que está ordenado, proibido ou permitido, ao passo que um enunciado normativo é a expressão verbal de uma norma. Nos termos de Alexy (Idem, p. 51), “uma norma é o significado de um enunciado normativo”, “é aquilo que um enunciado normativo expressa” (Idem, p. 177). Para sintetizar, complementa ainda Ávila (2003, p. 22): “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”.

Nesta perspectiva, os textos legais (ou enunciados normativos) “constituem uma mera possibilidade de direito”, pois a sua transformação em normas jurídicas “depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete” (Idem, p. 16). Normas não são, portanto, a matéria bruta do raciocínio jurídico, pois sua formulação depende da inteligência de um (ou mais de um) determinado

¹⁰⁴ A teoria de Joseph Raz (1978, p. 128-s) parece um bom exemplo desse enfoque pragmático; com efeito, como destacam Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin (2000, p. 143), Raz “qualifica as razões para a ação como o ‘conceito chave’ para a explicação das normas em geral”.

¹⁰⁵ A preferência por uma concepção semântica de norma jurídica (e, como veremos, também de “interpretação”) não implica, porém, negligência no tratamento das dimensões sintática e pragmática da linguagem utilizada no discurso jurídico-argumentativo. A dimensão sintática permanece especialmente relevante para a *análise estrutural* do sistema jurídico, em especial para as relações entre as normas que o compõem e para a justificação *interna* das decisões jurídicas. A dimensão pragmática, por seu turno, é relevante para o que Günther denomina “discursos de aplicação”, ou seja, para a adaptação das normas ao contexto fático e normativo em que elas são aplicadas. Essas duas dimensões, porém, de certa forma dependem da dimensão semântica. Somente se podem estabelecer relações estruturais entre normas jurídicas se o seu conteúdo estiver determinado. Somente se pode adequar uma norma à realidade depois que essa norma já teve o seu conteúdo concretizado por meio de um discurso de justificação.

enunciado estabelecido pelo legislador, por meio de um processo mental de interpretação ou adscrição de sentido, do qual passaremos a tratar.

3.4.4.2

O conceito semântico de *interpretação*

A palavra *interpretação*, quando aparece na linguagem jurídica, é utilizada tanto para se referir a uma *atividade* mental dos aplicadores do direito – designada pelo verbo “interpretar” – quanto ao *produto* ou o *resultado* dessa atividade (Tarello, 1980, p. 39). Quando se diz: “o artigo X da Constituição necessita de interpretação cuidadosa” ou “a interpretação dada pelo tribunal ao artigo X da Constituição é demasiado restritiva”, o termo “interpretação” possui referenciais diferentes.

Pode-se afirmar, com Tarello (Idem, p. 42), que as teorias *descritivas* da interpretação fazem referência à última concepção (interpretação como *produto* de um processo mental de determinação de sentido), ao passo que as teorias *normativas* ligam-se dianteiramente à primeira (interpretação como a *atividade* realizada pelos juristas ao estabelecer o sentido dos enunciados normativos em geral). Como, nesta tese de doutoramento, optamos por uma teoria prescritiva (ou, como dizíamos, normativa) acerca da argumentação com precedentes na aplicação do direito, é natural que voltemos nossa atenção para a *interpretação-atividade*, ou seja, que pretendamos construir uma teoria voltada para o futuro, a fim de fornecer um modelo prático de ação, estabelecendo “diretivas de interpretação que sejam *os critérios de correção* de uma decisão interpretativa” (Wróblewski, 1992, p. 89), e não uma teoria orientada à mera descrição dos fenômenos interpretativos, e, portanto, adstrita ao estudo sociológico dos efeitos das decisões jurídicas em geral.

No entanto, mesmo no campo da interpretação-atividade, verifica-se ainda uma indesejável dose de indeterminação semântica, pois a locução “atividade interpretativa” pode variar sensivelmente também em extensão. Nesse sentido, Wróblewski (Idem, p. 87-8) explicita três sentidos possíveis para a interpretação jurídica:

a) em um sentido *muito amplo*, que corresponde às concepções *hermenêuticas* sobre o processo interpretativo, interpretação significa “a compreensão de

qualquer objeto cultural” (Wróblewski, 1989, p. 268; 1992, p. 87), indo muito além da mera adscrição de sentido a objetos lingüísticos; nessa acepção, pode-se falar, por exemplo, em interpretação de obras artísticas, como a música e a pintura;

b) em um segundo sentido, também chamado de *amplo* por Wróblewski (1992, p. 87), a palavra interpretação é usada “com referência a qualquer língua falada ou qualquer texto lingüístico”, significando “entendimento da linguagem”; trata-se da concepção *semântica* de interpretação, que, no contexto jurídico, “designa principalmente a atribuição de significado a documentos normativos (leis, decretos, regulamentos, atos administrativos, sentenças, contratos etc.)” (Comanducci, 1999, p. 3), sendo considerada um processo construtivo¹⁰⁶;

c) por último, em um sentido estrito ou *especificamente jurídico*, interpretação é procedimento que se refere apenas às situações de dúvida sobre o “correto entendimento de um texto em seu ‘significado direto’ (*direct meaning*)” (Wróblewski, 1992, p. 88; 1991, p. 259); para os adeptos dessa teoria, dentre os quais podemos incluir o próprio Wróblewski (1989; 1991; 1992) e nomes como Neil MacCormick (1993), ao aplicar o direito o jurista deve verificar se a análise do texto conduz a uma *situação de isomorfia* – na qual prevalecem os sentidos *prima facie* do texto legal –, ou se ele está diante de uma *situação interpretativa* – que demanda escolhas acerca do significado normativo do texto, tendo em vista a presença de “casos duvidosos” (penumbra); apenas nessa última hipótese é que a interpretação será tida como necessária (Wróblewski, 1991, p. 258).

A primeira concepção (a) parece pouco frutífera para a análise estrutural da decisão jurídica e para a elaboração de diretivas interpretativas destinadas à fundamentação das decisões judiciais, pois não identifica nada de específico no discurso jurídico, se comparado com os demais fenômenos culturais, e acaba presa a uma filosofia relativista do sujeito que muito pouco pode oferecer à análise jurídico-metodológica. Ademais, e isso talvez seja ainda mais grave, a hermenêutica filosófica, à qual essa concepção se liga, “não oferece nenhum critério de correção” para a decisão jurídica (Alexy, 1995, p. 43), sendo de valor limitado para a formação de um modelo de ação (pautado pela razão prática)

¹⁰⁶ De acordo com esse sentido amplo, salienta Neil MacCormick (1993, p. 205), “toda aplicação de uma razão de autoridade requer algum ato de interpretação”, pois pressupõe uma “compreensão de seu significado” para que possa ser aplicado aos casos concretos.

voltado para os juízes e demais operadores do direito, no contexto de *justificação* das decisões.

Restam as concepções *semântica* (*b*) e *jurídica* '*stricto sensu*' (*c*). Àquela Wróblewski (1992, p. 88) denomina *derivativa* (*derivative*), pois o objeto da interpretação é visto como um “texto do qual, através da interpretação, alguém reconstrói uma ‘norma’, entendida como uma regra precisamente compreendida e com um único significado”. A interpretação, nessa perspectiva, sempre seria uma atividade necessária para o entendimento (ou, talvez, constituição) do significado de uma norma jurídica. Por outro lado, de acordo com a última concepção, também denominada *esclarecedora* (*clarifying*), um jurista interpreta um texto ou uma regra somente se “seu sentido em uma situação concreta é pragmaticamente duvidoso”, de modo que se torna necessário “procurar estabelecer *um* significado entre as possíveis alternativas postas para o intérprete” (Idem, p. 88).

Parece, porém, que a concepção “esclarecedora” (ou “jurídica em sentido estrito”) apresenta inconvenientes que não se verificam na visão “derivativa”. O próprio Wróblewski (1991, p. 259) reconhece que a questão de saber se “uma lei é clara” e, portanto, se estamos diante de uma situação de isomorfia, depende de diversos fatores que demandam valorações e escolhas: “para identificar uma situação de isomorfia, expressa na idéia de clareza (*claritas*), exige-se uma valoração. Existe uma escolha entre usar a norma no seu sentido *prima facie* ou fixar o sentido através de um ato de interpretação” (Idem, p. 259). Essa escolha vai depender, naturalmente, tanto do *contexto lingüístico* (linguagem utilizada para expressar a norma), quanto do *sistêmico* (sistema jurídico do qual a norma faz parte) e do *funcional* (que compreende todos os fenômenos que influenciam o sentido da norma, excluindo-se os contextos lingüístico e sistemático) em que a norma é aplicada (Idem, p. 258-268). No entanto, não vejo razão para excluir essas escolhas do processo interpretativo, pois tais fatores extranormativos são pragmaticamente inseparáveis do próprio *processo interpretativo*.

Ademais, uma concepção semântica de *norma jurídica* (como a que adoto nesse trabalho) é incompatível com qualquer conceito de interpretação diferente de *b*, de modo que o conceito semântico de interpretação fornece um *portrait* mais adequado da atividade desenvolvida pelos operadores do direito. Como lembra Vernengo (1994, p. 13-4), “os enunciados normativos são fichas em variados jogos lingüísticos, sem que possamos postular de antemão nenhum parentesco

essencial entre as diversas jogadas admissíveis”. Essa alusão ao segundo Wittgenstein é oportuna, pois rechaça a idéia de que os sentidos das expressões lingüísticas possam vir determinados antes do processo de interpretação, como se fossem estáticos em relação ao uso argumentativo e às próprias *regras do jogo lingüístico* (que, no caso do direito, aparecem sob a forma de diretivas interpretativas ou regras de argumentação) em que a interpretação acontece.

3.4.4.3

As concepções de “norma” e “interpretação” nas teorias de Alexy e Günther: a opção pelas concepções semânticas

Quando Günther argumenta que no discurso jurídico não se decide sobre a *validade* das normas de comportamento, não havendo lugar para discursos de justificação de normas gerais, na medida em que estas já se acham pressupostas desde o início, parece que se aproxima de uma concepção sintática de normas jurídica: a norma consiste no próprio *texto* que foi estabelecido pelo legislador. Alexy, diferentemente, é explícito em adotar uma concepção semântica – herdada da teoria pura do direito – segundo a qual a norma é o sentido de um “dever-ser”, é o conteúdo de uma prescrição. A norma concreta que decide um caso particular é, no mais das vezes, uma *norma adscrita* que decorre da concretização de outras normas mais gerais que lhe dão suporte (Alexy, 1997-b).

No que se refere à interpretação Alexy é igualmente claro. A proximidade que este autor mantém com Kelsen não deixa dúvida de que a interpretação também é entendida na concepção semântica, ou seja, como um processo de determinação de sentido para enunciados lingüísticos (enunciados normativos) dotados de validade jurídico-formal. Não que o discurso jurídico se esgote na interpretação de textos normativos e que esteja o juiz necessariamente adstrito a essas interpretações, mas no sentido de que a interpretação – uma das etapas do processo mental que se realiza no processo decisório – se esgota na determinação de normas a partir de textos. Por outro lado, o pensamento de Günther aqui nos parece relativamente obscuro. A bem da verdade, Günther não chega a abordar expressamente os temas do conceito de norma jurídica e da idéia de interpretação. Por isso tais noções restam indeterminadas em sua teoria. Günther combina idéias extremamente pobres no que se refere aos processos de justificação de normas

jurídicas e um pragmatismo sofisticado no que se refere aos discursos de *aplicação* dessas mesmas normas.

Ele argumenta como se todo o processo de justificação de normas gerais se esgotasse no momento em que se conclui o processo legislativo. Eis a única razão para adotar um conceito tão estrito de *discurso prático* e imaginar que *toda* a atividade intelectual do juiz se resume a adaptações do direito a novas realidades e à adequação de normas que já vêm prontas desde o início. O que causa estranheza é saber se e como podem coexistir uma concepção tão restritiva de “justificação jurídica” e uma concepção de *aplicação* que outorga tantos poderes aos órgãos institucionais de adjudicação do direito. A idéia de “interpretação”, como uma das etapas (no discurso jurídico, a mais importante) do processo de justificação de normas *gerais*, é deixada completamente de fora do discurso jurídico. Há aqui o risco de retornar a um particularismo que produziria incoerência para o discurso jurídico, pois seria diametralmente oposto ao universalismo que caracteriza os discursos de justificação de normas morais.

Nesse sentido, há ainda, para além do que foi comentado na seção anterior, uma crítica poderosa desenvolvida por Alexy à tese do “discurso de aplicação”. Para Alexy, “a idéia do discurso de aplicação é ao mesmo tempo correta, vazia e fácil de causar mal entendidos” (Alexy, 1996, p. 1.032). É uma tese *correta* enquanto ela expressa “a velha demanda hermenêutica de considerar todos os aspectos” da situação de aplicação de uma norma jurídica. É *vazia* porque ela “não diz quais aspectos devem ser considerados e de que maneira”: “como o conceito de coerência, o conceito de adequação (*appropriateness*) é portanto muito vago para solucionar o problema da decisão jurídica racional”. Por derradeiro, é *fácil de causar mal entendidos* (*easy to misunderstand*) porque ela apresenta o “perigo de uma prática não-universalista de tomada de decisões” (Ibidem):

Esse perigo se torna agudo quando a administração da justiça é vista exclusivamente como um discurso de aplicação, e portanto é separada dos discursos de justificação. (...) A harmonização ou unificação do direito, sob a forma de uma prática universalista de tomada de decisões, somente é possível se, ao decidir casos individuais, regras forem formuladas que possam ganhar o poder de precedência sobre as demais. As regras, no entanto, possuem o caráter de normas relativamente concretas e por isso podem – e devem – ser substanciadas. Portanto, todo discurso de aplicação inclui um discurso de justificação (Idem, p. 1.033).

Por essas razões, parece mais correto acatar aqui as concepções semânticas tanto de “norma” quanto de “interpretação”. Como conclusão dessa discussão, podemos assentar que *o discurso jurídico* é sim um caso especial de *discurso prático*, cuja especialidade está nas barreiras institucionais estabelecidas pelo direito válido *hic e nunc*. A diferença entre *justificação e aplicação*, no entanto, permanece válida. No discurso jurídico há lugar para ambas as operações. Aliás, em regra ambas as atividades se realizam simultaneamente no discurso jurídico, embora tendo referenciais distintos: a solução de um problema de *aplicação* de uma ou mais *normas gerais* a um determinado caso sobre o qual elas possam incidir é, ao mesmo tempo, uma atividade de *justificação* de uma ou mais *normas individuais*. A referência a uma ou outra atividade (aplicação, justificação) vai depender, portanto, do próprio objeto que se estiver pretendendo qualificar. No nosso caso, o referencial serão as normas que podemos inferir de precedentes judiciais. Uma teoria normativa do precedente deve ser capaz de solucionar os problemas de justificação e aplicação dessas normas.

3.4.5

Justificação e aplicação de precedentes judiciais

Apesar das ressalvas que adotei nas seções anteriores à teoria de Günther, sua divisão da atividade de racionalização discursiva de decisões jurídicas em atividades de *fundamentação* e *justificação* pode consistir em um *framework* especialmente adequado para sistematizar os tipos de problemas que uma teoria normativa do precedente judicial deve enfrentar. Como do ponto de vista lógico não há nenhum problema em acatar essa divisão e pressupor que ambas as atividades tenham lugar no discurso jurídico (e não é sem razão que Alexy, por exemplo, considerou correta – pelo menos em linhas gerais – a definição de “aplicação do direito” proposta por Günther), podemos a um só tempo aceitar a tese do caso especial e o código da razão prática de Alexy como base para nossa teoria dos precedentes judiciais e, de outro lado, agrupar segundo a dicotomia “justificação/aplicação” os principais problemas metodológicos dessa teoria dos

precedentes. Nos dois próximos capítulos, tentarei sistematizar as questões mais importantes da prática jurídica relativa a precedentes judiciais nessas duas categorias. No capítulo III, tratarei dos problemas de *justificação* de normas gerais a partir de precedentes judiciais, em especial: (i) a interpretação dos precedentes, para o fim de determinar a *ratio decidendi* ou norma jurídica que pode ser adscrita de tais materiais jurídicos; (ii) a determinação do *peso* ou *força* dos precedentes na argumentação jurídica; e (iii) as condições para se abandonar (*overrule*) um precedente judicial, bem como os problemas secundários que surgem dessa decisão. Mais adiante, no capítulo IV, o foco gira para os problemas de *aplicação* das normas que conseguimos derivar dos precedentes judiciais, em especial: (i) os casos em que é necessário diferenciar (*distinguish*) precedentes judiciais, ou seja, é necessária (i-a) a *redução teleológica* das regras que conseguimos derivar de precedentes judiciais ou (i-b) a interpretação restritiva da regra jurisprudencial, para viabilizar a aplicação do argumento *a contrario*; e (ii) as situações em que não há um caso compreendido exatamente por uma regra jurídica, mas há certas semelhanças que nos permitem cogitar acerca da *aplicação de uma regra jurisprudencial por analogia*.

Anexo: Tabela das regras e formas da argumentação jurídica (In. ALEXY, Robert. 1997-a)

I – Lista dos símbolos lógicos utilizados:

\neg = não (negação)

\wedge = e (conjunção)

\vee = ou (disjunção)

\rightarrow = se... então (condicional)

\leftrightarrow = se e somente se (bicondicional)

(x) = para todo x (quantificador universal)

O = é obrigatório que... (operador deôntico).

II – Regas e formas do discurso prático geral

Regras fundamentais

(1.1) Nenhum falante pode se contradizer.

(1.3) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo crê.

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

(1.3') Todo falante só pode afirmar aqueles juízos de valor e de dever que afirmaria também em todas as situações iguais, em todos os aspectos relevantes.

(1.4) Distintos falantes não podem usar a mesma expressão com significados diferentes.

As regras da razão

(2.1) Todo falante deve, quando lhe é solicitado, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem sua recusa a uma fundamentação.

(2.2) Quem pode falar pode tomar parte no discurso.

(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, mediante coerção interna ou externa ao discurso, seus direitos fixados em 2.1 e 2.2.

As regras de carga da argumentação

- (3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira distinta do que uma pessoa B está obrigado a fundamentar isso.
- (3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para tanto.
- (3.3) Quem aduziu um argumento só 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 e necessidades que não se refira como argumento a uma manifestação anterior deve, se lhe for solicitado, fundamentar por que introduziu essa afirmação ou manifestação.

As formas de argumentos

- (4) G
R
 N

- | | | | |
|-------|-----------|-------|-----------|
| (4.1) | T | (4.2) | F |
| | <u>R</u> | | <u>R</u> |
| | N | | N |
| (4.3) | F_R | (4.4) | T' |
| | <u>R'</u> | | <u>R'</u> |
| | R | | R |

- (4.4) $R_j P R_k$ e $R_j' P R_k'$
 (4.5) $(R_j P R_k) C$ e $(R_j' P R_k') C$

As regras de fundamentação

- (5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as conseqüências de dita regra também no caso hipotético de que se encontre na situação daquelas pessoas.
- (5.1.2) As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.
- (5.1.3) Toda regra pode ser ensinada de forma aberta e geral.
- (5.2.1) As regras morais, que servem de base às concepções morais do falante, devem poder passar na prova da sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não passa nesta prova: se, ainda que originalmente se pudesse justificar racionalmente, perdeu depois sua justificabilidade;
 se originariamente não era possível justificá-la racionalmente e não se podem aduzir novas razões que sejam suficientes para tanto.

(5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante deve poder passar pela prova de sua formação histórica individual. Uma regra moral não passa por tal prova se se estabeleceu sobre a base de condições de socialização não justificáveis.

(5.3) É preciso respeitar os limites de socialização dados de fato.

Regras de transição

(6.1) Qualquer falante a qualquer momento pode passar para um discurso teórico (empírico).

(6.2) Qualquer falante a qualquer momento pode passar para um discurso de análise da linguagem.

(6.3) Qualquer falante a qualquer momento pode passar para um discurso de teoria do discurso.

III – Regras e formas do discurso jurídico

Regras e formas da justificação interna

Formas

(J.1.1) . (1) (x) (Tx → ORx)

. (2) Ta

(3) ORa (1),(2)

(J.1.2) . (1) (x) (Tx → ORx)

. (2) (x) (M¹x → Tx)

. (3) (x) (M²x → M¹x)

.

.

.

. (4) (x) (Sx → Mⁿx)

. (5) Sa

. (6) ORa (1) – (5)

Regras

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve se aduzir pelo menos uma norma universal.

(J.2.2) Da decisão jurídica se deve seguir pelo menos uma norma univeral.

(J.2.3) Sempre que exista dúvida sobre se “a” é um T ou um M, há que se aduzir uma regra que decida a questão.

(J.2.4) São necessários os passos de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja já discutível.

(J.2.5) É preciso articular o maior número possível de passos de desenvolvimento.

2.2. Regras e formas da justificação externa

2.1. Regras e formas da justificação empírica.

Rege (6.1). Não são elaboradas regras especiais.

2.2. Regras e formas da interpretação

Formas da interpretação semântica

(J.3.1) R' deve ser aceita como interpretação de R sobre a base de W.

(J.3.2) R' não pode ser aceita como interpretação de R sobre a base de W.

(J.3.3) É possível tanto aceitar R' como interpretação de R quanto negar R' como interpretação de R, pois eles não regem nem W_i nem W_k .

Formas da interpretação genética

(J.4.1) . (1) R' ($= I^R_w$) é desejado pelo legislador

(2) R'

(J.4.2) . (1) Com R o legislador pretende alcançar Z

. (2) $\neg R'$ ($= I^R_w$) $\rightarrow \neg Z$

(3) R'

Forma fundamental da interpretação teleológica

(J.5) . (1) OZ

. (2) $\neg R'$ ($= I^R_w$) $\rightarrow \neg Z$

(3) R'

Não foram elaboradas formas para a interpretação histórica, comparada e sistemática

Regras

(J.6) Deve resultar saturada toda forma de argumento que se deva incluir 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 possam ser aduzidos outros motivos racionais que concedam prioridade a outros argumentos.

(J.8) A determinação do peso de argumentos de distintas formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) É preciso levar em consideração todos os argumentos que for possível propor, e que possam ser incluídos, pela sua forma, entre os cânones da interpretação.

2.3 Regras da argumentação dogmática

(J.10) Todo enunciado dogmático, se for posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, ao menos, de um argumento prático do tipo geral.

(J.11) Todo enunciado dogmático deve poder passar por uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, eles devem ser usados.

2.4 As regras mais gerais sobre o uso de precedentes

(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 uma carga de argumentação.

2.5 Formas especiais de argumentos jurídicos

Formas

(J.15) . (1) $(x) (OGx \rightarrow Fx)$

(2) $(x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx)$

(J.16) . (1) $(x) (Fx \vee F \text{ sim } x \rightarrow OGx)$

. (2) $(x) (Hx \rightarrow F \text{ sim } x)$

(3) $(x) (Hx \rightarrow OGx)$ (1), (2)

(J.17) . (1) $O \rightarrow Z$

. (2) $R' \rightarrow Z$

(3) $\neg R'$

Regra

(J.18) As formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas.