



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DOUTORADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO**

Henrique Smidt Simon

Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação de valores como critério de manutenção paradigmática do normativismo

**Brasília
Abril de 2012**

Henrique Smidt Simon

**Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação
de valores como critério da manutenção paradigmática do
normativismo**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de doutor pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, realizada sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa.

**Brasília,
Abril de 2012**

Henrique Smidt Simon

**Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação
de valores como critério de manutenção paradigmática do
normativismo**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de doutor pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, realizada sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa.

Brasília, 30 de abril de 2012.

Banca examinadora

Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa
Orientador

Professor Doutor Luiz Eduardo de Lacerda Abreu
Examinador

Professor Doutor Roberto Freitas Filho
Examinador

Professor Doutor Alexandre Araújo Costa
Examinador

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Examinador

Aos meus pais, Adolfo e Cyntia, ao Iago e à Clarita, pelo amor, companheirismo, compreensão e dedicação na ajuda desse percurso tão difícil quanto desejado.
Ao Alexandre (ABC) pelo apoio, paciência e compreensão sem os quais o caminho teria apenas se transformado em labirinto.

Agradecimentos

Este trabalho é fruto de longos anos na busca de algo interessante a dizer e, como tal, por óbvio depende do reconhecimento de ajuda de amigos e instituições que com ele colaboraram. Assim, sob pena de deixar alguém de fora indevidamente, é importante nomear aqueles que sem dúvida fizeram parte deste processo de pesquisa.

Agradeço ao professor doutor Alexandre Bernardino Costa, pela orientação, paciência e direcionamento em momentos cruciais da pesquisa, sem os quais ela teria girado em círculos sem chegar a lugar algum.

Também preciso reconhecer a confiança do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, que compreendeu todas as dificuldades da pesquisa e deste pesquisador e acreditou na sua seriedade.

É ainda necessário nomear os amigos que participaram das diversas tentativas de desenvolver a tese, desde as propostas mais absurdas até este texto que, não por culpa deles, pretende trazer contribuição às discussões jurídicas no âmbito da teoria do Direito. Agradeço, assim, a Cristiano Otávio Paixão Araujo Pinto, Fábio Portela Lopes de Almeida, Wilson Roberto Theodoro Filho, José Carlos Veloso Filho, Daniel Vila-Nova Gomes, Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros, Marcelo Tadeu dos Santos, Delmo de Oliveira Arguelhes e Danilo Porfírio de Castro Vieira. O brilhantismo destes amigos nas discussões mais variadas ao longo da pesquisa contribuiu em muito para que ela tivesse bom direcionamento e desenvolvimento.

Cabe, também, fazer menção às contribuições dos professores doutores Menelick de Carvalho Netto e Roberto Freitas Filho, que, na arguição de qualificação, compreenderam as dificuldades da pesquisa e dificuldades pessoais e deram excelentes sugestões para a tese.

Por fim, agradeço a Clarita Costa Maia, minha noiva, que, além dos apoios emocionais e morais, se dispôs diversas vezes a discutir o conteúdo aqui desenvolvido, o que possibilitou maior clareza e compreensão das questões trabalhadas.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo mostrar que a teoria da proporcionalidade de Robert Alexy não é capaz de superar os limites da racionalidade jurídica identificados pelos positivistas do século XX (Hans Kelsen, Herbert Hart e Alf Ross), principalmente no que concerne à hermenêutica ou interpretação jurídica. Ao aplicarem os critérios epistemológicos e filosóficos do neopositivismo lógico (Kelsen e Ross) e da virada pragmática na filosofia (Ross e Hart), os positivistas pensam o direito como o conjunto sistemático de normas que vincula em abstrato as condutas humanas. A aplicação concreta desse conjunto de normas invariavelmente possibilita a concorrência de diversas interpretações igualmente válidas e, por vezes, contraditórias. São responsáveis pela existência desse variado feixe de interpretações a abertura cognoscitiva do direito, a polissemia e a impossibilidade de as normas regularem a sua própria aplicação. Conjugadas à constatação de que a moral é relativa, mostra-se, por consequência, epistemologicamente inviável o controle racional da escolha interpretativa do juiz (decisionismo). Alexy busca recuperar a vinculação entre o direito e a moral ao defender que toda sociedade possui um conjunto de valores que pode ser justificado racionalmente. Sustenta que esses valores fazem parte da ordem jurídica e propiciam a sua integração. Para este autor, o sistema jurídico é composto por regras (que têm aplicação no modelo de “tudo ou nada”) e princípios (valores aceitos racionalmente). Nada obstante, esse conjunto de valores pode, em situações específicas, dar margem a normas concretas que se opõem. Como os princípios, entendidos como valores, têm o mesmo peso, faz-se necessário um método para que a decisão realize um deles (o que não implica a exclusão do outro do sistema jurídico, vez que a incompatibilidade não ocorre em abstrato). Esse método de distribuição dos pesos argumentativos seria fornecido pela teoria da proporcionalidade. A proporcionalidade depende, assim, de uma teoria da argumentação. A viabilidade da sustentação da tese de Alexy de que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral depende da existência de normas universais, pragmáticas e racionais, para o processo argumentativo, desenvolvido de forma a garantir a participação livre e igual de todos os possíveis interessados. Ocorre que Alexy utiliza a teoria da argumentação como metodologia para aplicar um modelo de normas válidas, servindo apenas como forma de revisão paradigmática do normativismo que ele pretendeu superar, incapaz, portanto, de vencer o problema do decisionismo na interpretação jurídica. Como resultado, a teoria da proporcionalidade permite estruturar um modelo argumentativo sobre as possibilidades da decisão, mas não permite suplantá-lo o modelo normativista descrito pelo positivismo do século XX.

Palavras-chave: hermenêutica jurídica; epistemologia; positivismo; princípio da proporcionalidade; decisionismo interpretativo.

ABSTRACT

This thesis' ambition is to demonstrate that Robert Alexy's theory of proportionality is not able to overcome the limits of juridical rationality identified by legal positivists of the twentieth century (Hans Kelsen, Alf Ross and Herbert Hart), especially with regard to hermeneutics or legal interpretation. In applying the criteria of the epistemological and philosophical logical neopositivism (Kelsen and Ross) and the pragmatic turn in philosophy (Ross and Hart), the positivists consider the Law as a systematic and binding set of abstract rules. The practical application of such rules, however, invariably gives birth to multiple, equally valid and often contradictory interpretations. The cognitive openness of law, the polysemy of rules and their impossibility to regulate its own application are considered to be responsible for such wide range of interpretation. These elements, conjoined with the relativity of moral, demonstrate the epistemological impossibility of the rational control over judge's interpretive choice (decisionism). Alexy tries reconnect Law and morality by arguing that every society has a set of values that can be rationally justified. The author argues that those values are part of the legal system and provide their integration. The legal system is, therefore, composed of rules (which have a "all or nothing" application) and principles (rationally accepted values). Nonetheless, even those sets of values can, in specific situations, give rise to opposing concrete norms. As principles, understood as values, have the same "weight", it is necessary that the decisionary method perform one of the system's *in casu* contradictory values, which does not imply the exclusion of the other principles from the legal system, since the incompatibility is not abstract, but concrete. This attribution of different argumentative weight to principles would be provided by the theory of proportionality. The proportionality is based on a theory of argumentation. The feasibility of Alexy's methodology as a special case of general practical reasoning depends on the existence of universal, pragmatic and rational norms for the argumentative process designed to ensure free and equal participation of all interested parties. Notwithstanding that, Alexy uses argumentation theory as a methodology to implement a model of valid norms, which only serves as a paradigmatic review of the normativism he intended to overcome, unable to solve the problem of decisionism in legal interpretation. As a result, the theory of proportionality provides an argumentative structure about the possibilities of decision, but does not supplant the normative model described by the positivism of the twentieth century.

Keywords: legal hermeneutics; epistemology; positivism; the principle of proportionality; decisionism in legal interpretation.

Sumário

Introdução	2
Capítulo 1: a crítica positivista à teoria da interpretação	11
1.1 <i>O relativismo sobre a interpretação em Kelsen.</i>	13
1.2 <i>O relativismo sobre a interpretação em Ross.</i>	21
1.3 <i>O relativismo sobre a interpretação em Hart.</i>	34
Capítulo 2: argumentação e proporcionalidade como resposta ao decisionismo – a proposta de Robert Alexy	46
2.1 <i>A vinculação conceitual entre direito e moral e suas dificuldades.</i>	48
2.2 <i>Princípios como valores e a ponderação como critério de decisão judicial.</i>	72
2.3 <i>A argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral.</i>	98
Capítulo 3: Epistemologia e limites da racionalidade jurídica – o princípio da proporcionalidade ainda como critério normativista	132
3.1 <i>Epistemologia positivista e o reconhecimento dos limites da razão.</i>	134
3.2 <i>O conhecimento científico como resultado de uma prática social institucionalizada: paradigmas como jogos de linguagem.</i>	155
3.3 <i>Proporcionalidade como resultado de uma visão paradigmática normativista.</i>	164
Conclusão	173
Referências	180

Introdução

A teoria jurídica contemporânea tem tentado estabelecer, após as críticas ao positivismo normativista e realista aos estilos de Kelsen, Ross e Hart, a possibilidade de uma interpretação racional dos textos normativos, que se mostraram abertos e polissêmicos em sua estrutura lógica ou mesmo por decisão legislativa. Como a norma é sempre fruto de um processo de decisão, um dos graves problemas que surge é como estabelecer o seu conteúdo mantendo sua vinculação a uma espécie de vontade legítima que a originou ou que a sustenta atualmente.

Esse problema aparece com mais força nas tentativas de uma hermenêutica das normas de direito constitucional, que apresentam uma estrutura ainda mais aberta e uma vontade legítima ainda mais difusa que as normas advindas da atividade cotidiana do parlamento. Além disso, as constituições ainda têm sido vistas como fruto de uma vontade coletiva que estabelece os valores do grupo que deverá ser regido por ela. A isso se agrega o problema do estabelecimento das possibilidades semânticas de significação da norma e da manutenção do que se poderia chamar de sua referência – seu caráter de obrigatoriedade (FREGE, 1978): a questão da interpretação e concretização do que seriam os valores constitucionais.

Diante disso, uma das características mais evidentes do debate filosófico a respeito da interpretação jurídica é a tentativa de estabelecer a racionalidade de uma hermenêutica de valores, ou de saber em que medida a constituição seria a concretização de valores compartilhados por aqueles que a ela estão submetidos, ou, ainda, de considerar até que ponto é possível a vinculação a valores estabelecidos pelas gerações anteriores que criaram a constituição como documento a ser seguido pelo conjunto social, pelo Estado e pelos indivíduos particularmente.

Essa dificuldade está relacionada com a discussão a respeito da racionalidade dos juízos de valor e com a necessidade de controle do processo cognitivo no que tange à atividade interpretativa nos processos decisórios característicos do universo jurídico. Uma vez que se encara o conteúdo normativo de uma constituição como fruto da determinação de regras e valores que devem ser seguidos e respeitados, esses valores precisam ganhar algum tipo de objetividade, o que ocorre com o seu compartilhamento intersubjetivo.

E como lidar com esses valores em uma sociedade plural e aberta? Como estabelecer os seus limites e como os compor de modo que sejam representativos dessa pluralidade, ou de necessidades tão diversas típicas de uma sociedade complexa? Inevitavelmente, situações complexas que se apresentam em casos concretos levarão ao problema da possibilidade de aplicação ou reivindicação de reconhecimento de dois ou mais valores que se opõem ou que levam a resultados absolutamente distintos no processo de decisão. O imbróglio, então, reporta-se à possibilidade de poder ou não chegar a uma resposta correta, reconhecida intersubjetivamente como adequada, uma resposta que não seja resultado de subjetividades provenientes do julgador.

Uma das tentativas mais bem sucedidas de hermenêutica jurídica que dê racionalidade ao processo decisório é a estabelecida por Robert Alexy por meio da defesa da prática de aplicação do “princípio da proporcionalidade”, tal como a que é feita pelo Tribunal Constitucional alemão. Alexy recusa a visão objetiva e hierarquizada de valores no sistema constitucional, mas aduz que é viável estabelecer, por meio da ponderação entre eles, controle metodológico que agrega racionalidade à escolha daqueles valores que devem prevalecer no momento da decisão judicial em que se verifica conflito.

Entretanto, em que pesem os esforços do jurista alemão no sentido de defender que é possível o controle racional nos processos de decisão que envolvem juízos de valor, a hipótese deste estudo é a de que esse controle, proposto no modelo de regras e princípios para aplicação racional de normas tidas como válidas, é impossível e depende, em última instância, da assunção de elementos (valores, crenças, modos de vida, visões de mundo) compartilhados pelo grupo destinatário da decisão – não necessariamente aquele objeto da decisão em concreto, mas o grupo para o qual se dirigem as tentativas de fundamentação dos responsáveis pela palavra final, conjunto esse que funciona como auditório para o qual são destinadas as razões de quem decide (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2002, p. 6 e 21). Em outras palavras, ao criar o discurso argumentativo, o órgão decisor se dirige para o conjunto de pessoas que dominam os elementos de produção da fala, capazes, portanto, de controlar e criticar o discurso e os seus resultados como uma espécie de comunidade científica que avalia e legitima o conhecimento produzido (ver KUHN, 2001), e não necessariamente para o destinatário final da decisão.

Isso ocorre, de acordo com o defendido no presente estudo, em virtude de Alexy não ter alterado a perspectiva de compreensão do direito. O que o jurista alemão fez foi buscar mostrar como os critérios modernos de racionalidade jurídica podem ser reelaborados

a partir do modelo da teoria da argumentação na moral. Essa perspectiva obriga-o a assimilar apenas a ótica daquele que participa da prática jurídica, defendendo que sob este ponto de vista sempre se apresenta uma pretensão de correção, a qual estaria em conformidade com as exigências morais da justificação racional, universalização, garantia de participação livre na discussão sobre a decisão e ausência de coerção para a decisão que não seja a de aceitar o melhor argumento. No entanto, a perspectiva externa, eliminada por Alexy e identificada com a crítica positivista, decorre da ótica do observador que é a capacidade para participar dos procedimentos.

O problema é que Alexy precisa recorrer a um conteúdo material razoavelmente estável para o controle do conteúdo das decisões que podem ser tidas por corretas, dependendo da visão que leva a assumir, do ponto de vista do participante, um conjunto de valores que precisam ser seguidos porque socialmente aceitos, quando a teoria jurídica moderna põe em questão esse modelo. Em outras palavras, seria viável tentar entender em que grau a constituição (como norma limite do ordenamento, último critério de correção interna) é documento que reflete alguma espécie de unidade social (a que se poderia denominar de *identidade*) ou se ela é documento que realiza a mediação de várias formas de vida em busca da própria identidade no interior de um determinado espaço sociocultural a partir do recurso a direitos de liberdade e igualdade (ROSENFELD, 2003).

É bem verdade que Alexy assume uma vinculação “fraca” entre direito e moral, afirmando a todo momento que não existe uma ordem concreta de valores sociais, mas sua perspectiva de argumentação depende da unidade empiricamente compartilhada sobre os limites do que é eticamente intolerável. Nessa linha, Alexy mantém o pensamento jurídico no modelo moderno segundo o qual esse pensamento deve dar conta da estrutura sistematizada de normas aceitas, que deve ser racionalizada de modo a manter a unidade. Por isso, pode-se afirmar que o autor alemão se mantém no modelo de normas abstratas que devem ser aplicadas de forma coerente. A teoria da argumentação, conforme se verá, é critério para a fundamentação, interpretação e aplicação das normas que compõem o direito, mas não para recolocar a forma de pensar o direito.

Por mais que Alexy assuma o direito não mais apenas como um conjunto de regras, mas também de princípios¹, estes surgem como elementos normativos (e não

¹ Roberto Freitas Filho (2009) faz excelente levantamento do uso da ideia de principio na dogmática brasileira, mostrando algumas de suas inadequações, tanto na dogmática do direito civil quanto na do constitucional, tentando mostrar e entender esse uso em nosso paradigma jurídico. Afasta a diferença entre princípios e regras com base na generalidade e no grau de importância e assenta a compreensão com foco na diferença lógica entre

cognoscitivos) para garantir a coerência e a completude do ordenamento. Assim é que, em termos de conteúdo, princípios são, para ele, valores a serem realizados a partir de uma lógica normativa. Como valores, em abstrato, compõem o sistema e não podem violar a percepção empírica do que é aceito em comunidade ou do que deve ser aceito por todos.

O autor oscila, portanto, entre a percepção de valores como elementos concretamente compartilhados e como normas morais que garantem a possibilidade de apresentação das pretensões de legitimidade de todos. E isso se dá por causa da compreensão de que a correção no direito depende também de normas postas e decisões tomadas de acordo com critérios de validade que não podem ser controlados pelas regras da argumentação prática moral – conforme se verá no segundo capítulo.

Eis, pois, a proposta de Alexy: a ponderação de valores como técnica metodológica pode controlar o raciocínio do jurista de modo que ele consiga determinar qual valor deve prevalecer no caso concreto. Mas, ainda que tal técnica metodológica fosse possível, isso dependeria de uma formulação argumentativa que mantivesse a coesão social em torno do valor preferido no caso concreto e o reconhecimento da igualdade hierárquica, em abstrato, dos valores em conflito, já que, ao estarem inseridos no texto constitucional e serem frutos da mesma vontade legislativa originária, não há meios de dizer qual deles se sobrepõe em termos hierárquicos.

Contudo, a teoria de Alexy entra em foco porque, de acordo com as hipóteses deste trabalho, mantém a compreensão corrente do direito como estrutura racional baseada em normas (mesmo que entendido como um conjunto articulado de princípios e regras) e pretende mostrar, fazendo uso da lógica das teorias da argumentação e da filosofia moral de cunho analítico, que as afirmações sobre o decisionismo² e relativismo dos positivistas não se sustentam no que respeita à racionalidade jurídica.

Diante dos apontamentos sobre a teoria de Alexy desenvolvidos ao longo do segundo e do terceiro capítulos, surgem os problemas de pesquisa. Atualmente a hermenêutica jurídica deve enfrentar problemas teóricos relacionados à teoria da interpretação

as suas estruturas, de modo que as regras têm a estrutura “se... então deve ser”, enquanto os princípios são valores ou objetivos a serem atingidos. E afirma: “Os valores consubstanciados nos princípios e nas cláusulas gerais conferem ao direito um *ethos*, sem o qual o mesmo seria somente uma estrutura formal de dominação, hipótese de explicação do fenômeno jurídico que não parece a mais apropriada, seja no seu sentido descritivo seja no prescritivo” (FREITAS FILHO, 2009, p. 239 – nota 433). Segundo o autor, os princípios funcionam como metarregras que direcionam a interpretação axiológica ou teleologicamente.

² Decisionismo é entendido, aqui, como o fato de o aplicador da norma não ter elementos de controle para a sua atividade, de modo que o conteúdo significativo final da norma a ser aplicada depende da sua escolha subjetiva.

que lida com conteúdos materiais – valores. Quais são eles? Quais os limites e as dificuldades de uma hermenêutica baseada em valores? A utilização do modelo da moral discursiva como método de racionalização de determinado padrão de direito posto é suficiente para superar o relativismo indicado pelos positivistas, ou eles apontam um problema estrutural nas condições de pensar o direito moderno (a necessidade de alterar as condições de compreender o próprio direito, não apenas buscar novos elementos metodológicos para a manutenção do modelo aceito)?

Para responder a essas questões e sustentar as hipóteses enunciadas, foi necessária a divisão da pesquisa em três partes que pretendem manter o nexo de continuidade entre os resultados parciais e, por conseguinte, a unidade do texto, ainda que as abordagens de cada uma delas dependa, de certo modo, de perspectivas diferentes.

O primeiro momento da pesquisa procura explicar como o positivismo jurídico do século XX estabelece os limites da racionalidade tradicional do direito (aquela que lida com o raciocínio silogístico baseado na subsunção do fato à norma ou que recorre a algum critério de justiça transcendental ou social) de forma a levar à impossibilidade da interpretação que dê a resposta correta ou justa para o caso concreto. Para isso, são analisados os modelos teóricos de Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart. O primeiro inspirado no normativismo formalista, o segundo na relação da aceitação da norma como obrigatória e a sua efetiva aplicação pelos órgãos judicantes, e o terceiro no direito como normatividade vivenciada concretamente em meios sociais. Como se verá, os três modelos levam ao reconhecimento da polissemia e vagueza da linguagem (o que torna impossível o simples processo de subsunção), bem como à relativização dos valores, o que faz com que as decisões percam o referencial de conteúdo para um critério de justiça qualquer.

Na segunda parte do trabalho, busca-se esclarecer a maneira como Robert Alexy tenta caracterizar a viabilidade de uma hermenêutica de valores a partir do estudo da estrutura lógica dos princípios constitucionais e da caracterização do método da ponderação de valores como forma adequada de resolver o problema da colisão de princípios. Apresenta-se, então, a relação que o autor alemão faz entre regras e princípios, as suas diferenças, em que medida é possível derivar regras de conduta com base em princípios, o que isso implica para a decisão dos casos concretos em que dois ou mais princípios podem ser aplicados levando a resultados díspares, como a estrutura lógica da aplicação de princípios equivale à aplicação de valores de acordo com a ideia de razão prática e em que medida o chamado princípio da proporcionalidade seria um elemento metodológico propício para o controle das

subjetividades dos julgadores para não deixar a decisão sob o arbítrio de suas preferências pessoais.

Com essa exposição, pretende-se indicar como o modelo de análise lógico-argumentativa de Alexy ainda mantém abertas as lacunas no processo de atribuição de conteúdo aos enunciados normativos, o que leva ao problema de que os juízos de julgamento, mesmo que estribados na ponderação, sejam dependentes de uma atribuição de conteúdo valorativo que não pode ser objetivada. A única forma de não cair no subjetivismo seria a aceitação, embora de forma não pressuposta ou inconsciente, do compartilhamento intersubjetivo das razões que levaram à preferência condicionada (como chama Alexy) de um valor sobre o outro no caso concreto. Mas isso dependeria, ainda assim, da atribuição de uma “quantidade de valor” a um princípio superior ao outro que com ele colide no caso concreto.

Para tanto, seria necessário o pressuposto de que os destinatários da norma (ou, pelo menos, aqueles que compõem o auditório ao qual se dirige o responsável pela decisão), concordam com a atribuição de quantidade de valor feita pelo órgão que decide (ou, pelo menos, com suas razões para a escolha da norma concreta baseada em valor oposto ao outro que estava em questão). Contudo, isso leva à situação de que o órgão responsável pela última palavra no processo de decisão jurídica se coloque como capaz de apreender como a sociedade compreende os seus valores e como a sua racionalidade (e não as outras que igualmente se apresentam com pretensão de validade) é capaz de dar a resposta mais adequada para o caso – uma espécie de superego da sociedade (MAUS, 2002), dando um caráter autoritário à decisão.

O objetivo dessa parte é, portanto, demonstrar como Robert Alexy fundamenta a possibilidade de uma hermenêutica de valores com base na técnica da ponderação e quais as suas limitações, a fim de deixar claro que as críticas positivistas ao problema hermenêutico não foram de todo superadas. Sendo assim, a proposta da aplicação do princípio da proporcionalidade ainda depende da pressuposição de valores compartilhados, mesmo que isso só fique evidente para casos concretos. Ou seja, o pressuposto desse modelo hermenêutico é o de que a constituição é um modo de afirmação de valores da sociedade que precisam ser realizados concretamente.

A terceira parte, então, tenta recuperar os problemas epistemológicos que contextualizam, na história das ideias, as vinculações teóricas dos principais autores trabalhados. Assim, se no primeiro capítulo se faz a vinculação de Kelsen e Ross com o neopositivismo e de Hart com o pragmatismo, o terceiro capítulo tenta mostrar como o

problema da linguagem transforma-se em problema sobre as condições de conhecimento. Desse modo, a relativização inicial da ética converte-se em relativização das próprias condições de verdade do discurso científico, o que viabiliza a aproximação entre os universos descritivo e normativo. Afinal, ambos lidam com a aproximação da verdade e com o controle racional das condições pragmáticas do discurso, no intuito de impedir o absurdo.

Além do mais, faz-se uma aproximação entre o uso do conceito de ciência normal em Thomas Kuhn com a tentativa de Alexy de manutenção da coerência dogmática, para indicar que, entendida a dogmática como saber paradigmático, enquanto funcione como ciência normal, ela pode ser aproximada da tentativa de axiomatização do sistema do direito. Assim, todo o esforço teórico de Alexy é no sentido de tentar demonstrar que o direito, entendido como sistema normativo composto por regras e princípios, pode ter suas regras de conteúdo empírico (princípios entendidos como valores) e de transformação sintática (regras de argumentação) que garantam a racionalidade interna do sistema. A aceitação disso mostraria que o positivismo, tal como exposto no primeiro capítulo, decorre da má compreensão do ponto de vista interno do sistema, assim como Kuhn, por meio do conceito de paradigma, tenta mostrar como o cientista está inserido em um jogo de linguagem, não sendo mero observador, mas participante efetivo que assume as “regras do jogo” (uma visão interna da ciência, portanto). Não é à toa que ambos recorrem à filosofia da segunda fase de Wittgenstein.

A partir do caminho traçado para a compreensão dos efeitos da filosofia da linguagem na teoria da ciência, é possível esclarecer os limites da proposta de Alexy, que depende da visão interna do direito. Mas as posições de observador e participante não são estanques nem pressupõem, necessariamente, papéis diferentes daqueles envolvidos com o jogo de linguagem do direito. As duas posturas são, na verdade, intercambiáveis, como a de qualquer jogador, que precisa ser capaz de observar de fora para ver as possibilidades e os limites do jogo (e, às vezes, até para entender o que o jogo exige – o que não é incomum com jogos de regras complexas que lidam com uma gama infinita de possibilidades de ação).

A teoria da proporcionalidade, com o auxílio da tese da argumentação jurídica como caso especial da argumentação geral, é a tentativa de manter o jogo de linguagem do direito funcionando coerentemente com base nos pressupostos de exigibilidade normativa. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade, tal como enunciado por Alexy, é fruto do esforço de achar regra de racionalidade que permita, para os casos concretos, fechar o raciocínio, manter a exigibilidade de que a decisão seja fruto, se não da norma, de algum

processo de racionalidade estritamente normativa.

Ocorre que esse raciocínio normativo depende, de acordo com a relação que se faz das exigências de Alexy sobre os conceitos de regra e princípio com a teoria da argumentação como regras de inferência, da aceitação das presunções jurídicas sem maiores contestações (o que permite aproximar, como dito, a ideia de dogmática em Alexy com o conceito de paradigma de Kuhn). Mas o que o jurista de Kiel parece não considerar com a devida atenção é que foi exatamente a visão externa do direito privilegiada pelos positivistas que colocou o normativismo em questão. Por paradoxal que seja essa afirmação, os positivistas, ao assumirem o direito como conjunto de normas, mostraram que essa visão, para propiciar respostas concretas nos momentos de decisão, necessita de conteúdos valorativos que não podem ser justificados. Ou seja, o decisionismo positivista é a consequência de uma visão de esgotamento paradigmático.

Para recuperar a crença no direito, toda concepção de Alexy depende, portanto, de restabelecer a racionalidade dos juízos morais, para, então, mostrar como essa racionalidade é intrínseca ao direito. Assim é que seu critério de justiça, baseado mais na pretensão de correção do que em valores em abstrato, fica na dependência de assumir os valores concretos que entram no sistema e podem se apresentar, nos casos que surgem à apreciação, em conflito. A pretensão de correção não é uma regra formal de justiça, ela emana de valores mínimos compartilhados que possam indicar conteúdos de justiça. Segundo ele, os valores podem ser defendidos racionalmente. Mas, no direito, os valores que estão no sistema são exigíveis, não se podendo questioná-los a todo momento. Além disso, os princípios, como valores, são os conteúdos empíricos aceitos que condicionam as derivações normativas do sistema.

O problema é que, só com base em princípios/valores, o sistema não fecha, pois tais princípios se transformam em axiomas que entram em contradição. Essa foi a crítica positivista baseada na relativização da ética e do conhecimento propiciada pela filosofia da linguagem na sua vertente analítica. A proporcionalidade tem a função de regra de compreensão racional do sistema jurídico que busca realizar a exigência de não contradição. Não é propriamente regra jurídica, mas regra metodológica para o funcionamento interno do sistema (daí a sua insistência em privilegiar o ponto de vista interno, pois, desse ângulo, o participante não vê as contradições: ele as percebe como insuficiências suas e não do ordenamento). Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade seria uma regra de raciocínio aceita para que o sistema seja percebido como coerente.

No entanto, o próprio Alexy se vê forçado a reconhecer, por diversas vezes, que a proporcionalidade não é uma hipernorma que determina o conteúdo dos princípios e das regras, mas uma estrutura de racionalização dos juízos morais no direito que, repita-se, permite pensar o ordenamento como coerente do ponto de vista interno. Isso significa que a proporcionalidade permite eliminar os absurdos do sistema, mas não é regra de derivação estrita, a permitir dedução de uma única conclusão. Da proporcionalidade podem-se inferir ainda muitas regras que são possíveis no sistema, de modo que o que este princípio faz é forçar a argumentação. Não são mais as inferências, mas as razões para as escolhas que serão determinantes. E as escolhas são fruto de uma decisão (que precisa ser justificada, embora não seja a única possível), tal como em um sistema científico muitos conceitos e inferências tidos como válidos são frutos de decisões, pois as regras de derivação não são suficientes para eliminar todas as possibilidades³.

Em última instância, Alexy vê-se obrigado a se colocar na posição de observador e a assumir que a proporcionalidade força a argumentação, mas não necessariamente o acordo na decisão. Em outras palavras, a teoria da argumentação e a proporcionalidade, como conjunto de regras para inferência e eliminação da contradição, não superam aquilo que os positivistas já tinham denunciado: não há regra racional, encarando-se o direito como conjunto de normas, para chegar a decisão que seja resultado apenas de processos de inferência, eliminando-se a subjetividade e o fator político na decisão judicial. Em outros termos, nem o modelo de direito como valores assumidos coletivamente que podem ser transformados em princípios na linguagem jurídica é capaz de sustentar o modelo paradigmático normativista.

³ É isso que mostra Perelman (1998), quando afirma que todo sistema lógico é aberto, pois não se podem controlar todas as inferências possíveis dos axiomas aceitos, e ao lembrar que a axiomatização também depende de escolhas. Outrossim é o que revela Carnap (1988b), ao assumir que não há proposição em posição privilegiada em um sistema científico. E é ainda o que sugere Popper (2010), quando diz que a axiomatização e as proposições a serem mantidas dependem de decisões a serem tomadas pelos cientistas, desde que isso não impeça o seu potencial para a falsificação.

1 A crítica positivista à teoria da interpretação

As dificuldades da teoria do direito contemporânea têm se voltado para as questões da interpretação e aplicação do direito. O motivo para isso é que, com o aumento da complexidade social advinda da modernidade, o direito, visto como conjunto de normas coerentes e sistemáticas, cada vez mais apresenta, ao longo dos dois últimos séculos, dificuldade para regular todas as formas de ação possíveis em sociedade. Além disso, simultaneamente, a demanda por regulações normativas aumenta, em razão da expansão das possibilidades de ação, criação de identidades e de mercados e do incremento das atividades exigidas do Estado. Em poucas palavras, o direito moderno vive o paradoxo de ter de regular cada vez mais pelo fato de conseguir regular cada vez menos.

Consequência disso é que as novas normas são criadas de formas cada vez mais abertas (e as antigas são percebidas de maneira também indeterminada), o que gera como resultado a perda do padrão positivo e estável dado pelo texto normativo, que nos séculos XVIII e XIX foi a resposta para as incertezas do direito pré-moderno. Conquanto a letra da lei tenha, já há algum tempo, deixado de ser a referência única para a aplicação da norma, exatamente por ser insuficiente para dar conta de todas as possibilidades de sua aplicação, a teoria jurídica e a dogmática do direito foram desenvolvendo, ao longo do século XIX e meados do século XX, métodos de interpretação que buscavam determinar a racionalidade da lei e dar coerência orgânica ao conjunto de normas de modo que fosse possível controlar a decisão para evitar qualquer arbitrariedade do juiz na aplicação das normas positivadas.

Pode-se dizer, então, que grande parte do esforço sobre o pensamento jurídico do século XX se deu em função da tentativa de estabelecer parâmetros para a aplicação coerente e justa das leis que compõem um ordenamento jurídico, mantendo-se os parâmetros de sua legitimidade. O ponto nodal está, portanto, no cruzamento entre a atividade de interpretação e aplicação do direito por parte do juiz no seu processo intelectual sobre o direito e a manutenção de uma vontade que não lhe pertence, mas que é o critério de legitimação da produção e da exigibilidade de vinculação ao ordenamento.

Esse o motivo de a filosofia do direito no século XX ter se voltado, em grande parte, para o problema da interpretação, tentando estabelecer técnicas que permitissem o processo de apreensão do conteúdo normativo baseado em procedimento racional que

controlasse a subjetividade do magistrado no momento da aplicação do direito. Assim, tanto a epistemologia quanto a dogmática jurídica buscaram meios para que a aplicação das normas se mantivesse como processo racional que determinaria em concreto a vontade da lei prevista pelo critério de legitimidade estabelecido em abstrato para a validade do ordenamento.

Todavia, a dificuldade em estabelecer padrão de valores compartilhados que pudesse ser justificado como universalmente válido por um modelo metafísico e a complexidade das escolhas disponíveis às instâncias estatais e não estatais de decisão em termos de distribuição de riquezas sociais levaram vários teóricos do direito a uma postura cética sobre a possibilidade de controle racional da atividade de aplicação da norma, principalmente no que tange à atividade judicial. Ao herdarem o ponto de vista do positivismo do século XIX, em que o direito foi reduzido à aplicação da norma escrita e a interpretação à vontade subjetiva do legislador (BOBBIO, 1995), alguns dos teóricos do direito mais influentes do século XX viram na indeterminação da norma, bem como na sua insuficiência em controlar todos os aspectos da ação aos quais se propunham, a impossibilidade de recursos metodológicos, racionais ou teóricos capazes de controlar e direcionar a atividade de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Os positivistas⁴ do século XX transformaram a supremacia da norma na própria incapacidade do direito de regular as condutas e as formas da sua aplicação⁵, tentando mostrar a impossibilidade de teoria da interpretação que levasse o aplicador a uma única resposta correta e justa ao caso concreto que se apresenta. Para esse positivismo, é impossível que o direito leve à justiça, e não existem ferramentas técnicas ou teóricas capazes de determinar a decisão dos órgãos responsáveis pela aplicação das normas, pois não é possível controlar a atividade interpretativa. Tal postura levou ao relativismo e ao decisionismo na teoria jurídica sobre a hermenêutica. Esse o ponto a ser analisado primeiramente.

⁴ Seria melhor chamá-los de normativistas, pois a questão epistemológica que colocam é a redução do direito ao conjunto de normas escritas. No entanto, em razão da já consagrada designação como positivistas, será mantida a denominação. É bem verdade que os autores assim classificados buscam elementos concretos que viabilizem a base de verificação empírica dos enunciados sobre as normas, condizente com as propostas epistemológicas de modelos científicos classificados como positivistas. Contudo, é importante não confundir o positivismo jurídico do século XX com aquele do século XIX, em que o direito é dito positivo pelo simples fato de estar escrito em documento formal. Para este estudo são considerados protagonistas os seguintes autores: Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert Hart.

⁵ Wittgenstein (1999, §§ 84 e 85) fala da impossibilidade de qualquer regra regular as suas próprias condições de aplicação.

1.1 O relativismo sobre a interpretação em Kelsen

Até o início do século XX, a ciência do direito buscava estabelecer as bases seguras para a aplicação certa e justa do direito, visto, já a partir do século XIX, como norma fruto da vontade legiferante ou produto de relações sociais diversas⁶ que se expressam em normas gerais e abstratas. Nesse sentido, com o direito reduzido ao conjunto de leis escritas de um país, o problema da aplicação do direito traz consigo o problema da interpretação, ainda que seja para negá-la.

O primeiro grande modelo moderno que trata dessa questão é aquele trazido pela Escola da Exegese, exemplo clássico do positivismo jurídico. Após os movimentos codificadores do final do século XVIII e o auge da sua realização com o Código Napoleônico no início do século XIX, a discussão jurídica gira ao redor da contenção do poder do magistrado responsável pela aplicação do direito. Se antes o juiz tinha imensa liberdade na aplicação das normas, em razão da falta de hierarquia clara entre as fontes e da ausência de sistematização das leis (BOBBIO, 1995), agora a lei elaborada pelo legislador deveria ser o único parâmetro de regulação das condutas⁷.

Essa restrição à lei serve como elemento garantidor da contenção do Poder Executivo e do Judiciário, da manutenção da supremacia do Legislativo e garantia da certeza de como agir em sociedade por parte dos indivíduos vinculados ao direito. Assim, preserva-se a segurança jurídica, a separação dos poderes e esta, a liberdade. A lógica é a seguinte: a certeza sobre as leis garante a todos o conhecimento de como agir, do que é permitido e proibido, de forma que as mesmas regras se aplicam para todos, sem as distinções de privilégios típicas do Antigo Regime (este é o princípio da igualdade formal). A separação dos poderes garante que os órgãos responsáveis pela manutenção do Estado não vão abusar de suas competências, de forma que os órgãos responsáveis pela manutenção da ordem, da segurança externa e da administração da coisa pública não irão além daquilo que é determinado pelas leis; os órgãos responsáveis por verificar a violação da lei em situações concretas não vão tratar os indivíduos de maneira diferente em casos concretos, de acordo com a subjetividade do magistrado; o legislador, por sua vez, criará leis voltadas para todos e, apesar de, em princípio, não poder ser controlado pelos demais poderes (a conhecida

⁶ Karl Larenz (1997) descreve bem a evolução do pensamento jurídico alemão contemporâneo mostrando as bases de formação dos modelos positivistas normativos e sociológicos.

⁷ A crença que sustenta esse novo modelo social é a de que todo indivíduo nasce igual aos demais, livre e proprietário, ainda que seja apenas de si mesmo. Todo o direito moderno é estruturado em cima dessas bases, que são o sustentáculo do positivismo. Veja-se CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 20-22.

supremacia do Legislativo), sofre o controle do poder popular, pois, como representantes do povo, os legisladores estão sujeitos ao controle nas eleições periódicas. A segurança jurídica está na certeza de que esse esquema não será violado e de que a lei será aplicada para todos igualmente.

Deve-se dizer que o modelo descrito tem como função, em última instância, a garantia da liberdade, pois, se um poder não pode se sobrepor a outro, limita-se o abuso de poder e se as leis são as mesmas para todos, ninguém pode violar o espaço de ação dos demais, o que tem como resultado que todos são igualmente livres para fazer aquilo que não lhes é igualmente proibido. É dentro dessa estrutura político-institucional que surgem as considerações da Escola da Exegese. Se o legitimado para a criação da lei tem como dever representar o povo e garantir, por meio de normas gerais e abstratas, que todos possam ser livres para decidirem sobre suas escolhas privadas (representar todos implica não deixar interesses de grupos particulares preponderar), é importante que o juiz não vá além daquilo que a lei estabeleceu. Assim, o papel do aplicador é seguir o que dispõe a literalidade da lei criada pelo Legislativo. Caso isso não seja possível, deve recorrer à vontade do legislador, seja a vontade ficta (analogia), seja a vontade real – por meio de consulta ao legislador para que esclareça o que quis dizer, que é a ideia de interpretação autêntica (BOBBIO, 1995).

Claro está que qualquer atividade interpretativa por parte do juiz pode fazê-lo desviar-se do que diz a lei ou do que foi a intenção⁸ do legislador, violando a separação dos poderes (pois o magistrado estaria a legislar ao atribuir um sentido à lei diferente daquele dado pelo legitimado para a sua criação). Isso leva à insegurança jurídica (não se tem mais previsibilidade do comportamento) e ao desrespeito à liberdade (aquilo que era permitido passa a ser proibido *ex post facto*) e à igualdade (no caso concreto, alguém tem um tratamento diferente daquilo que era prescrito em lei). Pode-se dizer, então, que o modelo da Escola da Exegese como pensamento sobre a atividade de aplicação do direito responde inegavelmente às expectativas do paradigma do Estado liberal⁹.

Se a Escola da Exegese responde a um modelo determinado de Estado e, portanto, teórico, a mudança de paradigma estatal implica a necessidade da mudança de

⁸ É interessante diferenciar *intenção* de *propósito* do legislador. Intenção tem um aspecto psicológico mais concreto, dizendo respeito ao que o legislador quis, de fato, dizer, enquanto propósito se refere a um elemento psicológico mais abstrato, pois se refere àquilo que o legislador pretende alcançar como resultado com a medida implementada (SHECAIRA, 2010, p.13). O recurso ao propósito do legislador relaciona-se com modelo de aplicação da lei mais complexo que aquele proposto pela Escola da Exegese pelo fato de estar vinculado a outro modelo de Estado, o que será abordado logo a seguir.

⁹ Sobre a Escola da Exegese, veja-se PERELMAN, 1998; SOLER, 1962; FASSÓ, 1994; BOBBIO, 1995. Para um rápido olhar sobre a relação entre a Escola da Exegese e o liberalismo, ver SIMON, 2008 e 2010.

concepção do papel do juiz. Com a falência do modelo liberal, o Estado assume tarefa muito mais abrangente. No primeiro paradigma de Estado moderno, cabe ao poder público apenas garantir as escolhas individuais e o funcionamento livre do mercado. No modelo seguinte, o Estado assume o ônus da distribuição da riqueza social e do desenvolvimento nacional. Além disso, com o crescimento da economia, as relações sociais tornam-se muito mais complexas, de modo que a representatividade social não se dá mais em termos apenas da soma de indivíduos que compartilham algumas expectativas, mas de grupos de interesse e pressão que querem alcançar esferas de poder no âmbito público para que suas visões de mundo possam prevalecer como modelos do que é melhor para a coletividade. Daí o surgimento e a organização dos partidos políticos, que representam mais do que conjuntos de indivíduos, senão projetos político-ideológicos que se pretendem mais condizentes para a coletividade.

Também as relações jurídicas ganham em complexidade. Indivíduos, grupos e coletividade têm de lidar com relações com o Estado e entre si, de forma que o direito não pode mais ser visto como conjunto de normas que regulam relações interindividuais, mas como regulador de relações de interesse público em oposição a interesses privados e como normatizador de relações que envolvem grupos e coletividades, e não apenas indivíduos singulares (um bom exemplo é o surgimento dos contratos de adesão). Essas são as características, em síntese muito breve, do paradigma do Estado Social¹⁰.

Essas transformações levam à necessidade de nova perspectiva sobre a aplicação do direito. A norma deve ganhar significado não apenas por suas palavras, mas dentro do contexto normativo que incorpora fins sociais, realização de metas econômicas e resultados práticos em sociedade e valores identificados como pertencentes à maioria representada pelo governo (tanto no Executivo quanto no Legislativo). Assim, as técnicas de interpretação teleológica, histórica e sistemática surgem como respostas metodológicas na tentativa de permitir que o juiz possa realizar o direito em situações muito mais complexas que aquelas que se apresentavam no modelo anterior enquanto busca, ainda, controlar a sua liberdade de julgamento¹¹. Tanto é assim que as discussões sobre a interpretação jurídica são

¹⁰ Sobre o Estado Social, ver HABERMAS, 1998; ROSANVALLON, 1997; CARVALHO NETTO, 1999; SANTOS, B. S., 2000; e SIMON, 2005.

¹¹ Exemplo disso é a inclusão, no art. 5º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657 de 1942), da aplicação da lei com base na sua finalidade social e tendo em vista o bem comum. Aqui, o critério não é mais a intenção do legislador, mas o seu propósito (ver nota 3). A evolução do pensamento da teoria do direito na Alemanha foi desenvolvida por Larenz (1997). Por tal perspectiva, vê-se que a Alemanha não teve um positivismo legalista como a Escola da Exegese na França, mas a passagem de um modelo historicista como o de Savigny para a jurisprudência dos conceitos como forma de redução lógica dos conteúdos jurídicos e, posteriormente, o reconhecido sucesso da jurisprudência dos interesses, em que os institutos e as normas devem ser interpretadas a partir dos conteúdos sociais concretos presentes no momento de elaboração das normas (que

vistas como questões de metodologia, ou seja, técnicas para o controle da racionalidade que ganham sentido obrigatório para o aplicador do direito, no intuito de manter o papel preponderante da vinculação às leis por parte dos juízes, ainda que estas não possam mais ser aplicadas por meio da mera subsunção¹².

Contudo, como bem se nota, a mudança de perspectiva e a variabilidade dos métodos hermenêuticos na aplicação do direito mostram tanto as possibilidades de escolhas que se apresentam aos responsáveis pela aplicação da lei, quanto a impossibilidade da simples subsunção do fato à norma. Deixa claro, também, que o problema da interpretação e aplicação da lei está relacionado com modelos ideológicos e aceitação de valores que direcionam as perspectivas de justiça dos aplicadores do direito. Isso quer dizer que a subjetividade do magistrado se apresenta de maneira mais clara, pois, na sociedade em que a formação das maiorias legislativas se dá por meio de acordos e composições de representantes de interesses diversos e em que a constituição afirma metas e valores abstratos a serem alcançados e realizados, a objetividade sobre os conteúdos das normas e os seus propósitos não são mais tão evidentes quanto poderia ser num modelo em que o papel do Estado é simplesmente proteger a propriedade e impedir que a liberdade individual seja limitada arbitrariamente.

Essas questões são rapidamente identificadas pelas correntes positivistas do direito no século XX. Ao perceberem que não existe mais uma base sólida para a afirmação de valores universais e que a complexidade do direito positivo não permite uma atividade de mera dedução silogística do conteúdo da decisão jurídica por parte do juiz, os positivistas negam a possibilidade da existência de métodos racionais de controle do processo interpretativo e de aplicação normativa, levando ao decisionismo¹³. Ao abandonarem uma referência fixa externa ao direito dado ao Estado como elemento de controle do conteúdo das normas e ao reconhecerem que as normas que deveriam cumprir esse papel são abertas semanticamente, os positivistas viram como uma das características do direito e da atividade decisória exatamente a indeterminação.

são, nesse contexto, fruto dos interesses em disputa) mostram a relação dos modelos de interpretação mais influentes com a formação da unidade alemã, um liberalismo nas concepções de direito privado e o reconhecimento de uma sociedade que não pode mais ser pensada em termos de simples relações interindividuais.

¹² “As leis continuam a desempenhar na nossa vida jurídica, tal como dantes, um enorme papel: os juízes estão obrigados a elas recorrer sempre que se adequem a uma situação de facto. De outro modo deixariam as leis de ser ‘coagentes’ e falhariam a sua tarefa de direcção no seio da comunidade. Carecem assim e sempre de interpretação, e visto que esta deve convalidar o que o legislador (de modo racional, com consideração do escopo da regulação e das relações reguladas) pretendeu dizer (dispor), não pode o intérprete aqui proceder de modo arbitrário ou discricionário” (LARENZ, 1997, p. 2-3).

¹³ Decisionismo é entendido, aqui, como o fato de o aplicador da norma não ter elementos de controle para a sua atividade, de modo que o conteúdo significativo final a ser aplicado depende da sua escolha subjetiva.

O primeiro autor a colocar em questão a possibilidade de que os métodos interpretativos no direito levassem a uma única resposta correta foi Hans Kelsen, com a sua pretensão de estabelecer as condições de uma ciência rigorosa do direito que pudesse ser controlada por métodos semelhantes aos das ciências naturais¹⁴, fazendo isso com base nas propostas e discussões do neoempirismo lógico (proposto pelo conhecido Círculo de Viena)¹⁵.

As propostas da filosofia analítica feitas pelos neoempiristas dizem respeito à redução do sentido semântico das proposições apenas àquelas que podem ser verificadas empiricamente, ou àquelas que, por sua estrutura formal, dão as condições de sentido do uso da linguagem. As primeiras pertencem à ciência, as segundas pertencem à lógica. O que se pretende com isso é reduzir o âmbito do conhecimento àquilo que pode ser verificado no mundo empírico, que é a função da ciência, restando à filosofia o papel de traçar as condições de verificabilidade e da coerência do discurso científico. Anuncia-se, portanto, a morte da metafísica (SCHLICK, 1974). Qualquer proposição que pretenda falar algo sobre o mundo deve poder ser verificada na realidade empírica e enunciada de modo que possa ser qualificada como verdadeira ou falsa. Assim, proposições que não possuam valor de verdade definidos ou que não possam ser verificadas não pertencem ao âmbito do conhecimento controlável, devendo ser eliminadas de qualquer discurso científico.

Nesse contexto, as proposições da ética são enunciadas sem sentido, pois não podem ser verificadas empiricamente nem há como qualificá-las como verdadeiras ou falsas. A ética não pode ser fonte de conhecimento, pertencendo à metafísica. As normas, do direito ou da ética, são vistas como manifestação de ato de vontade, que, por sua vez, nada mais seria que um fato psicológico, e só nesse sentido poderia ser objeto da ciência. Ou poder-se-ia averiguar os valores concretamente compartilhados e seguidos por determinado grupo ou comunidade e, nesse sentido, ganhariam positividade por serem seguidas efetivamente, podendo ser objeto de ciência social, como a sociologia ou a antropologia¹⁶.

Hans Kelsen assume esse caráter indeterminado e subjetivo do conhecimento acerca dos valores na sua Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1998a). Seu propósito é criar uma teoria sobre o direito que seja livre dos conteúdos político-ideológicos

¹⁴ Larenz (1997), no mesmo sentido da exposição deste trabalho (com a diferença que segue na descrição de Kelsen como neokantiano, perspectiva não assumida aqui), entende que a proposta de Kelsen está voltada para a descrição apenas das relações lógicas das normas, sem qualquer preocupação com seus conteúdos de valor.

¹⁵ Uma relação entre a teoria de Kelsen e as propostas do Círculo de Viena encontra-se em SIMON, 2006.

¹⁶ Para resumo sobre as principais teses compartilhadas pelo Círculo de Viena, que deu margem ao cientificismo e empirismo até meados do último século, conferir CARNAP, 1935. Sobre a influência dessa perspectiva filosófica acerca do direito, consultar WARAT, 1995.

que tradicionalmente orientavam o estudo do direito, bem como dotar essa ciência de método de investigação próprio, diferenciado das outras ciências empíricas que também podem ter o direito como objeto (caso da sociologia, da antropologia e da psicologia). O desafio de Kelsen, então, é delinear as condições de compreensão do objeto próprio da ciência do direito.

O protagonista da Escola de Viena começa por delimitar qual o objeto específico da ciência do direito, que é a norma, conforme se apresenta no convívio social. Mas a preocupação com o meio social está relacionada apenas com o fato de a norma identificada ser seguida ou não, nada tendo a ver com as condições sociais de sua produção, contexto, práticas políticas, valores inseridos no comando, etc. Isso porque, para Kelsen, o direito é técnica de controle social baseado na coerção¹⁷. Como tal, é necessário que seu arcabouço normativo seja minimamente seguido, pois, caso contrário, não exerce qualquer influência no comportamento das pessoas por ele regulado. Assim, o mínimo de eficácia é a garantia da sua existência, o que quer dizer, da sua positividade. Entretanto, o mínimo de eficácia é apenas um indicativo de que a norma cumpre a sua função. Uma regra de direito pode não ser efetivamente observada em determinadas situações, mas ainda assim gerar a expectativa de que seja aplicada, pois pertencente ao ordenamento jurídico. Esse pertencimento que gera a exigibilidade da aplicação da norma indica que ela é válida.

Uma vez que o ordenamento como um todo é geralmente seguido, as normas criadas pelos órgãos competentes geram a pretensão de exigibilidade por parte dos seus destinatários em abstrato. Mas essa pretensão não está relacionada à vontade de quem criou a norma, mas ao fato de a sua criação ser autorizada pelo sistema vigente. Portanto, o que fundamenta a validade da criação da norma é a existência de outra norma que autoriza e regula o seu modo de criação. Para tanto, essa norma reguladora da criação de outra norma precisa ser hierarquicamente superior, de modo que não possa ser alterada pela própria norma a ser criada.

O resultado disso é que, para Kelsen, o fundamento de validade objetivo (em oposição ao subjetivo, que é a vontade de quem a criou) é o fato de estar de acordo com norma hierarquicamente superior. A última norma a gerar a validade das demais é a constituição (ou, em caso de uma sequência de constituições que não tragam uma ruptura institucional, a primeira constituição histórica). Esta, por sua vez, não tem fundamento de validade no ordenamento, mas na pressuposição de uma norma que fecha logicamente o sistema para que ele possa ser interpretado apenas nos seus aspectos deonticos, sem ter de

¹⁷ Sobre o conceito de direito referido, conferir KELSEN, 1998a, p. 52-53.

levar em consideração atos de vontade, contexto histórico e político e fatores ideológicos. Essa é a chamada norma fundamental, que diz algo como: as pessoas devem se comportar conforme vêm se comportando desde a implementação da constituição.

Como se verifica, a norma fundamental nada mais é que a formulação tautológica que fecha o sistema logicamente, para que não haja regressão da validade ao infinito e pressupõe que as condições sociais que viabilizaram a estabilidade da constituição deram origem a uma norma segundo a qual a constituição deve ser cumprida, ao mesmo tempo em que elimina a necessidade da busca de um conteúdo prévio que dê fundamento de legitimidade baseado em critérios de justiça¹⁸.

Diante disso, o critério de existência da norma é a sua validade. Norma inválida é norma inexistente¹⁹. Como ela não depende de situações fáticas para a sua validade, estas não influenciam a ciência do direito, que deve dar conta do seu objeto, que existe em função do fato de ser conforme a norma superior dentro do ordenamento válido. Cabe ao cientista do direito, portanto, apenas a descrição das condições de validade da norma (seu

¹⁸ Pois a justiça, como derivada da realização de valores tidos por universais e obrigatórios, pertence ao plano da subjetividade e da metafísica, o que não é possível de ser observado empiricamente, conforme acima referido. A discussão sobre a subjetividade da justiça e a impossibilidade da sua fundamentação encontra-se em KELSEN, 1998a, cap. 2, e KELSEN, 1998b. A respeito da norma fundamental, consultar KELSEN, 1998a, p. 56 e p. 224-238; 1998b. Luís Fernando Barzotto (2007) tenta criticar Kelsen buscando exatamente uma incoerência no seu critério de validade. Ele afirma que, em última instância, o próprio representante da Escola de Viena viola a separação, que lhe é tão cara, entre ser e dever ser e reduz a validade do ser à eficácia concreta, o que estaria dentro mesmo do conteúdo da norma fundamental que coloca como pressuposta. Como Barzotto (2007, p. 38-39), propositadamente, exclui o caráter epistemológico da norma fundamental, acaba por confundir as coisas. Assume que a norma fundamental é uma norma que regula algo realmente e, quando Kelsen a coloca no sistema, transforma-a num critério de validade que é um círculo vicioso, pois baseia o sistema que precisa já ser eficaz para que a norma fundamental seja válida. Contudo, a relação entre ser e dever ser está em que o direito regula ações possíveis e que realmente ocorrem. Caso contrário, seria um sistema inútil ou meramente imaginário. Kelsen ajusta essa postura quando fala na relação com o substrato modalmente indiferente – em que o conteúdo linguístico foco do dever é o mesmo que descreve o fato, circunstância que permite a aplicação da norma (KELSEN, 1991). A norma fundamental não é critério normativo de validade jurídica, mas de caráter epistemológico, exatamente na perspectiva que Barzotto preferiu não enfrentar. Como de um ser não se deriva um dever ser, é preciso que se assuma que o dever ser veio de uma norma. Isso porque, por mais que normas que contraria outras superiores ganhem eficácia e possam se tornar válidas, não é com todas as normas que contrariam o sistema que tal acontece. Ora, isso quer dizer que se pode inferir nova norma: a de que aquele conteúdo é válido e deve ser seguido (não fosse assim, o conceito de mutação constitucional seria inútil). A norma fundamental, ao remeter à eficácia da primeira constituição histórica, nada mais é que sentença normativa enunciada retroativamente. Sua função não é determinar o critério de validade concreto do sistema, mas o critério de validade para a análise puramente descritiva do sistema como conjunto apenas de normas, sendo desimportante (apenas para o cientista do direito) a origem da vontade ou do modelo de valores que, por qualquer motivo, passam a ser aceitos pela sociedade. A norma fundamental possui intencionalmente, portanto, função circular, mas não torna o sistema um círculo vicioso, pois o que faz é justamente impedir a regressão *ad infinitum* da descrição da validade e propiciar o corte *epistemológico* das condições de descrição do ordenamento, retirando a necessidade de maiores atenções às forças políticas e conteúdos éticos. Como repete várias vezes Kelsen, a norma pressuposta não tem qualquer conteúdo, seja ético, seja referente a quaisquer modelos políticos; não pertence sequer ao ordenamento. É critério de validade apenas para o conhecimento do direito, não na hierarquia da validade (que deve parar na constituição ou no direito internacional). Não pode ser, assim, norma de caráter “ético-político”, como pretende Barzotto (2007, p. 61-65).

¹⁹ No que tange à validade como critério de existência, ver KELSEN, 1998a, p. 19-25.

objeto de pesquisa) e da estrutura deontica das normas vigentes, estabelecendo as relações de imputação, respeitantes à consequência normativa do acontecimento do fato previsto na regra de conduta (se A é, então B deve ser), à semelhança das relações de causa e efeito (se A é, então B é). Só que as relações de imputação dependem de ato de vontade no seu estabelecimento (momento de criação da norma conforme o prescrito pelo sistema) e na sua execução (momento em que o responsável pela realização da sanção cumpre a norma individual dada pelo operador do direito no processo de verificação da conformidade do fato concreto com o fato abstrato previsto e, portanto, da sua aplicação ao caso concreto)²⁰.

As implicações desse modelo epistemológico para o problema da interpretação são bastante relevantes. Primeiro, a norma é, para Kelsen, esquema geral de interpretação de atos e fatos. Isso quer dizer que o fato só tem relevância para o mundo do direito e, portanto, para o cientista do direito, caso esteja presente na norma jurídica (KELSEN, 1998a, p. 2-4). A relação entre o ser do fato e o dever ser previsto na norma se dá por meio da linguagem, em razão do substrato modalmente indiferente entre a proposição descritiva do fato e a sua previsão em abstrato na prescrição da regra a ser aplicada²¹. Assim, o primeiro requisito para a aplicação da norma é a atribuição do conteúdo semântico que se refere ao substrato modalmente indiferente.

As consequências desta postura são que o aplicador da norma precisa atribuir sentido ao texto normativo para, só então, comparar os substratos modalmente indiferentes. Nesse ponto é que surge a questão da interpretação. Esse “atribuir sentido” significa que o aplicador precisa, no momento em que se depara com o texto legal, dizer qual o seu conteúdo semântico. Dois problemas básicos aparecem com clareza a essa altura.

Primeiro, o texto legal é escrito em linguagem comum, sujeita a todos os tipos de falhas e polissemias, tal como apontado pelos filósofos adeptos do Círculo de Viena e outros filósofos analíticos desse período, para quem os principais problemas da filosofia provinham da má compreensão do uso e estrutura da linguagem²². Tal circunstância gera a

²⁰ A respeito da relação de imputação e sua comparação com a relação de causalidade, consultar KELSEN, 1998a, p. 100-102. Ver, ainda, FASSÓ, 1994, 236-237.

²¹ Por exemplo, se existe a norma “deve-se pagar as dívidas contraídas em razão de empréstimos” e dada a proposição que descreve o fato concreto “A pagou a sua dívida contraída em razão de empréstimo”, o substrato modalmente indiferente é “pagar dívida contraída em razão de empréstimo”. Conferir KELSEN, 1991, p. 58-62.

²² Para esses filósofos, a linguagem representa o mundo na medida em que é capaz de expressar fatos. Quando se tenta ir além disso, ou seja, falar com pretensão de verdade sobre algo que não pode ser verdadeiro ou falso porque não respeita a fatos (ainda que apenas possíveis) do mundo, está-se no plano da metafísica, cujo conhecimento não pode ser verificado, sendo, na realidade, pseudoconhecimento. Contudo, mesmo ao tratar apenas daquilo que pertence ao mundo empírico, a linguagem apresenta outro problema, que é a sua indeterminação, pois as palavras e os signos em geral podem ser indeterminados quanto à sua significação ou

imprecisão no processo de subsunção, pois a palavra pode ter mais de um significado, dificultando a apreensão do conteúdo normativo com a descrição do fato ocorrido. O aplicador, então, precisa *escolher* um dos possíveis significados. Acontece que não há método que auxilie nessa escolha, de forma que qualquer um dos significados possíveis é válido, ficando marcada a discricionariedade no processo interpretativo e, portanto, a dependência da subjetividade do juiz.

O segundo problema se refere à questão dos valores. Como a norma é aberta, a variação no seu conteúdo significativo pode levar a resultados diversos e à visualização de determinado sentido, bem como a escolha entre um ou outro conteúdo normativo depende de critérios de valor pertencentes ao aplicador. Ora, como visto, valores não dizem respeito a fatos do mundo, de forma que não podem ser apreendidos objetivamente para serem compartilhados por todos. Se não há ciência dos valores corretos, não há como controlar a escolha valorativa do magistrado. A escolha final da atribuição de sentido normativo ao texto a ser interpretado mais uma vez depende da subjetividade do juiz.

Pode-se dizer, então, que, no que tange à interpretação jurídica, o papel do cientista do direito é apenas traçar a moldura interpretativa do texto a ser aplicado como norma. Deve descrever as possibilidades significativas que estão à disposição do juiz, mas este não possui mecanismos para estabelecer qual a melhor, a mais correta ou a mais justa interpretação. Já o aplicador do direito é que é dotado de poder para tal escolha, que não pode ser controlada por modelo racional intrínseco à lógica normativa do direito, inexistindo técnica que se aplique à interpretação²³. Em resumo, a atribuição de sentido à norma e o processo de escolha de significados são subjetivos, inexistindo método que leve à decisão correta ou justa. No tocante à hermenêutica, Kelsen apresenta a impossibilidade de controle do seu procedimento e de seus resultados²⁴.

1.2 *O relativismo sobre a interpretação em Ross.*

conter mais de um sentido. Assim, o rigor no uso da linguagem por meio de convenções bem estabelecidas ou de linguagem artificial (com suporte na lógica formal) seria essencial para a produção do conhecimento científico. O uso da linguagem ordinária gera confusões e imprecisões na descrição da realidade. Mas a linguagem nunca consegue ser completamente pura, pois os elementos últimos de significação sempre pertencem ao uso ordinário, que é de onde se parte para estabelecer os significados convencionados. Sobre essas questões, ver WITTGENSTEIN, 1994; CARNAP, 1935; NEURATH, 1965 e SCHLICK, 1974. Apresentações e análises dessa problemática podem ser encontradas em D'AGOSTINI, 2002; OLIVEIRA, 2001; APEL, 2000. Resumo dessas questões e sua relação com Kelsen estão presentes em SIMON, 2006.

²³ CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 49-50, também indicam análise nesse sentido.

²⁴ Sobre o problema da interpretação para o jurista de Viena, conferir KELSEN, 1998a, cap. VIII; KELSEN, 1997; CARVALHO NETTO, 2000; WARAT, 1979 e 1995; PAULSON, 1990; SIMON, 2006.

É importante levar em conta que essas considerações de Kelsen sobre o problema da interpretação são lastreadas basicamente nas reflexões sobre a linguagem proposta pela visão do neoempirismo lógico, tanto no que concerne à função representativa da linguagem quanto no que toca à ciência como descrição objetiva e desprovida de qualquer valoração, já que valores são, como visto, elementos subjetivos que não podem ser objeto de linguagem rigorosa e unívoca que os apreenda objetivamente, a não ser no caso de análise sociológica, a partir da qual o cientista pode averiguar valores que são efetivamente compartilhados por um grupo, mas sem qualquer possibilidade de apreciação sobre a sua correção ou justiça.

Entretanto, essa redução neoempirista da função da linguagem logo é vista como insuficiente. Primeiro, dentro dos próprios círculos de aceitação desse modelo surge a constatação de que não é possível linguagem artificial ou suficientemente convencionalizada que elimine vaguezas conceituais no seu uso, conduzindo à necessidade de aceitar que a descrição da realidade empírica nunca pode levar à certeza, pois os conceitos últimos que qualquer linguagem artificial necessita para poder funcionar são dependentes da linguagem natural. Sem isso, não é possível atribuir sentido aos conceitos básicos de sistema científico, pois é necessário recorrer a ela para a atribuição de sentido inicial. Isso quer dizer que não é possível se livrar totalmente da linguagem comum (NEURATH, 1965).

Acrescente-se que a linguagem não apresenta apenas função descritiva, e reduzi-la a isso é arbitrário. A linguagem tem a função de comunicar e gerar compreensão nas mais diversas formas de vida social. Toda a apreensão da realidade e todas as formas de convivência têm a linguagem como meio universal que permite a vida em grupo. Assim, todas as atividades sociais, desde a ciência à afirmação de valores morais, só são viáveis em razão dos diversos usos possíveis da linguagem.

Nesse sentido, a linguagem passa a ser encarada como forma de ação e não como mera estrutura de descrição da realidade. Assim, a linguagem é o meio universal que permite todos os modos de relação das mais diversas formas de vida e é na ação a elas inerente que a linguagem adquire o seu significado. Pode-se dizer, com isso, que toda significação é contextual e é necessário ter algum acesso a uma forma de vida social para que se possa compreender a maneira como palavras, gestos, expressões, etc. funcionam e o que significam. Essa mudança de perspectiva na compreensão da linguagem foi chamada, nos círculos da filosofia, de virada pragmática, levando os filósofos a falarem de uma filosofia da

linguagem ordinária²⁵.

O principal representante dessa mudança de perspectiva foi aquele que também já havia se tornado um dos maiores ícones do primeiro modelo: Ludwig Wittgenstein²⁶. Ao abandonar a proposta da busca de uma forma lógica da linguagem que fosse capaz de exprimir as suas possibilidades e limites, Wittgenstein passou a propor que não existe uma única linguagem, mas linguagens que são utilizadas nas mais diversas situações e cujos significados dependem dos contextos vivenciados e das formas de vida estabelecidas. Isso quer dizer que a linguagem não tem significado objetivo e serve para as interações sociais que acontecem nas mais diversas formas de vida.

Ao admitir essas características da linguagem, Wittgenstein assume que ela serve para todas as interações sociais, como representar, descrever, estabelecer regras e o que mais for possível na vida social. Como ela não é estrutura lógica fixa e *a priori* da realidade, essas funções adquirem significado na vivência de contextos sociais determinados, em que as pessoas dominam o uso das expressões, dos signos e qualquer outro meio de expressão verbal ou não verbal. Isso tem como consequência que os significados não dependem nem daquilo a que se refere o signo linguístico, nem daquilo que pretendia comunicar quem enunciou a expressão. O significado depende do uso das palavras ou expressões no contexto concreto em que ocorrem (OLIVEIRA, 2001, p. 139). Como fenômeno intersubjetivo, a linguagem adquire seu significado pela utilização correta na situação em que acontece. Isso quer dizer que o sentido dos signos linguísticos não vem daquilo que pensou quem enuncia (“o que tinha em mente”, como diria Wittgenstein), nem da sua referência ao objeto, mas daquilo que pode ser apreendido pelos participantes do processo de comunicação de acordo com a situação que vivenciam (SPANIOL, 1989, p. 56-63).

Se o uso adequado ao contexto é o critério de sentido da linguagem, aquele que fala deve saber “se movimentar” no ambiente em que se encontra. Ou seja, deve saber

²⁵ Sobre a virada pragmática na filosofia, conferir COSTA, 2002; D’AGOSTINI, 2002; OLIVEIRA, 2001; APEL, 2000.

²⁶ Wittgenstein (1994), na sua primeira fase, defendeu que a função da linguagem era representar o mundo e que isso era possível porque ambos apresentavam a mesma estrutura lógica, que seria a única coisa cognoscível independente da experiência. Ao perceber que essa era uma postura dogmática e metafísica, passou a entender que a linguagem ordinária não tem nada de errado e que ela mostra as diversas funções sociais que se pode realizar com ela (ou com uma linguagem trabalhada com base nela), de forma que a representação de fatos é apenas uma das funções possíveis. O importante é ver como a linguagem funciona nos seus mais diversos usos e compreender quando ela sai desses usos. Essa visão da linguagem aparece na obra *Investigações Filosóficas* (1999), publicada postumamente na década de 1950. Sobre as ideias da segunda fase de Wittgenstein, além da obra referida, ver APEL, 2000; CHAUVIRÉ, 1991; GLOCK, 1998; HALLER, 1990; HINTIKKA E HINTIKKA, 1994; MORENO, 2000; OLIVEIRA, 2001; SPANIOL, 1989 e SIMON, 2006.

como se colocar diante dos demais interlocutores para identificar quais são as possibilidades de sentido no contexto. Tal situação se assemelha à de um jogo. O ato de jogar depende do conhecimento das regras e das possibilidades de ação. A linguagem, para ter um significado adequado, precisa ser usada de acordo com as regras ditadas pelo contexto em que vai ser utilizada. Entretanto, as regras não determinam o conteúdo, assim como num jogo as regras não determinam uma jogada ou uma ação. As regras delimitam as possibilidades e a lógica do jogo, o seu “espírito”. Do mesmo modo, a linguagem deve obedecer aos limites do contexto, mas estes não determinam aquela, apenas direcionam o seu uso.

É dentro dessa perspectiva que Wittgenstein cunha o conceito de “jogos de linguagem”, querendo mostrar que a linguagem é parte de uma atividade ou forma de vida (WITTGENSTEIN, 1999, § 23). O uso da linguagem, que é a condição de seu significado, deve se dar de acordo com o contexto, o que diminui a importância da referência ao que se quer dizer ou a intenção de quem falou. Não adianta querer estabelecer com precisão o que abrange o conceito do signo. Ele é sempre variável o suficiente para poder ser utilizado em situações bem diferentes. Também pouco adianta usar o signo querendo dizer determinada coisa quando a situação não possibilita que ele signifique o que o locutor pretendeu. A intenção pode ser importante, mas não é o que determina o que pode ser apreendido. Portanto, só se pode ter certo grau de certeza sobre o processo de comunicação quando, na interlocução entre dois indivíduos, o terceiro observador que sabe como a situação funciona é capaz de identificar o que é que está se passando (HINTIKKA e HINTIKKA, 1994, p. 330 e APEL, 2000, p. 437).

A denominação de jogo de linguagem existe, portanto, porque esta funciona como jogo, em que os jogadores têm determinadas pretensões, mas, para realizá-las, precisam seguir as regras que regem a ação de acordo com aquele jogo. Só assim o árbitro ou o terceiro observador que conhece o jogo pode dizer que este está sendo jogado. E, como todo jogo, as regras nunca abrangem todas as eventualidades da ação, pois isso dependeria de regras que fossem capazes de regular todas as possibilidades da sua aplicação. Ora, isso é impossível, pois só outra regra poderia fazer tal coisa e, por sua vez, as suas possibilidades de aplicação seriam imprecisas, o que leva a regressão ao infinito. Por esse motivo foi dito que as regras direcionam os movimentos do jogo, mas não os determinam completamente (WITTGENSTEIN, 1999, §§ 84-85). O importante é que a “lógica” do jogo não seja violada.

Isso também ocorre com a linguagem. O contexto determina as condições do seu uso e do seu significado, mas as formas de vida não são determinadas por essas regras

de uso. As situações direcionam o funcionamento da linguagem, sem determiná-la por completo. Apesar de significativo, o seu uso é sempre vago e impreciso. O que é natural, pois às vezes a situação concreta exige exatamente essa flexibilidade para que a linguagem possa funcionar conforme a circunstância dada. A inflexibilidade de sentido leva ao enrijecimento do uso, o que pode impossibilitar a própria compreensão. Por exemplo, dizer que “casa” significa apenas o tipo de construção térrea em que as pessoas podem morar (o que ainda é conceito bem amplo) impede que o termo possa ser usado para as aberturas em que se inserem os botões, o lugar onde as meninas colocam suas bonecas para brincar, o casco do caracol (quando se pretende explicar sua função para uma criança), etc.

Diante disso, como jogo é conceito variável e extremamente aberto que se refere a diversas formas de ação moldadas por regras que as limitam, Wittgenstein diz que não existe linguagem, com estrutura universal *a priori*, mas sim *jogos de linguagem*, ou seja, diferentes formas de produzir sentidos nas mais diversas situações, e esse conteúdo significativo depende exatamente dos limites dados pelo contexto. O que é necessário, assim, é saber seguir regras. E esses limites, essas regras, podem mudar, pois os jogos de linguagem, como são instituições sociais, estão sujeito à mudança. O que não faz sentido é perguntar, para quem age dentro do jogo de linguagem, o por quê do seu modo de agir (HALLER, 1990, p. 128). Há limite para a justificativa da ação, quando não é mais possível justificar a regra e só se pode dizer que se age assim. É quando se atinge a rocha dura, como diz Wittgenstein (1999, § 217).

O seguir a regra está intimamente relacionado com o agir corretamente no jogo de linguagem e, por sua vez, também é jogo de linguagem específico. Para que se possa seguir a regra, é necessário que haja padrões públicos de comportamento, de forma que quem dá a ordem, o que a segue e o terceiro observador possam concordar sobre o fato de a regra ter sido seguida ou não. A regra ou a ordem não é descrição de fato futuro ou da vontade do agente (fato interno, psicológico), como propôs Carnap (1935) ao reduzir a linguagem à sua função descritiva. A regra é, além da imagem de como alguém vai agir, a imagem de como a pessoa *deve* agir. E isso só é realizável se, de acordo com a regra, for possível identificar que existe padrão a ser seguido. Caso contrário, a ideia de “seguir a regra” não faria sentido (WITTGENSTEIN, 1999, § 345). Mas a regra é o direcionamento da ação, nunca a imagem precisa, podendo sempre haver dúvida sobre qual caminho seguir (WITTGENSTEIN, 1999, §§ 84 e 85).

Só é possível que o jogo de linguagem funcione se as suas regras forem

seguidas, mas isso não quer dizer que ele enrijeça os movimentos possíveis, apenas os direciona, pois, como dito, as regras não podem regular as possibilidades da sua própria aplicação. As situações é que vão dizer se uma regra pode ou não ser aplicada a ela, se ela se assemelha o suficiente ou não com aquilo que a regra regula. Portanto, apenas quem domina o jogo de linguagem em questão pode saber o que está acontecendo e compreender o significado da linguagem no contexto. É necessário que o observador seja capaz de ser participante do “jogo”. Ora, isso vale também para os jogos de linguagem que lidam com valores, como a ética e a estética. Palavras como “bom” e “belo” só são apreendidas e só fazem sentido quando dentro de jogos de linguagem específicos, não têm um significado *a priori*. Deve-se sempre perguntar de acordo com quais exemplos e em quais jogos de linguagem as usamos (WITTGENSTEIN, 1999, § 77). Essa circunstância indica que a ética e a estética ganham tantos sentidos e conteúdos quantos forem os jogos de linguagem que permitem os seus respectivos usos.

Essa mudança na percepção da filosofia da linguagem logo influencia as propostas de compreensão do direito como fenômeno social e normativo. Se Kelsen queria a possibilidade de ciência que descrevesse o direito de maneira livre dos pontos de vista valorativos, para isso ele se utilizou do modelo de ciência iniciado pelo Círculo de Viena e, por consequência, rejeitou toda a metafísica que o movimento denunciava impedir o desenvolvimento de descrição rigorosa da realidade. No entanto, essa forma de conceber o direito apenas como normas cujas validades são derivadas de normas superiores não permite ao jurista de Viena lidar com a vivência do direito.

Tentando manter-se dentro do grau de rigor exigido pelo movimento cientificista, mas sem desconsiderar o direito como forma de vida para evitar tratá-lo como abstração normativa idealizada (no sentido formal, como fez Kelsen), Alf Ross (2000) adota os problemas da linguagem trazidos pela filosofia da linguagem ordinária como modelo para pensar o fenômeno jurídico como fenômeno social, sem abrir mão do conceito de ciência como descrição rigorosa da realidade proposto pelo neopositivismo do Círculo de Viena. Assim, enquanto Kelsen se preocupa muito mais com a estrutura lógica das normas que compõem o ordenamento jurídico, Ross está voltado para os efeitos empíricos do ordenamento que é efetivamente seguido. Desse modo, apesar de Ross considerar a virada pragmática, seu modelo de ciência está ainda mais próximo daquele proposto pelo neoempirismo lógico: os fatos é que devem ser os objetos da realidade que concernem ao cientista. Daí o modelo proposto pelo jurista dinamarquês ser denominado de “realismo

jurídico”.

Dentro dessa perspectiva, Ross faz a vigência do direito se confundir com a sua eficácia. E a eficácia, para ele, é o fato de a norma ser aplicada pelos tribunais. Essa maneira de colocar o problema decorre da circunstância de Ross entender o direito como o conjunto de regras que institucionaliza e regula o uso da força em sociedade. Ao admitir essa caracterização do direito, só é possível saber se as regras jurídicas estão cumprindo efetivamente o seu papel quando são aplicadas pelos juízes. Se as normas são seguidas espontaneamente pelos seus destinatários, não há como verificar a sua eficácia como normas *jurídicas*, pois não é possível identificar em que medida elas são critérios do uso da força quando descumpridas²⁷. A efetividade do direito aparece no comportamento dos juízes e não no dos cidadãos (FASSÒ, 1994, p.251). Portanto, os dados empíricos para a verificabilidade da eficácia são as decisões dos juízes e tribunais (ROSS, 2000, p. 58-60).

Essas considerações de Ross mostram que a ciência do direito não poderia ser reduzida a normas, devendo lidar com o direito em ação (ROSS, 2000, p. 43). Isso porque, para que o direito possa funcionar, não é possível lidar apenas com as decisões dos tribunais, por mais que elas sejam os elementos privilegiados de controle empírico do cientista do

²⁷ Barzotto (2007, p. 82-95) entende que Ross não confunde direito e eficácia. Segundo ele, a validade em Ross é conceito psicológico e a eficácia, conceito fático relativo à efetiva aplicação das normas pelos juízes. Dessa leitura, Barzotto retira suas críticas, na mesma linha das que fez a Kelsen: o positivismo de Ross também dependeria de critérios ético-políticos que não poderiam ser evitados. Segundo ele, Ross precisa recorrer à norma-base para fundamentar o sistema, retirando o critério fático do elemento psicológico da validade. Mas essa norma última do sistema não possui nenhum critério de validade, sendo a responsável pela validade do restante do ordenamento. E, para ser válida, necessita ser efetivamente aceita pelos juízes. Cair-se-ia, assim, segundo Barzotto, na mesma circularidade que identifica na norma fundamental de Kelsen, o que indica a necessidade de elementos políticos (o fundamento do sistema dependeria do poder, e não de uma norma; caso contrário, a norma não poderia fundamentar o sistema) e de conteúdo valorativo (seria necessária adesão à validade do sistema por parte dos juízes, na medida em que o aprovassem). Mais uma vez, há que discordar do autor brasileiro. Da mesma forma que se equivoca quanto a Kelsen – por não ter analisado seu vínculo com o modelo neopositivista de ciência e, portanto, desconsiderado a importância do problema epistemológico no seu pensamento –, Barzotto desconsidera a função dos fatos como vinculação ao modelo neopositivista de ciência e a tentativa que Ross faz de tentar conciliá-lo com o problema dos jogos de linguagem tal como colocado por Wittgenstein na sua virada pragmática. A circularidade vem do fato de o juiz estar submetido aos jogos de linguagem, não à adesão. Um jogador pode discordar dos conteúdos das regras de xadrez (considerar, por exemplo, absurdo o peão só poder andar duas casas na primeira jogada ou a regra de como fazer o “roque”, movimentando a torre e o rei de uma só vez). Ainda assim, sabe que, para jogar xadrez, precisa seguir essas regras. Não é possível perguntar o porquê: é assim que se joga. De fato, é essa a norma-base de Ross para a pergunta sobre o porquê: as regras que determinam quem pode e como se pode jogar o direito são as de competência sobre a alteração da constituição. A circularidade é, mais uma vez, elemento tautológico para parar a regressão sobre a validade, agora vinculada à prática efetiva daqueles que são responsáveis pelas decisões no “jogo” do direito. Aí se vê a ausência de elemento político ou ético na análise de Ross: não importa quem criou o jogo (se um poder derruba as regras vigentes, ele estabelece outra forma de “jogar” o direito. Daí a ideia de que isso é um fato sociopsicológico, pois depende dessa transformação passar a ser utilizada como as regras de quem joga) ou qual o seu conteúdo (a discordância não faz com que o jogo se altere). A adesão ideológica é a adesão ao funcionamento do jogo e não aos critérios políticos ou éticos de legitimidade. Daí que a adesão não seja um mero critério psicológico subjetivo, mas o efeito psicológico do reconhecimento de que o direito, para ser reconhecido como tal, depende da prática de regras institucionalizadas dotadas de eficácia.

direito. Não é possível olvidar que o direito é formado por regras que criam padrões de conduta abstratos e que geram expectativas sobre as decisões judiciais. Mesmo com significado meramente empírico, a norma requer o reconhecimento do dever ser, sendo distinta do puro fato, de modo que normas não são asserções, mas diretivas (FASSÒ, 1994, p. 250). Ao mesmo tempo, só se pode dizer que essas regras realmente regulam e viabilizam o uso da força quando elas são aplicadas, pois, se assim não fosse, não haveria que falar em acatamento ou cumprimento da norma (ROSS, 2000, p. 43).

A comparação de Ross é com o jogo de xadrez. Para quem não conhece o jogo, os movimentos das peças não passam de atos aleatórios dos indivíduos que as deslocam. As regularidades observadas não dão o sentido do jogo, não passando de repetições que podem ser descritas como movimentos físicos, mas não como algo que possui significado próprio. Já para o observador que conhece as regras, os movimentos fazem sentido, pois entende o porquê daqueles movimentos serem executados daquela maneira e sabe que os participantes devem acatá-lo. No entanto, essas regras só fazem sentido na medida em que os jogadores efetivamente as seguem, pois, caso contrário, não faria sentido falar que as regras do xadrez não são seguidas pelos jogadores. Quer isso dizer que os jogadores de xadrez percebem as suas regras como obrigatórias, sob pena de não estarem jogando o jogo adequadamente (ROSS, 2000, 41).

Se, para quem conhece as regras, os movimentos fazem sentido, para os jogadores as regras traçam os limites dos seus propósitos, bem como a maneira de atingi-los. Um jogador de xadrez não pretende apenas movimentar as peças conforme as regras, mas vencer o jogo, praticar determinada estratégia, ensinar algo ao seu adversário, etc. Portanto, para o jogador, acatar as regras faz com que ele esteja efetivamente jogando, bem como vinculado àqueles padrões para atingir os seus objetivos. Assim, os participantes só jogam o xadrez porque seus movimentos e estratégias estão de acordo com as regras do jogo e estas regulam o jogo porque de fato são seguidas pelos jogadores.

Está clara a influência de Wittgenstein na maneira como Ross entende o problema das regras. Os jogos de linguagem são formados (mas não determinados) por regras que identificam o sentido das ações, como ocorre no jogo de xadrez e, para participar do jogo ou de uma forma de vida qualquer, é necessário saber o jogo de linguagem básico de “seguir uma regra”. Para o jurista do realismo escandinavo, isso também ocorre com o direito. Não importa como se define o direito em abstrato: direito é o conjunto de regras que regulam o uso institucional da força servindo como esquema de interpretação das ações sociais que estão

envolvidos por essas regras, que, por sua vez, precisam ser efetivamente acatadas por aqueles que dizem se os movimentos são válidos ou inválidos. Em última instância, portanto, as regras jurídicas são diretivas voltadas imediatamente para os juízes, dizendo como eles devem agir, e apenas indiretamente aos indivíduos de determinada comunidade (ROSS, 2000, p. 57-58). Segundo Ross, as pessoas só seguem o direito na medida em que podem fazer cálculo de probabilidade sobre como o juiz irá decidir, sendo que as normas jurídicas geram maior estabilidade a respeito dessas decisões, pois os juízes devem tomá-las como obrigatórias (ROSS, 2000, p. 62-70).

Com base nessas considerações, Ross entende que a ciência do direito, como toda ciência social, é prospectiva, lidando com probabilidades de comportamentos futuros que influenciam ações futuras. Isso acontece porque, quando um cientista social descreve uma situação, ele o faz sempre tendo em vista elementos que condicionam comportamentos futuros. Mas, ao fazer essa descrição, ele pode influenciar aquele que praticará a ação, de modo que a afirmação que poderia ser falsa torna-se verdadeira por ter sido pronunciada pelo cientista.

Situação idêntica ocorre com a doutrina jurídica. Ross descarta a pretensão da doutrina do direito de querer dizer como os juízes devem agir, qual o posicionamento correto sobre determinado assunto. Isso só pode ser feito com base em pretensões valorativas que dependem da percepção do doutrinador e não servem para dar parecer ao indivíduo interessado em como os tribunais provavelmente se comportarão. Deve o cientista do direito apenas descrever como o juiz possivelmente agirá, de acordo com as normas abstratas existentes e as condições socioculturais em que se encontra. A essa altura, duas questões chamam a atenção. Primeiro, ao tomar conhecimento desse parecer o juiz pode se ver influenciado por ele, alterando a sua forma de agir. Em segundo lugar, os juízes nunca agem apenas de acordo com as normas em abstrato, mas influenciados por todas as circunstâncias concretas em que se encontram (ROSS, 2000, p. 71-74).

Mais uma vez, percebe-se a influência de Wittgenstein. As regras jurídicas delimitam o jogo de linguagem do direito. Como o jogador de xadrez, o juiz deve seguir as regras e estas são válidas porque seguidas por eles. Mas, ao julgar conforme as “regras do jogo”, o juiz tem objetivos, intenções que pretende realizar. Geralmente, quer que sua decisão seja adequada ao caso, parecendo justa para os destinatários e para a comunidade jurídica. Assim, a decisão leva em consideração as condições concretas, além das normas, para que seja atingido o resultado adequado (ROSS, 2000, p. 126-127). As normas dão a direção, mas

pode haver dúvida sobre qual caminho seguir. O direito é, para Ross, não apenas fenômeno normativo, mas também social no sentido mais amplo, de forma que o cientista do direito deve levar isso em consideração para tentar descrever as possibilidades de ação do juiz. Visto dessa maneira, o direito é prática social que funciona da maneira como funciona e, como outro jogo de linguagem qualquer, não precisa ser fundamentado. A busca de critério de legitimidade externo que sirva como elemento de definição do que é direito e do que não é não passa de metafísica e não pode ser justificada sob qualquer base científica (ROSS, 2000, p. 55). Nesse sentido, fica excluída a pretensão de atribuir ao direito qualquer conteúdo ético como critério necessário para a sua legitimação.

Essas considerações levam ao problema da interpretação, pois, na medida em que normas gerais e contexto social são considerados pelo juiz no momento da aplicação, ele precisa atribuir conteúdo às normas e aos fatos dentro da cultura jurídica na qual ele está inserido. De acordo com Ross, é impossível separar o fenômeno jurídico das condições culturais das quais surgiu, de modo que as leis dadas por uma autoridade não se sustentam fora desses padrões culturais compartilhados pela sociedade. A partir dessa consideração, o autor escandinavo afirma que o direito não se reduz às leis criadas pela autoridade e que a atividade do juiz não se reduz à sua aplicação mecânica, pois isso é impossível. O direito é linguagem e, como tal, veículo de transmissão de significado, de forma que o conteúdo é condicionado por pressuposições e valorações que envolvem tanto o legislador quanto o julgador. O juiz não é autômato e, portanto, para ser útil à sua comunidade, julga a partir de algum senso de justiça. Por isso, a demanda em que não há regra clara que apoie a pretensão nem sempre é julgada em favor da outra parte, pois a tradição jurídica e cultural pode levar o juiz a criar regra de direito que, juntamente com decisões parecidas sobre circunstâncias semelhantes, pode virar regra geral de direito positivo (ROSS, 2000, p. 126-127).

É necessário, portanto, um tipo de estudo que lide com esse problema do conteúdo semântico das normas de acordo com os contextos em que elas são aplicadas. A doutrina que trata da compreensão dos preceitos gerais para a aplicação da decisão singular é chamada, por Ross, doutrina do método jurídico ou da interpretação. A doutrina do método pretende compreender a maneira e os princípios que os tribunais utilizam para chegar às suas decisões, enquanto a doutrina da interpretação está ainda mais próxima da política jurídica do que as doutrinas sobre o direito vigente em geral. Quando o estudioso do direito afirma qual a interpretação a ser seguida ou qual será o método utilizado, uma vez que ele o faz dentro dos padrões geralmente aceitos pela comunidade jurídica, ele está muito mais tentando direcionar

o resultado do juiz do que buscando fazer previsão de fato. Contudo, como já visto, uma vez que o juiz segue os critérios aceitos pela comunidade jurídica, esse direcionamento pode vir a se tornar uma descrição da decisão como fato, tendo a estrutura de previsão. Ainda assim, a doutrina do método deve buscar ser descritiva de normas e não diretiva, pois deve se apoiar na prática efetiva dos tribunais, para que possa servir de suporte ao jurista prático (ROSS, 2000, p. 136-137).

A interpretação tem de lidar, portanto, com o problema do uso dos signos no contexto situacional, tal como colocado por Wittgenstein. É o uso no contexto que dará o significado possível da palavra (ROSS, 2000, p. 141). Assim, não faz sentido perguntar se o objeto é “realmente” aquilo que se pretende designar com a palavra. Se há essa dúvida é porque naquela situação não está claro se o *uso* da palavra é correto. O campo semântico das palavras é indefinido, de forma que faz parte de sua estrutura a vagueza (ROSS, 2000, p. 142). Além disso, as palavras podem conter a mesma grafia, mas significados diferentes, o que caracteriza a ambiguidade (ROSS, 2000, p. 143). O significado deve dar-se numa interpretação por conexão, ou seja, levando-se em conta outros dados e circunstâncias externas à expressão linguística utilizada (ROSS, 2000, p. 144). Pode-se dizer, então, que o contexto é codeterminativo do sentido das palavras (ROSS, 2000, p. 146).

Todavia, deve-se levar em conta que o processo de atribuição de sentido pode falhar, seja porque o contexto não é suficiente para a compreensão cabal da linguagem, seja porque quem enunciou a ideia não tinha consciência das diversas possibilidades de significado do que disse. Nesses casos, a interpretação só pode ir até as possibilidades, sem poder dizer qual o significado correto do que está envolvido. Ir além disso, quando é necessário tomar uma posição sobre o assunto envolvido, é decidir por uma possibilidade, o que não está mais relacionado com a interpretação, mas com a necessidade de escolher um significado (ROSS, 2000, p. 147-149).

Pode ocorrer, no entanto, que o contexto não dê os elementos suficientes para a atribuição de significado preciso ao uso da linguagem, não sendo possível resolver os problemas de vagueza e ambiguidade. Esse, segundo Ross, é um problema semântico de interpretação. Mas, além dele, os problemas de interpretação podem ser sintáticos (relativos à posição dos signos nas sentenças e às suas funções); lógicos, em que há inconsistência de regras (caso de antinomia de regras em que a incompatibilidade pode ser absoluta, quando se regulam de maneira contrária situações idênticas; inconsistência entre regra geral e particular; e sobreposição de regras, quando uma parte do âmbito de abrangência de uma regra é

incompatível com parte da abrangência de outra), de redundância (quando uma lei traz o mesmo conteúdo já regulado por outra, apenas repetindo o que já existia²⁸) e de pressuposições (quando elementos fáticos ou legais são pressupostos erroneamente, de forma que não é possível, só pela lógica ou pela análise gramatical, decidir que posição tomar sobre a aplicabilidade de regra em que esse tipo de falha ocorre). É interessante notar que, quando trata das regras de derrogação como regras de interpretação (*lex posterior, lex superior e lex specialis*), Ross reconhece que essas regras nem sempre esclarecem de vez as situações que procuram resolver, pois pode acontecer de não saber se a lei posterior derogou a anterior ou se deve ser lida em harmonia com esta, se a lei superior vai ser realmente acatada pelos tribunais, não apenas formalmente, ou se é o caso de direito dispositivo, em que um pacto particular afasta a aplicabilidade de lei geral ou se a lei especial sempre prevalece sobre a lei geral quando esta é posterior (por exemplo, regra geral que tem suas exceções previstas em outros dispositivos, mas no mesmo documento legal, que é revogada por outra regra geral que não traz em seu conteúdo as exceções antes existentes) (ROSS, 2000, p. 139-165).

Todas essas situações fazem com que Ross reconheça que a lógica não pode resolver os problemas gerados, de modo que cabe ao magistrado, por meio do contexto e da avaliação política, decidir a questão. Mais uma vez, é reconhecido o poder criativo do julgador (ROSS, 2000, p. 160-162). Em todos esses casos de problemas semânticos, sintáticos e lógicos, o juiz precisa decidir recorrendo a diversos elementos que são exteriores à letra da lei e estão ligados à sua percepção política, valorativa e da cultura jurídica geral.

Por mais que a atividade do juiz tenha caráter cognitivo, que circunscreve a compreensão de fatos e circunstâncias envolvidos no caso, a indeterminação da atividade interpretativa que caracteriza a atribuição de sentido da norma em abstrato, conforme visto, faz com que o seu ofício dependa de decisão, de ato subjetivo. Por isso, a atividade do magistrado não é a de autômato, que simplesmente subsume um fato ao conteúdo de um texto. Tendo em vista que o sentido da norma é sempre indeterminado, o juiz sempre tem de escolher um significado possível e esta escolha é sempre valoração, pois a aplicação da lei não se dá apenas pela vontade de seguir diretivas (ROSS, 2000, p. 166-167).

Também se deve considerar a personalidade do juiz. Além das amarras formais, o juiz quer ser agente responsável que respeita a sua tarefa social. Portanto, pretende que suas decisões não sejam apenas corretas, mas *justas*, em conformidade com a consciência jurídica material da sociedade, o que pode levá-lo, muitas vezes, a opor-se a determinadas

²⁸ Ross lembra a presunção geral de que a lei não traz redundâncias, mas que isso nem sempre é verdadeiro.

normas ou possíveis significados de textos normativos, de forma que a decisão surge do processo cognitivo da lei em abstrato e da apreensão valorativa da consciência jurídica geral. Assim, quando o juiz aparentemente julgou apenas conforme a atividade meramente cognoscitiva da lei, isso quer dizer que ele entende que esse resultado não fere o senso de justiça ou a consciência jurídica material (ROSS, 2000, p. 168-169).

O ponto de partida da interpretação são considerações pragmáticas sobre o significado, de modo que ela seja coerente com o senso comum (ROSS, 2000, p. 175). No entanto, as considerações pragmáticas vão além do senso comum (que é apenas o ponto de partida), envolvendo as valorações presentes, a coerência com o sistema e as ideias culturais que lhe servem de base e os efeitos sociais previsíveis (ROSS, 2000, p. 176). O jurista escandinavo defende que o que ele chama de interpretação pragmática não é o que se chama comumente de interpretação teleológica, pois esta, em geral, reporta-se aos resultados esperados na elaboração da lei. Só que esses resultados, normalmente, não podem ser alcançados sozinhos, devendo-se levar muitas outras coisas em consideração além do objetivo imediato pretendido. Pode ocorrer, também, que o objetivo do legislador não seja claro ou simplesmente não se possa identificar um objetivo específico (ROSS, 2000, p. 177). Ross lembra como exemplo de leis técnicas que buscam claramente determinados objetivos aquelas que envolvem políticas públicas a serem realizadas por parte do Estado, típicas do momento do Estado social.

Diante dessas ponderações, as técnicas de interpretação disponíveis aos juristas existem para que eles possam justificar tecnicamente as suas decisões ou propostas de decisões, fazendo com que as suas “interpretações” pareçam justas e desejáveis. Porém, essas técnicas não são as verdadeiras razões das decisões dos juristas, mas sim suas consciências jurídicas e interesses. A função desses métodos de interpretação é tentar estabelecer limites ao processo de decisão do juiz, tentando delimitar a área de soluções justificáveis (ROSS, 2000, 183).

Destarte, tanto a atividade de atribuição de sentido aos textos normativos quanto as considerações de valor e de resultado levadas a cabo pelo juiz são ordinariamente denominadas interpretação, que é geralmente entendida como todo processo que leva à decisão. Esse uso do conceito de “interpretação” tem como função esconder a atividade criadora de direito por parte do juiz, dando a impressão de que ele apenas está seguindo o que lhe é prescrito. Com esse uso do conceito inculcado, o juiz acredita que a sua decisão é fruto da “verdadeira interpretação” da lei (ROSS, 2000, p. 169). As regras e os brocardos que se

referem à interpretação são amplos e ambíguos o suficiente para permitir que o juiz os utilize para chegar a decisões que lhe parecem melhores, às vezes possibilitando resultados contraditórios. Eles possuem a função de permitir flexibilidade de criação por parte dos juízes mantendo a crença de que eles estão apenas seguindo o que dispõe o direito, o que não passa de ficção (ROSS, 2000, p.183-184).

Como se vê, ainda que Ross assuma a perspectiva de que o direito só pode ser compreendido verificando-se a sua aplicação pelos tribunais e que essa verificação só é possível a partir do ponto de vista do participante, ou seja, daquele que domina as regras e as possibilidades de movimento da forma de vida denominada direito, seu resultado inevitável sobre a interpretação é, assim como em Kelsen, o decisionismo. Em razão da impossibilidade de sempre poder determinar os significados possíveis das normas, pelo fato de a decisão depender das expectativas e perspectivas do juiz sobre a situação e as regras a que ele se sente vinculado e por ser a linguagem *sempre* polissêmica e vaga, o processo de decisão depende de ato de vontade do julgador, de sua subjetividade, ainda que ele tenha que dizer que está seguindo as normas e que ele queira que sua decisão seja justa e adequada às expectativas dos envolvidos e da comunidade jurídica. Enfim, o processo de decisão é sempre um processo de criação do direito.

Não obstante isso, falta, na obra de Ross, levar em consideração a perspectiva dos destinatários da norma. Não são apenas os juízes que se sentem vinculados ao ordenamento. Os cidadãos também, na medida não só em que têm certa noção de como o juiz pode agir em caso de violação do preceito abstrato da norma, mas quando agem exigindo dos demais o respeito à lei ou quando sabem que, se o juiz vir a tomar determinada decisão contrária aos seus interesses, é porque foram violadas normas que deveriam ter sido seguidas, ou seja, porque a ação foi errada. Essa lacuna na teoria de Ross ainda pode ser suprida dentro do modelo de pensamento normativista, tendo em mente outras considerações típicas do desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária.

1.3 O relativismo sobre a interpretação em Hart

Outro filósofo de referência na chamada virada pragmática da filosofia foi John Langshaw Austin. Para ele, reduzir a linguagem à função de descrever não passa de falácia, pois a linguagem tem como função comunicar, o que só é possível por meio de

interações sociais nos mais diversos contextos (AUSTIN, 1990, p. 43)²⁹. Austin destaca, assim, que falar é agir, e a descrição é apenas uma das ações possíveis de serem praticadas por meio da linguagem. Com base nisso, propõe a “teoria dos atos de fala”.

Para o filósofo de Oxford, se a linguagem ordinária não é última palavra para a filosofia, é, sem dúvida, a primeira. É possível melhorar a linguagem, mas isso só pode acontecer com a compreensão muito refinada da linguagem comum, que, com seu uso e funcionamento ao longo dos anos, estabeleceu diversas formas de diferenciações e significados para as mais diferentes situações. Por isso, é necessária a compreensão aguda do uso das palavras para ter percepção aguçada dos fenômenos, que só nos chegam por meio da linguagem (AUSTIN, 1976, p. 39-40). Isso se dá porque a filosofia da linguagem baseada apenas na função descritiva gera problemas que são descabidos para os usuários ordinários da linguagem, levando a uma percepção da realidade que não faz sentido para o indivíduo comum (AUSTIN, 1993, p. 31-46). Outro ponto que se deve considerar no estudo da linguagem ordinária é que as possibilidades de contextos e situações são sempre muito mais ricas que o vocabulário de que dispomos, de modo que são inevitáveis a vagueza e a ambiguidade, pois o vocabulário disponível nem sempre é instrumentalmente adequado (AUSTIN, 1993, p. 101).

Essas considerações sobre a linguagem comum levam Austin à ideia de desenvolver a fala não como descrição, mas como forma de ação. Como os significados estão intimamente ligados aos contextos, falar é agir no contexto, e não se pode negar que descrever é uma ação, mas um tipo entre várias outras formas de agir diferentes. Austin se propõe a compreender em que medida dizer é fazer.

Inicialmente, ele separa os grupos de proferimentos em dois tipos: os constataivos e os realizativos. Os primeiros são aqueles que constatam o fato e têm a função de descrever o acontecimento, podendo ser verdadeiros ou falsos. Os realizativos não têm a intenção primordial de descrever ou enunciar um estado de coisas, mas de praticar a própria ação a que se referem. Quem diz “eu prometo” não descreve o ato de vontade, a situação psicológica relativa a suas intenções, mas pratica o próprio ato de prometer. E, para isso, é necessário que as circunstâncias sejam adequadas, como a promessa poder ser realizada; quem promete ter competência para o ato ou poder dispor daquilo que é prometido; quem recebe a promessa, aceitá-la, etc. Se as circunstâncias não forem adequadas, se as condições

²⁹ Sobre Austin, no que concerne aos interesses deste estudo, ver COSTA, 2002; D'AGOSTINI, 2002 e AUSTIN, 1976; 1990 e 1993, e SIMON, 2006.

necessárias não estiverem presentes, o ato simplesmente não se realiza. Assim, enquanto o constativo tem como propriedade o fato de poder ser verdadeiro ou falso, o realizativo pode ser bem sucedido (afortunado) ou malogrado (desafortunado). Seriam seis as condições para que um proferimento realizativo seja afortunado: a1) deve haver convenção social que regule o proferimento; a2) as pessoas e as circunstâncias devem ser apropriadas; b1) os envolvidos devem praticar o procedimento corretamente; b2) todos os passos devem ser seguidos; α 1) quando são necessários determinados sentimentos ou pensamentos, estes devem estar presentes e se uma conduta correspondente for exigida, esta deve ser seguida; α 2) o comportamento correto e esperado deve ser efetivamente realizado. Nos casos *a* e *b*, se as condições não se cumprem o ato é desafortunado. Nos casos α , o que há é abuso do procedimento, uma espécie de insinceridade (AUSTIN, 1990, p. 44-57).

Essa forma de colocar o problema é muito interessante para o direito. Como Austin reconhece, muitas vezes a situação não deixa clara a aplicabilidade da convenção social que permite a realização afortunada do ato de fala, o que, no direito, gera dúvidas para o juiz. Às vezes fica difícil saber se não há convenção que regule o ato ou se a convenção existente é que não se lhe aplica. A primeira hipótese envolve a necessidade de criação do direito, enquanto a segunda é forma de aplicação do direito, de modo que os juristas geralmente *optam* por afirmar que é isso que está ocorrendo (AUSTIN, 1990, p. 73).

Entretanto, Austin mostra que mesmo a diferenciação por ele traçada é complicada, pois não existem formas verbais ou gramaticais que deem certeza sobre a diferença entre proferimento constativo e realizativo. E afirmar algo é praticar o ato da afirmação, ou seja, também é realizar o ato. Assim, o filósofo de Oxford traça uma segunda classificação, dividindo os atos de fala em locucionários, ilocucionários e perlocucionários. Nos atos locucionários, mesmo que eles sejam também a realização do ato de afirmar algo, o peso maior se dá com relação à descrição do fato. Os atos ilocucionários são aqueles que realizam uma ação *pelo* ato de falar, como no caso da promessa. E os atos perlocucionários são aqueles que causam o resultado, a consequência, *porque* algo foi dito, como no ato de ameaça. Em que pese a diferença entre eles também depender do contexto de fala (em que as condições *a*, *b* e α acima expostas devem estar presentes), essas dimensões da fala mostram em que medida dizer é fazer. O que fica claro é que, para Austin, falar é sempre realizar uma *performance*, que só pode ser compreendida dentro da situação em que é realizada. A dimensão total do ato de fala só se dá no contexto situacional da forma de vida em que é realizado (AUSTIN, 1990, 136-192).

As considerações levantadas por Austin sobre o ato de fala permitem a outro autor de Oxford ir além do realismo de Ross para mostrar como o jogo de linguagem do direito também envolve os indivíduos como destinatários finais das regras de direito e o que isso implica para a sua compreensão. Hart, assim como Ross, parte do programa wittgensteiniano de elucidação dos usos da linguagem ordinária de acordo com os contextos em que aparece para a compreensão dos fenômenos linguísticos, no caso, relativos ao direito. Portanto, o que importa para Hart não é uma definição precisa e clara de “direito” (HART, 2001, p. 10-18), mas a compreensão do jogo de linguagem em que essa palavra funciona normalmente e quais as diferenças desse jogo de linguagem com relação a outros jogos determinados pelo ato de seguir regras como instituições sociais (a exemplo da moral)³⁰.

Em poucas palavras, a ideia de conceito de direito em Hart não é definição exata, mas sim caracterização do funcionamento do direito como forma de vida determinada. E, da mesma forma que Wittgenstein, admite que nem sempre é possível saber exatamente qual regra seguir ou como seguir, de forma que as regras do jogo dão apenas a direção, devendo os participantes buscar o “espírito do jogo” (HART, 1962, p. 63). Mas, para realizar esse empreendimento, é necessário aprender com Austin que uma consciência aguçada das palavras permite maior agudeza na percepção dos fenômenos (HART, 2001, p. 2). Só assim é possível separar o direito de jogos de linguagem como a moral, confusão essa que muitas vezes permite que conquistas jurídicas sejam sacrificadas em nome de pretensões morais duvidosas (HART, 2001, p. 99-100).

Por tratar o direito como um jogo de linguagem, Hart também entende que a compreensão das regras e dos objetivos a serem buscados tendo as regras como padrão dependem da compreensão de como elas funcionam no contexto. Assim, ele diferencia visão interna e externa do direito. Visão externa é a daquele que apenas observa os fatos, sem fazer parte da forma de vida que está descrevendo: essa pessoa não é capaz de compreender os significados dos atos, podendo apenas descrever regularidades na forma de relações de causa e efeito. Já o aspecto interno é inerente àquele que participa daquela forma de vida, entendendo o porquê de determinadas atitudes serem tomadas e quais as regras que estão sendo seguidas. Portanto, para descrever o direito positivo de determinado lugar, é necessário que o observador esteja habituado aos jogos de linguagem de seguir regras e, mais especificamente, outros jogos de linguagem jurídicos. Sem isso, não é possível apreender as

³⁰ Sobre Hart, ver BULYGIN; 1991; ENDICOTT, 2001; FASSÓ, 1994; KOZICKI, 1993; RAZ, 2001; ROCHA, 1998; STAVROPOULOS, 2001 e SIMON, 2006. Segundo Raz (2001), Hart busca um conceito de direito que seja independente de conteúdo (*content-independent*).

noções de dever e obrigação. Isso fica claro quando Hart traça a diferença entre “ser obrigado a” e “ter a obrigação de”. No primeiro caso, alguém foi forçado a fazer algo. No segundo, *deve* fazer algo porque reconhece que existe regra a ser cumprida. A segunda hipótese é a de quem está inserido no jogo de linguagem do direito (HART, 2001, p. 65-66 e 98-100).

O participante do jogo do direito reconhece as regras como direcionadas a ele e, portanto, como obrigatórias e não como o obrigando pelo fato de o juiz poder aplicar a sanção do direito a ele (tal como pensa Ross). Pode até ser que alguém que saiba se movimentar dentro das possibilidades jurídicas aja em desconformidade com as regras, partindo do agir interessado e utilitário e fazendo cálculos de probabilidades de resultados baseados em causa e efeito (por hipótese, alguém que calcula a vantagem de cometer um crime com base na probabilidade de ser pego). Mas ele só o faz porque domina o jogo do “ter a obrigação de”, pois sabe que há determinado padrão de comportamento.

Pode-se dizer, então, que basta ao participante conhecer a lógica do jogo para entender as suas regras como válidas e, portanto, vinculantes, sem que para isso precise concordar com os seus conteúdos. O que é preciso é que sejam compartilhados critérios, padrões que o observador externo possa averiguar como recorrentes. Não quer isso dizer que os critérios são ensinados para serem reproduzidos, mas sim que eles são parte do modo de vida que reproduz o jogo do direito, conforme as práticas sociais estabelecidas. Assim, nem sequer é necessário que quem pratica esteja ciente de todas as regras, mas elas podem ser identificadas naquela forma de vida (ENDICOTT, 2001, p. 42 a 46, e STAVROPOULOS, 2001, p. 85).

Se, com Wittgenstein, Hart adota a separação de visão interna e externa e vê o direito como jogo de linguagem, com Austin ele compreende que a percepção aguçada dos usos dos signos jurídicos nos contextos determinados permite a compreensão mais apurada de como esses conceitos envolvem os fenômenos jurídicos com relação àqueles que estão envolvidos. O direito, para o participante do jogo de linguagem, é visto como fenômeno normativo obrigatório que regula certos tipos de ação. E, presentes as condições de validade do proferimento realizativo, ele se torna ato jurídico válido. A norma jurídica não é diretiva ao juiz, mas ato de fala com as dimensões locucionária, ilocucionária e perlocucionária, funcionando e vinculando pessoas em situações contextuais próprias.

Com o reconhecimento desses pressupostos da filosofia da linguagem ordinária, Hart oferece definição precária e vaga de direito, dizendo que se trata da união de regras primárias e secundárias (HART, 2001, p. 114). Regras primárias são as regras de

conduta e as secundárias são as que permitem que o direito moderno seja um sistema dinâmico adaptável às circunstâncias inusitadas da vida, ou seja, aquelas que traçam as condições para que o ato de fala ou a ação ganhem validade ou sentido jurídico no jogo de linguagem do direito. Para que haja regras de conduta, normas que determinam obrigações, é necessário que existam regras que permitam a criação, modificação e aplicação do direito (HART, 2001, p. 91). Essas são as regras de alteração, adjudicação e reconhecimento.

As regras de alteração são aquelas que atribuem competência para determinado órgão ou pessoa criar ou alterar as obrigações vigentes. As de adjudicação são aquelas que determinam quem vai dizer se, no caso concreto, a norma geral primária foi violada ou não. A regra de reconhecimento é aquela que diz se outra regra pertence ou não ao ordenamento jurídico (HART, 2001, p. 104). Esta é a que traz maiores problemas na exposição de Hart.

A regra de reconhecimento, diferentemente da norma fundamental de Kelsen, é regra de direito positivo, que pode ser identificada no ordenamento e dá as características gerais do que aquela forma de vida entende por regra de direito. Assim, ela é o critério de validade último do sistema, sem precisar ser validada por nenhuma outra regra, pois é formada pelos elementos compartilhados como aquilo que se entende por jurídico³¹. Portanto, quando se tem uma afirmação interna do tipo “o direito estabelece que...” significa que a regra está de acordo com o que se entende como elemento necessário para fazer parte do ordenamento. E a afirmação de caráter externo que descreve o que se entende por direito em determinada sociedade é do tipo “em tal lugar é direito o que está de acordo com tais e tais critérios” (HART, 2001, p. 113-114 e 121).

Como conjunto de critérios aceitos dentro da prática social, a regra de reconhecimento mostra o que é necessário para que as pessoas se sintam obrigadas pelas demais regras, já que elas incorporaram a regra de reconhecimento como o que caracteriza o direito. Isso só é possível porque a maior parte das pessoas assume esses critérios como válidos, têm expectativa em relação a eles e exigem que os demais ajam em conformidade com eles. Ademais, os tribunais e funcionários responsáveis pela execução das regras não só

³¹ De acordo com Habermas, Hart torna possível a vinculação da validade com base em norma que não necessita de fundamento de legitimidade porque embasado “... no conceito de jogo de linguagem de Wittgenstein. Como a gramática de um jogo de linguagem, a regra de reconhecimento está enraizada numa prática que, embora descrita externamente como um fato, é tomada pelos participantes como tendo validade autoevidente” (HABERMAS, 1998, p. 202 – tradução livre) – “... *Wittgensteins's concept of a language game. Like the grammar of a language game, the rule of recognition is rooted in a practice that, though described externally as a fact, is taken by the participants themselves as self-evidently valid*”.

reconhecem os critérios como se vêm vinculados pelas demais normas primárias e secundárias. Por mais que as regras sejam direcionadas a todos que participam do jogo do direito, a carga de responsabilidade maior para que o sistema funcione recai sobre os funcionários dos órgãos oficiais, pois eles têm de aceitar sempre a regra de reconhecimento para poderem aplicar as demais normas àqueles que não se sentem vinculados pelas obrigações que lhes são impostas. Mesmo que os destinatários não aceitem a regra de reconhecimento, são os órgãos oficiais que, ao aceitá-la com tal, garantem a continuidade do sistema³².

Essa maneira de encarar e delimitar o direito como jogo de linguagem leva Hart a entender que a moral não é elemento característico ou intrínseco do direito. O jogo de linguagem referente aos valores é jogo normativo com semelhanças, mas também com diferenças importantes com relação ao direito. A principal diferença é que os conteúdos das regras do direito não precisam ser valores muito importantes para a sobrevivência ou convivência da comunidade. A moral sempre traz conteúdos que caracterizam o modo de vida da comunidade com relação aos seus valores, enquanto o direito não precisa ser assim (pode lidar com regras que dizem respeito à competência, prazos etc.).

Outra diferença respeita à alteração, que pode ser deliberada no direito, mas dificilmente isso ocorre com a moral. Nesta, as regras tendem a permanecer mais fixas, sendo alteradas pela tradição ou por autoridade moral muito forte de caráter único. Também é importante considerar que as faltas morais pressupõem voluntariedade, dolo ou culpa. No direito, a responsabilização pode muito bem ser objetiva, sendo isso escolha das autoridades competentes para a criação ou alteração do direito em benefício de determinados grupos julgados relevantes. Além disso, a sanção moral tem caráter difuso, baseada principalmente na pressão social para que a norma seja observada. No direito, a sanção é institucionalizada e independe do valor ou importância atribuídos à regra.

Deve-se considerar que as regras morais não derivam de nenhuma fonte transcendental, mas são padrões de conduta seguidos por determinado grupo e nem sempre observados por todos. Portanto, também Hart trata a moral como forma de vida possível, entre

³² Barzotto (2007, p. 106-123) critica Hart na mesma linha em que critica Kelsen e Ross: acusa a regra de reconhecimento de ser critério circular, fazer a validade depender da eficácia e abrir caminho para elementos políticos e éticos como os fundamentos últimos e reais do ordenamento jurídico. Dessas críticas tenta mostrar o fracasso e a inconsistência dos modelos positivistas desses três autores. Mais uma vez, Barzotto não leva em consideração o contexto filosófico do modelo teórico que analisa: a teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein como prática social institucionalizada orientada por regras que formam o contexto institucional de significação dos atos de fala do direito, na linha do que propõe Austin.

muitos conteúdos possíveis. Em outras palavras, a moral é relativa e não pode ser fundamentada como fonte de justiça absoluta³³.

As relações que Hart faz com os pensamentos de Wittgenstein e Austin mostram o direito como jogo de linguagem e, por consequência, aplica-se a ele a teoria dos atos de fala. Nem Austin nem Wittgenstein permitem uma teoria da moral. Esta entra como elemento dos jogos de linguagem sociais ou como jogo de linguagem próprio baseado no “seguir regras”. Nesse sentido, todas as características da linguagem estão presentes no direito, inclusive a vagueza e a polissemia. Os conceitos utilizados no direito, bem como seus signos linguísticos, podem tanto ter mais de um significado como podem trazer dúvidas sobre a sua aplicabilidade a determinada situação. Isso acontece porque se pode dizer, com Wittgenstein, que as regras não podem regular as condições de suas próprias aplicabilidades, e, com Austin, que as situações da vida são sempre muito mais ricas do que os vocabulários de que dispomos.

O reconhecimento dessa situação leva Hart diretamente ao problema do decisionismo. As regras jurídicas podem gerar dúvidas sobre a sua aplicabilidade, bem como podem surgir questionamentos sobre qual sentido atribuir a uma palavra. Isso gera dúvidas sobre se uma regra pode ou não ser aplicada a determinada situação, ou se a situação está ou não devidamente regulada. Além disso, não há conteúdo fixo a que se recorrer, pois, como dito, os padrões morais variam e não são seguidos unanimemente. Não há critérios fixos para a interpretação, portanto.

Esses problemas estão presentes mesmo com relação à regra de reconhecimento. Como regra de fato, empiricamente identificável, ela se vê às voltas com problemas idênticos aos de qualquer outra regra do sistema. Isso implica que a comunidade e, principalmente, os órgãos responsáveis pela identificação e aplicação da regra de reconhecimento podem ter sérias dúvidas não apenas no que tange à aplicação de uma regra, mas se determinada regra pertence ou não ao universo jurídico. Por consequência, sempre podem existir dúvidas sobre o que é o direito daquela sociedade. E a decisão depende precipuamente do órgão responsável pela aplicação última da regra de reconhecimento. Tanto essa situação quanto a descrita no parágrafo anterior levam Hart a reconhecer que o juiz *cria* o direito, sendo impossível, para o observador externo, identificar que há apenas uma resposta correta para o caso particular. Sempre há grande margem de discricionariedade por parte dos magistrados, que só se sustentam com base na confiança que os órgãos do Judiciário gozam

³³ Sobre as relações entre direito e moral, ver HART, 2001, cap. IX. Conferir, também, SIMON, 2006.

na sociedade³⁴ (HART, 2001, p. 161-168).

É possível, agora, retomar a discussão deste capítulo para resumir os problemas sobre a teoria da interpretação no direito tal como apresentados pelos três representantes do positivismo escolhidos. O objetivo é deixar claro o que o decisionismo a que chegaram Kelsen, Ross e Hart derruba como crença tradicional sobre o que se entendeu como metodologia jurídica, ou seja, uma teoria da interpretação que mantenha a racionalidade do processo de decisão jurídica.

Primeiro, esses autores não negam que o direito seja permeado pela moral (Kelsen fala claramente que a constituição não determina apenas a forma de criação das leis, mas também os seus conteúdos) e que o juiz é guiado por senso de justiça (Ross e Hart falam da prática institucional em que o juiz tem senso de se mostrar conforme o esperado pelos outros aplicadores e de realizar o critério de justiça esperado). Nesse sentido, nenhum dos três nega que o juiz, no seu ofício, seja de alguma forma guiado pelo que Alexy chama de pretensão de correção (conforme se verá no capítulo a seguir). Os três reconhecem que o direito é composto por conteúdos morais e que eles têm papel importante na decisão jurídica. O que eles negam é que esses conteúdos podem levar à decisão correta e que eles possam ser determinantes para a escolha entre decisões possíveis.

Nessa linha, a discussão do positivismo normativista é no sentido de demonstrar a lógica (ou, melhor dizendo, a gramática) do comportamento diante de normas no que tange ao direito e sua diferença com relação à moral, mais uma vez, sem negar que existem relações entre as duas esferas mais importantes quanto à pretensão de regular condutas sociais. Para a teoria do direito, esse modelo de positivismo não resulta propriamente na redução do direito à norma, o que já era um processo histórico iniciado no século XVIII, mas na definição de todos os seus limites lógicos e pragmáticos. Ao aceitarem esses limites, tiram o que o direito moderno trabalhou como algo que, aparentemente, era a sua grande superação com relação ao direito pré-moderno: a noção de certeza racional. Ou seja, por mais que o direito moderno seja pautado por critério de racionalidade na sua criação e aplicação, essa racionalidade, que constitui a tentativa trazer para o direito algo semelhante ao que conseguiram as ciências empíricas, não é suficiente para determinar certeza na esfera jurídica. Não é possível, para os positivistas, afastar a subjetividade, os aspectos políticos e, portanto, a incerteza no direito.

³⁴ No mesmo sentido, HABERMAS, 1998, p. 202-203.

Com a compreensão desse quadro, no que tange à interpretação jurídica os cânones se mostram impossíveis de serem sustentados. A vontade do legislador não pode mais sustentar a certeza sobre a aplicação, pois a norma não depende apenas do órgão criador, mas da sua conformidade com normas superiores. É, aliás, o que demonstra Kelsen, ao deixar claro que a vontade é ato do mundo do ser, de onde não pode surgir qualquer dever ser, o que quer dizer que a vontade do legislador só vincula quando em conformidade com norma que a determina na sua forma de criação e no seu conteúdo. A norma também depende do seu modo de aplicação pelo Poder Judiciário (na explicação de Ross sobre a validade como dependente da efetiva aplicação das normas pelos juízes) e da sua recepção e compreensão por parte de todos aqueles que são seus destinatários e a recebem como condição para a validade de suas ações no universo do direito. Nesse último caso, claro, levando em consideração a posição de Hart sobre o direito como jogo de linguagem institucionalizado em que as regras são os limites para o significado das ações que acontecem no seu âmbito e, portanto, condições pragmáticas para que a ação nele praticada seja considerada “afortunada”.

O método teleológico também não resiste: os objetivos buscados pela lei não podem ser determinados com segurança, pois os programas jurídicos estabelecidos por políticas públicas ou relações de conduta que vão muito além da relação entre indivíduos privados são muito abertos e dependem de percepções e preferências políticas. O *telos* da lei depende do contexto em que precisa ser realizado e de suas possibilidades políticas e sociais.

O método histórico, por sua vez, depende de uma interpretação histórica harmônica, a partir de reconstrução de certa forma compartilhada. Todavia, a visão histórica do direito também está relacionada com ideologias políticas e morais, que não podem ser determinadas com base na racionalidade da ciência moderna. Nesse sentido, Karl Larenz (1997), no seu comentário sobre Savigny, mostra como o pai da Escola Histórica recorre à concepção global de instituto jurídico para a compreensão da lei no sistema jurídico, mas o faz em modelo intuicionista, sem mostrar como é possível voltar dessa concepção global da totalidade da significação do instituto na história para a sua unidade no sistema, de modo que não fica claro como tirar dessa intuição quaisquer determinações concretas.

O método sistemático também não é seguro, pois, primeiro, o decisionismo mostra que, apesar de os juízes quererem manter um padrão de aceitabilidade de suas decisões em conformidade com as expectativas da comunidade jurídica, os critérios extranormativos que individualmente aceitam podem levá-los a decisões fora do que era previsível a partir das expectativas (por exemplo, quando o juiz entende que a norma é injusta e se recusa a aplicá-

la). Nesse caso, a decisão passa a fazer parte do ordenamento como norma particular, pois fruto de decisão judicial. Além disso, como demonstra Ross³⁵, as regras de derrogação nem sempre são suficientes para eliminar possíveis contradições que surjam.

Por último, os valores não podem servir de base como critérios de estabilização dos conteúdos normativos. Mesmo que não se trabalhe com a tentativa de demonstração transcendental de critérios valorativos ou de justiça, a suposição de um conjunto de valores compartilhados não leva ao resultado da estabilidade desejado. O problema é que, considerando a sociedade plural, os valores insustentáveis como verdadeiros transcendentemente e a presença empírica de valores contraditórios no ordenamento, não há critério de valor claro a recorrer para a interpretação da norma e, ainda que houvesse, ele poderia ser contestado a qualquer momento como ilegítimo. Caso se recorra à vontade do legislador (mesmo do poder constituinte originário), aplicar-se-ia a crítica acima desenvolvida. Não é por outro motivo que Kelsen atinge como resultado a defesa do pluralismo a partir do relativismo moral. O pluralismo não seria valor político a ser defendido, mas a condição pragmática para pensar a sociedade em razão dos limites epistemológicos no conhecimento do direito e da moral (KELSEN, 2001 e 1998b).

Enfim, o que o normativismo defende é a impossibilidade de uma epistemologia privilegiada que determina a certeza nos processos de decisão, e não que o juiz pode tudo. A postura de observador externo que esses autores adotam não é a de leigo, mas a de terceiro desinteressado que pode compreender as possibilidades do jogo e determinar, a partir dos próprios pressupostos aceitos e compartilhados pela comunidade jurídica, a validade das ações, não como os juízes responsáveis pela aplicação das normas (que também são jogadores), mas como árbitros que observam a regularidade do jogo e, no caso de violações, percebem as arbitrariedades e as mudanças perpetradas pelos participantes, pois, como observadores, não têm poder de decisão.

O positivismo, assim, não defende o “vale-tudo” interpretativo. Sua postura não é no sentido de prescrever como o juiz deve agir ou como está autorizado a agir, mas é apenas descritiva. Diz, então, que, diante dos critérios compartilhados pelos “jogadores” do direito, as decisões são movimentos possíveis no jogo (ou, de alguma forma impostos) que levam em consideração regras que são sempre flexíveis no direcionamento da tomada de

³⁵ Ver item 1.2.

posição. Em outros termos, descrevem os limites do modelo paradigmático de direito³⁶. Essas considerações são fundamentais para a discussão do modelo da teoria da ponderação de valores que virá a seguir.

³⁶ A acepção de paradigma tal como tratada por Thomas Kuhn (2001) será objeto de análise no item 3.2 deste estudo.

2 Argumentação e proporcionalidade como resposta ao decisionismo: a proposta de Robert Alexy

A filosofia do direito positivista do século XX imprimiu grande consistência ao seu discurso, atualizando a análise jurídica dentro dos padrões da filosofia contemporânea e afastando as ingenuidades do idealismo iluminista do século XVIII que ainda grassavam no direito. Kelsen, Ross e Hart colocaram o pensamento jurídico no patamar das grandes teorias de sua época, fazendo-o recuperar o destaque e a importância do Século das Luzes, na tentativa de superar as limitações do idealismo iluminista para o direito.

Contudo, isso foi feito com o sacrifício da crença na justiça, a qual sempre acompanhou a filosofia do direito. A solidez do discurso impediu que os juristas pudessem sustentar suas conclusões e posições no apelo aos valores superiores ou à razão universal pautada na justiça. A consequência foi a desconstrução dos discursos jurídicos clássicos e o ceticismo quanto à racionalidade da atividade interpretativa. O efeito colateral mais destacado foi a redução do direito à norma e à autoridade de quem decide e a descrença na possibilidade de controle racional do processo de aplicação do direito³⁷.

Kelsen, Ross e Hart impossibilitaram a busca da justiça tal como no modelo clássico e puseram a nu o uso dos discursos jurídicos como ferramentas de justificação de tomadas de posições parciais. Ao mesmo tempo, impediram que a teoria do direito fosse mecanismo de crítica ao uso indevido do poder e de seus desvios³⁸. Hart e Ross, que assumiram a ideia de participante que compreende a obrigatoriedade do direito como quem o vivencia, não tratam do fato de que esse envolvido não espera apenas uma explicação das limitações de quem decide, mas também que o direito reflita alguma expectativa de justiça. Já Kelsen (2001) mostra como o relativismo é garantia da existência da pluralidade de opiniões, mas desvinculou a sua teoria pura da responsabilidade de lidar com isso.

³⁷ Por mais que seja possível entender o decisionismo como elemento de garantia da pluralidade de opiniões, na medida em que permite a identificação da imposição de percepções parciais nos discursos sobre a justiça (SIMON, 2010a), e que os autores tratados sempre tenham se posicionado em favor da democracia e da liberdade, a comunidade jurídica recebeu as construções positivistas como modelos céticos e de subserviência ao poder do Estado.

³⁸ Nesse ponto, é interessante o texto que Hans Kelsen, em consulta a ele dirigida, escreveu sobre a legalidade do governo provisório de 1933 no Brasil e a sua competência para impor regimento que regulasse as atividades da Assembleia Nacional Constituinte por ele convocada. Kelsen defende que, do ponto de vista do direito positivo, não há diferença entre governo de fato e *de iure* e que não há qualquer problema de validade com o regimento, deixando claro que não pretende tratar a questão do ponto de vista da legitimidade, mas de sua visão sobre a teoria pura do direito (KELSEN, 1996, p. 5-11).

É de considerar, contudo, que uma das maneiras de ver o papel do direito consiste no entendimento de que, se o tema principal da filosofia política é a guerra, o da filosofia do direito é a paz. O direito possibilita um lugar na sociedade em que a palavra sobrepuja a violência, ainda que as pessoas não saiam pacificadas do tribunal. No final das contas, a função do ato de julgar é por fim à controvérsia, permitindo a estabilidade social e colocando a sociedade como uma empresa de cooperação (RICOEUR, 2008, p. 3-4).

Nesse sentido, o direito pode relacionar o bom e o justo. O bom como sendo o *telos* a que se dirige a sociedade, no sentido de “querer uma vida boa”, enquanto a justiça permite isso quando possibilita o distanciamento dos interessados, por meio da instituição do direito, estabelecendo a igualdade formal, na medida em que lida com o que se refere ao “cada um” e não ao “tu”, típico da relação de amizade. Há, portanto, o critério de equidade e de igual tratamento para casos semelhantes³⁹ (RICOEUR, 2008, 8-10).

O problema é que o buscar a vida boa, traduzida na ideia de querer viver sob instituições justas, e a igualdade formal podem entrar em conflito, pois essa justiça formal pode se tornar mero recurso procedimental da prática legal, distanciando-se da garantia do “viver sob instituições justas”. O positivismo jurídico do Século XX, ao eliminar os discursos sobre a justiça e se preocupar apenas com a descrição das práticas legais, possibilitou que houvesse tal distanciamento ignorando o elemento que viabilizava essa ligação: a sabedoria prática. A partir dessas considerações, Ricoeur (2008, p. 17-18) entende que a problemática da aplicação da norma não é problema menor, não podendo se restringir à aplicação mecânica da norma nem sendo possível aceitar a total discricionariedade no pronunciamento da sentença.

Nesse ponto, fica claro que a possível conjugação entre viver bem em sociedade, justiça formal e sabedoria prática só se dá quando se trata do problema da interpretação e aplicação do direito, fugindo-se do foco da norma jurídica como objeto privilegiado do direito. Mas, repita-se, essa problemática surge, após o positivismo jurídico, em razão da necessidade de um modelo epistemológico de controle da racionalidade da aplicação do direito de forma a realizar as expectativas do justo criadas em sociedade, que mantêm a crença na estabilidade e necessidade do direito como instituição social.

Tal modelo de controle advém, no mundo jurídico, das relações entre o direito e as teorias sobre a possibilidade da argumentação moral fundamentada racionalmente.

³⁹ Esse é um dos pontos em que Hart (2001) e Perelman (1998) veem ligação necessária entre o direito e o critério formal de justiça.

Se for possível mostrar que o discurso moral pode ser racional e que o direito está a ele vinculado, então pode ser possível demonstrar o vínculo entre direito e moral como necessários para, superando-se o positivismo, mostrar que a moral pode ser o critério de correção do direito, o que levaria à superação do decisionismo, que é fruto, como já indicado, do relativismo moral exposto pelo positivismo e, portanto, da falta de critério para chegar racionalmente à decisão *correta*.

Nessa linha de raciocínio, o teórico do direito Robert Alexy propõe exatamente essa conexão, buscando demonstrar a relação conceitual necessária entre direito e moral, como isso se dá em razão do compartilhamento dos elementos racionais de fundamentação do discurso moral e como, no momento da aplicação, a relação entre o direito e a moral fundamentável racionalmente permite que se supere o decisionismo por meio da ponderação de valores, em que estes são vistos como princípios jurídicos que norteiam a atividade judicial e, como tais, necessitam ser realizados nos casos concretos por meio do princípio da proporcionalidade. Alexy pretende, portanto, recuperar a moral como elemento de controle que ele chama “pretensão de correção” das decisões judiciais.

Para a compreensão das vantagens e desvantagens da tentativa de Alexy em reconectar o direito ao discurso moral, será feita uma exposição com comentários críticos à tese da vinculação entre direito e moral, abordando como essa tese leva à necessidade de ponderação de valores e quais são seus limites e como o que sobra a Alexy é apenas o recurso ao discurso jurídico como caso especial do discurso racional prático. Se restar demonstrado, por fim, que toda a construção teórica de Alexy depende inteiramente da sua tese sobre a argumentação jurídica, será também necessário analisar quais são as possíveis dificuldades da sua concepção de decisão na prática de decisões constitucionais no Brasil⁴⁰.

2.1 A vinculação conceitual entre direito e moral e suas dificuldades

Para mostrar a importância do recurso a conteúdos suprapositivos no

⁴⁰ Cumpre ressaltar que a exposição inverte a ordem cronológica de apresentação das teses de Alexy nas obras mais importantes para este estudo. O autor alemão primeiro desenvolveu seu modelo de argumentação jurídica, em 1978, depois buscou formular teoria dos direitos fundamentais que demonstrasse a racionalidade dos juízos práticos no direito vinculados à possibilidade de dogmática dos direitos fundamentais, em 1986, para então desenvolver mais estruturadamente o argumento da vinculação necessária entre direito e moral, no ano de 1992. A intenção neste estudo é, ao apresentar e criticar a tese da vinculação e do princípio da proporcionalidade na aplicação dos direitos fundamentais, indicar que todo o problema da tese geral de Alexy depende da correção da sua teoria da argumentação.

discurso e começar a minar a tese da separação positivista, o teórico do direito analisado cita a decisão de 1968 do Tribunal Constitucional Alemão, em que se recorre à injustiça da lei de imigração de 1942, que determinava a perda da cidadania alemã dos judeus emigrados. Para Alexy, essa decisão constitui exemplo interessante, porque mostra a negativa de vigência de lei eficaz socialmente com base em argumento moral, declarando a invalidade *ab initio* e não com base na nova constituição (ALEXY, 2004, p. 15-17). O propósito é indicar, desde o início, que o recurso a argumentos morais faz parte do cotidiano dos tribunais.

Entretanto, esse exemplo não é muito bom, pois se trata de decisão muito posterior à Segunda Guerra, em que o discurso pode ser muito mais em razão do trauma do passado da corte. Além disso, não afasta o argumento de Ross, pois a lei foi válida em seu tempo, já que surtiu todos os seus efeitos. Acrescente-se que nenhum dos três positivistas citados nega a possibilidade de que isso aconteça, mas, para eles, o tribunal estaria criando direito. É importante ressaltar, contudo, que o próprio autor alemão entende que o positivismo não nega que haja influências da moral na elaboração ou aplicação do direito, mas a corrente defende que não há conexão *necessária* entre eles (ALEXY, 2008, p. 286 – nota 5).

Em seguida, Alexy se refere a outra decisão (esta de 1973) em que o Tribunal Constitucional aceitou, com base em dispositivo constitucional, que, às vezes, é dado ao juiz criar o direito, pois este não se reduz à lei, apesar de, na maioria das vezes, eles coincidirem. Aduz que os positivistas sustentam, quando o caso é duvidoso porque não se pode chegar claramente a solução comum, que essa solução vem de fatores extrajurídicos. O problema está, então, em aceitar ou não a proposição segundo a qual o direito não se reduz à norma (ALEXY, 2004, p. 17-19).

Segundo ele, o que está por trás da concepção de direito e da discussão exemplificada pelas decisões dos tribunais e as posturas positivistas é o velho problema do conceito de direito⁴¹. Cada decisão ou tomada de posição depende da aceitação de determinado conceito de direito. A questão, assim, gira em torno de encontrar um conceito de direito que seja adequado. Esse conceito tem de levar em consideração três elementos: a legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a *correção material* (eis aí o elemento que faz Alexy ir além do positivismo, pois este ignora a ideia de correção material) (ALEXY, 2004, p. 21 e 94).

⁴¹ Sustenta Alexy que a importância do debate sobre a natureza do direito reside no fato de ser necessária determinada concepção de direito para direcionar a solução de casos extraordinários. Todo jurista tem uma concepção do que é direito, mas é necessária certa clareza sobre a sua natureza para ter rumo nas tentativas de resolução de casos não evidentes (ALEXY, 2008, p. 281-282).

Alexy ressalta que o ponto principal do positivismo jurídico é a separação entre direito e moral, parecendo tomar como pressuposto que a separação significa ausência de influência do mundo dos valores no universo jurídico. No entanto, lembra as duas decisões do Tribunal Constitucional Alemão como exemplos de que a desvinculação entre os dois não é ponto incontroverso e, portanto, é importante saber se um conceito de direito positivista é adequado (ALEXY, 2004, p. 26-27).

Todavia, o professor de Kiel não trata de maneira clara, ao afirmar que a desvinculação não é algo pacífico na teoria jurídica, o fato de que o positivismo, de maneira geral, não defende que a vinculação não existe na perspectiva interna do direito ou que o direito não tem ou segue conteúdo moral, nem mesmo que o juiz não leva isso em consideração em suas decisões. O que os positivistas afirmam é que vincular o conceito de direito a conteúdos morais significa reduzir demasiadamente o espectro de alcance do conceito, pois vários são os conteúdos possíveis e pode até mesmo ocorrer que determinado ordenamento tenha conteúdos contraditórios em seu bojo⁴². Assim, o que os positivistas afirmam é que o fenômeno jurídico não depende de critérios específicos da moral para que sejam jurídicos, além de apresentar características próprias. Diante disso, o direito não precisa ser moral ou ter conteúdo moral específico para continuar sendo direito (KELSEN, 1998a).

Apesar das críticas acima, Alexy continua sua abordagem distinguindo dois tipos de argumento que sustentam as teses da vinculação e da não vinculação. O primeiro deles é o argumento analítico. Para os positivistas, a vinculação entre direito e moral não é necessidade conceitual. Para os não positivistas, existe necessidade conceitual na vinculação. O outro tipo de argumento é o normativo, segundo o qual, para atingir determinado objetivo, é melhor separar direito e moral (tese positivista) ou vincular direito e moral (tese não positivista). O argumento normativo, contudo, não traz necessidade lógica (pode-se dizer que um mandamento é socialmente eficaz e foi criado em conformidade com as regras formais do sistema jurídico, mas não é direito, sem cometer contradição, o que não acontece com a necessidade conceitual). Para Alexy, o conceito de direito possui necessariamente conteúdo moral e deve ser apoiado por vinculação normativa com a moral, pois esta permite ir além das limitações conceituais (ALEXY, 2004, p. 27-29)⁴³.

⁴² Ver, a esse respeito, KELSEN, 1998a; ROSS, 2000 e HART, 1996.

⁴³ “A tese reza: primeiro, existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral e, segundo, há razões normativas que falam a favor de uma inclusão de elementos morais no conceito de direito que, em parte, reforçam a conexão conceitualmente necessária e, em parte, vão além dela; dito brevemente: existem conexões conceitual e normativamente necessárias entre direito e moral” (ALEXY, 2004, p. 29 – trad. livre). – “*La tesis*

Alexy pretende sustentar sua tese da vinculação conceitual e normativa entre direito e moral em cinco diferenciações básicas. A primeira é entre um conceito de direito livre do critério de validade e outro não livre. Ele entende que é possível trabalhar com um conceito que diga que “o direito dispõe isso” independentemente de a norma ser válida, admitindo, inclusive, que se possa raciocinar a partir de sistema jurídico meramente ideal, que nunca será válido (ALEXY, 2004, p. 30). Isso não traria qualquer contradição.

Entretanto, Kelsen (1998a) já tinha resolvido esse problema afirmando que não é possível conceito de direito independente do critério de validade, pois, se assim fosse, seria necessário lidar com qualquer possibilidade de direito, inclusive com um ordenamento imaginário – excluindo-se, obviamente, o problema do estudo de ordenamentos históricos.

A segunda diferenciação em que se apoia o professor de Kiel é a existente entre sistemas jurídicos como sistemas de normas e como sistemas de procedimentos. Este vê o direito como sistema de ações segundo as quais as normas são promulgadas seguindo-se determinadas regras. Aquele vê o direito como o resultado ou produto dos procedimentos de criação de normas. Quem vê o direito como sistema de normas o enxerga pelo lado externo, sob o ponto de vista do observador; quem o vê como sistema de procedimentos privilegia o lado interno, na perspectiva de quem participa do sistema (ALEXY, 2004, p. 30-31).

A terceira diferença respeita às perspectivas do observador e do participante. A perspectiva interna pertence àquele que se insere no âmbito da argumentação jurídica em busca da decisão correta. O ponto de vista do observador é o daquele que se preocupa como de fato se decide dentro de determinado sistema jurídico⁴⁴ (ALEXY, 2004, p. 31-32).

A penúltima distinção reporta-se às conexões classificantes e às qualificantes. São conexões classificantes as que dizem que normas ou sistemas que não incluem determinado critério moral não são direito. As qualificantes afirmam que normas ou sistemas que não seguem determinado critério moral podem ser jurídicos, mas são de alguma forma deficientes (mas essas deficiências são jurídicas, e não meramente morais). Pode-se falar, aqui, em “conexão ideal”, pois os argumentos que sustentam esta última forma de definição defendem que, na realidade, no sistema jurídico estão necessariamente incluídos ideais jurídicos (ALEXY, 2004, p. 32).

reza: primero, existe una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral y, segundo, hay razones normativas que hablan en favor de una inclusión de elementos morales en el concepto de derecho que, en parte, refuerzan la conexión conceptualmente necesaria y, en parte, van más allá de ella; dicho brevemente: existen conexiones conceptual y normativamente necesarias entre derecho y moral”.

⁴⁴ Alexy reconhece a semelhança com a forma como Hart coloca o problema, mas aceita a crítica de ambiguidade no autor inglês com base em MacCormick, apenas remetendo ao texto deste autor.

Alexy reconhece que o positivismo admite que o direito está relacionado com a moral, mas entende que a diferença está na maneira como positivistas e não positivistas interpretam essa relação. Ele dá o exemplo de situação em que duas decisões são possíveis, sendo que uma é moralmente correta e a outra é moralmente incorreta. O teórico alemão compreende que tanto positivistas quanto não positivistas entenderiam que a decisão moralmente correta seria a exigível. Contudo, os positivistas interpretam essa situação como uma autorização para o juiz criar uma norma, com base no poder dado pelo próprio ordenamento. Já Alexy defende que, mesmo se essa tese fosse correta, o juiz que escolhesse a decisão moralmente incorreta não estaria jamais criando norma jurídica ou decisão perfeitamente legal. Ela seria falha, e essa é característica qualificadora da relação entre direito e moral (ALEXY, 2008, p. 295).

O professor de Kiel entende que a correção, por si só, está relacionada apenas com um defeito no direito, o que não implica invalidade jurídica, diferente da fórmula de Radbruch. O aspecto qualitativo da relação entre direito e moral que deriva da característica dual do direito não é suficiente para que a incorreção moral do direito o torne inválido, pois permanece o seu conteúdo derivado da autoridade, garantido pela coercibilidade. A invalidade do direito com base em conteúdo moral deriva do aspecto classificatório da relação, em que a fórmula de Radbruch é determinante e cujas razões morais ou normativas se sustentam nos direitos humanos ou fundamentais. O ponto é que um conceito de direito não positivista deve ser aplicado para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos (ALEXY, 2008, p. 296).

A essa altura, é importante lembrar as críticas de Kelsen, segundo o qual é desnecessária a vinculação entre direito e moral – se a norma pode ser direito sem ser moral, então é porque pode haver direito sem moral (KELSEN, 1998a). Também Hart pode ser trazido de volta, tanto quando afirma que alguém pode discordar da norma no seu conteúdo, mas reconhecer a sua obrigatoriedade por ter sido criada de acordo com a regra de reconhecimento, quanto quando defende que a vinculação do conceito de direito a conteúdos morais constitui redução da abrangência de fenômenos que seriam muito semelhantes ao direito e que isso é desnecessário para a análise (HART, 1996). Os dois autores rejeitam, portanto, a chamada conexão classificante. A qualificante, mais uma vez, não é negada pelos positivistas, que apenas negam a sua força vinculante. O problema principal colocado pelos positivistas não aparece no caso de uma interpretação moralmente correta e outra moralmente incorreta, mas sim no caso em que a interpretação é vista como moralmente correta por um

lado e incorreta pelo outro, e a outra interpretação é avaliada exatamente de maneira invertida.

A última distinção proposta é entre contexto conceitualmente necessário e normativamente necessário (ALEXY, 2004, p. 32-33). Entretanto, as possibilidades de combinação entre essas distinções estão todas submetidas à distinção básica entre ponto de vista do observador e o do participante. “Portanto, a questão consiste em saber se a tese da separação ou a tese da vinculação é correta a partir da perspectiva do observador ou da perspectiva do participante” (ALEXY, 2004, p. 33)⁴⁵.

Partindo da análise acima exposta, Alexy se vale primeiro do ponto de vista do observador como critério de teste para o uso de conceitos de direito vinculados e elementos da moral. Quando se trata da vinculação normativa (a norma não deve trazer conteúdo insuportável de injustiça), o autor alemão mostra que, do ponto de vista do observador, essa ligação não é necessária, pois ele pode dizer que tal norma em determinado lugar é válida e eficaz conforme o direito local, todavia não faz sentido ele afirmar que a norma é válida e eficaz, aplicada pelos tribunais, mas não é direito. Perguntar-se se, apesar dessas características, a norma ainda assim é direito não é mais parte da perspectiva do observador, mas do crítico (ALEXY, 2004, p. 34-37).

Isso não ocorre, de acordo com o autor germânico, com relação à análise do sistema como um todo, em vez da norma isolada. É possível diferenciar um conjunto de ordens de um bando exaltado de malfeitores, um conjunto de determinações de um grupo organizado de bandidos e um sistema jurídico. No primeiro caso, o que se tem é um conjunto indeterminado e incoerente de imposições que podem variar de acordo com o arbítrio de cada um dos malfeitores com relação aos seus dominados. O objetivo deles é pura e simplesmente impor a violência. A falta de coerência faz com que não se possa chamar esse conjunto de imposições de sistema jurídico. O que Alexy pretende com isso é mostrar que apenas os critérios da imposição e da força não são suficientes para esgotar o conceito de direito – seria, no caso, apenas um conjunto de regras absurdo (ALEXY, 2004, p. 37-39).

Quando os malfeitores se organizam e passam a determinar regras gerais para serem cumpridas pelas pessoas que pretendem explorar, esse conjunto de regras passa a ter coerência, na medida em que impõe condutas que devem ser seguidas pelo bando organizado, estabelecendo hierarquias e competências executivas. No entanto, os indivíduos que são objetos das regras não possuem qualquer direito a reivindicar aos malfeitores. O

⁴⁵ “Por lo tanto, la cuestión consiste en saber si la tesis de la separación o la tesis de la vinculación es correcta desde la perspectiva del observador o de la perspectiva del participante”.

exemplo é o de um grupo que utiliza seres humanos para explorar e vender os seus órgãos. Para isso, cria regras de proteção, como a proibição do fumo, do álcool, e de ataques violentos. Ainda que isso seja em benefício da saúde dos destinatários das regras, eles não possuem qualquer direito, pois o único objetivo é explorá-los, sem qualquer dissimulação, de modo que, para Alexy, tal conjunto de normas ainda não configura um sistema jurídico (ALEXY, 2004, p. 39).

Contudo, a coisa muda de figura se, para se manterem no poder, os bandidos passam a se preocupar com a legitimação e criam discurso de acordo com o qual os atos do grupo dominante são em benefício da comunidade, escamoteando os objetivos reais de exploração dos subordinados. Nesse caso, o discurso de legitimação gera a exigibilidade de que as regras sejam cumpridas de acordo com os objetivos legitimantes enunciados. Há o que Alexy chama de “pretensão de correção” e esta seria a característica do ordenamento jurídico, um elemento necessário do conceito de direito. O argumento que vincula o conceito de direito a essa pretensão é chamado “argumento de correção” (ALEXY, 2004, p. 39-40). Em suma, o ordenamento precisa de base de sustentação legítima, e essa base tem conteúdo moral.

Assim, a pretensão de correção é o primeiro elemento que indica a vinculação necessária entre direito e moral. Ainda que para o observador não faça sentido a vinculação necessária entre direito e moral quando analisa normas isoladas, quando se volta para o sistema identifica-se, segundo o jurista alemão, que ele sempre pressupõe essa pretensão de correção.

Alexy não explica muito bem por que esse elemento é necessário nem por que as ordens do bando organizado não seriam direito. Parece que a base de seu argumento é que o sistema assim estabelecido não gera direitos subjetivos (ou alguma possibilidade de exigência que “corrija” os desvios) contra os detentores do poder. A impossibilidade de o primeiro exemplo ser ordenamento jurídico é óbvia: não forma sistema, pois não passa de um conjunto de imposições individuais imediatas sem qualquer fim mediato.

Já o segundo exemplo não é assim tão óbvio. Pode muito bem ser o caso de ordenamento que garanta apenas a ordem e a exploração pelo grupo que manda. Por que isso não é jurídico? Por que o conceito de direito tem de se vincular a alguma exigibilidade por parte do destinatário da norma?⁴⁶ Por que a vida dos subordinados não pode ser apenas algo

⁴⁶ A ideia de direito subjetivo visto como valor inerente de quem demanda algo contra alguém em razão de direito seu violado é duramente criticada por Alf Ross (2004) e Hans Kelsen (1998a), que acusam essa visão de

útil aos criadores das regras? Alexy não explica isso, colocando a exigibilidade de correção como valor inerente ao direito. Além disso, se esse conjunto de ordens do bando organizado utilizado pelo autor tudesco como exemplo não é ordenamento com relação aos explorados, é porque os destinatários diretos das normas não são os subordinados, mas o próprio bando, e é justamente por isso que ele se torna organizado. Assim, existe a pretensão de correção com relação a essas regras, mas ela se dá entre os malfeitores, já que os demais, no exemplo dado, são tratados apenas como animais para abate. Ou seja, as regras não se destinam a eles, mas se relacionam com eles.

De todo modo, a “pretensão de correção” é apenas um critério formal de moralidade, no sentido de tratamento igual para casos semelhantes⁴⁷. Uma vez que o sistema vale, espera-se que ele se aplique da mesma forma para aqueles que estão na mesma situação. Isso o positivismo aceita sem qualquer problema⁴⁸. O que o positivismo coloca como dificuldade para a vinculação do conceito de direito a conteúdo moral é que pode ser qualquer tipo de moral e muitas vezes o ordenamento possui pretensões de moralidade conflitantes (KELSEN, 1998a). Eis mais um motivo para que a ideia de “pretensão de correção” seja tida simplesmente como critério formal: a pretensão é de que as normas sejam aplicadas conforme se diz que elas devem ser aplicadas, de modo que a coerência interna do sistema seja mantida. Nada impede, nesse sentido, que o indivíduo reivindique que, até o momento do seu “abate” para que seus órgãos sejam retirados, ele seja tratado conforme as regras que determinam os cuidados com relação à sua saúde. O próprio Alexy admite que a pretensão de correção é critério que apenas indica a relação, mas não pode estabelecer sozinho o vínculo. Para isso, é necessário que esteja vinculado à moral fundamentável racionalmente (ALEXY, 2004, p. 83), o que vai ser explicado mais adiante.

Alexy admite que, afora a questão da pretensão de correção, sob a perspectiva do observador, a tese positivista é correta. Falta verificar se, do ponto de vista do participante, isso também ocorre. Para tanto, parte da discussão de um artigo constitucional que dissesse algo como “X é uma república soberana, federal e injusta”. Para o autor alemão, tal artigo contém falha moral. Isso fica claro quando se compara com outro artigo hipotético do tipo “X é um Estado justo”. Para ele, uma constituição tem, como pressuposição, a ideia de

jusnaturalista e carente de significação semântica, defendendo que “direito subjetivo” nada mais é que o ponto de interseção de possibilidades de consequências geradas pela violação de norma que atribui faculdades de ação.

⁴⁷ Que Alexy coloca como uma das regras básicas da argumentação prática que garante a racionalidade do procedimento que leva à decisão (ALEXY, 1997). Ver o tópico 2.3 deste trabalho.

⁴⁸ Ver, por exemplo, HART, 2001.

estabelecer um Estado justo, de tal modo que o artigo seria redundante⁴⁹. Chega a comparar com a teoria dos atos de fala de Austin, dizendo que há uma espécie de contradição no uso da fala como ação, pois seria como o exemplo do filósofo inglês na afirmação “o gato está sobre o tapete, mas eu não acredito que ele está”. Dizer que se institui um Estado, mas ele é injusto, seria uma contradição performativa. Pretende, com isso, mostrar que, do ponto de vista interno de quem usa a fala, a justiça é critério de correção que compõe o conceito de direito (ALEXY, 2004, p. 41-43). Outro exemplo seria o do juiz que decide com base em falsa interpretação, afirmando a falsidade. Também seria contradição performativa e, portanto, falha conceitual no uso de “direito”.

A conclusão de Alexy é a de que a pretensão de correção é formulada pelos participantes nos mais diversos níveis, de modo que, como essa pretensão tem implicações morais, existe conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. Para Alexy, os positivistas possuem duas estratégias possíveis para lidar com esse argumento da vinculação. Primeiro, sustentar que a não satisfação da pretensão de correção não implica a perda de qualidade jurídica, de forma que a vinculação não seria classificante, mas qualificante (o que conduz ao argumento da injustiça). Segundo, pode-se afirmar que a pretensão de correção estabelece vinculação trivial, sem consequências morais, de modo que não há conexão necessária entre direito e moral (o que leva ao argumento dos princípios) (ALEXY, 2004, p. 43-45).

Todavia, não parece necessário aceitar o critério de justiça como algo a ser sempre reivindicado, como propõe Alexy. Não é impossibilidade lógica determinada população aceitar a ordem soberana injusta com base, por exemplo, na crença de que a vontade de Deus ou dos deuses é que o monarca seja obedecido a todo custo, sob pena de castigos sobrenaturais. As pessoas aceitam as injustiças para aumentarem as possibilidades de preservação das suas vidas. Exemplo disso é a discussão sobre o contrato social em Hobbes. A justiça equivale à ordem e a função do soberano é garantir ordem para que sejam diminuídos os riscos contra a vida. De acordo com o contratualista, é melhor submeter-se à injustiça do soberano do que ao arbítrio da guerra de todos contra todos⁵⁰. Não há nisso qualquer contradição lógica, como afirmar, com pretensão informativa/descritiva, que o gato está sobre o tapete sem acreditar nisso. Aqui se trata de impossibilidade lógica.

⁴⁹ Os exemplos que envolvem a discussão sobre o bando de malfeitores já indicam que Alexy pressupõe que qualquer sistema jurídico depende de algum fundamento moral de legitimidade.

⁵⁰ Ver HOBBS, 2002; BOBBIO, 1997 e SIMON, 2010b.

Além disso, mesmo que se admita a necessidade de a ordem se afirmar justa, o problema arguido pelo positivismo (pois ele não nega a relação entre direito e moral em termos de conteúdo) é que não se pode sustentar racionalmente que aquele critério de justiça afirmado seja, de fato, a Justiça universal ou mesmo a Justiça para aquele povo. Ou seja, qualquer conteúdo moral pode ter pretensão de legitimidade como critério de correção.

No que tange ao argumento de injustiça trazido por Alexy, este também pode ser feito com respeito a normas isoladas ou com relação ao sistema jurídico como um todo. Por seu turno, o argumento de injustiça a respeito de normas isoladas pode ser dividido em outros oito argumentos. O primeiro deles é o linguístico, em que se diz que a norma extremamente injusta continua sendo direito pelo simples fato de não haver outro vocábulo para designar tal norma e, com isso, o signo “direito” funciona muito bem para o fenômeno. Contudo, isso se daria do ponto de vista do observador, que vê a norma como resultado de um procedimento. Do ponto de vista do participante, esse resultado do procedimento de criação da norma é apenas o ponto de partida para o processo de aplicação.

Nesse sentido, podem existir razões substanciais para que o juiz não aplique a norma que entende ser extremamente injusta. Ao fazer isso, profere decisão que pretende ser direito e, para que não haja contradição, precisa afastar o caráter jurídico da norma. Portanto, a regra que serviu como ponto de reflexão é apenas *prima facie* direito, perdendo essa qualidade no processo de aplicação. Pode-se dizer, então, que – do ponto de vista do participante – faz sentido o recurso a elementos substanciais de moralidade como parte do conceito de direito (ALEXY, 2004, p.46-48).

Entretanto, Alexy desconsidera algumas coisas nessa sua reflexão. Em primeiro lugar, o juiz pode considerar direito tudo aquilo que vem do poder reconhecido como competente para a edição da norma, entendendo que deve julgar conforme qualquer norma por ele posta, em um estrito senso de dever como aquele dos militares, podendo mesmo levar esse sentido de dever ao extremo. Outra coisa a ser lembrada é que o juiz pode muito bem reconhecer conceitualmente a norma como direito, mas agarrar-se à obrigação moral de desrespeitá-la em razão da sua absurda injustiça, tendo para si a plena certeza de que está violando o direito em benefício da justiça, reconhecendo-se como um agente político-moral, mais do que jurídico. Nada impede que o magistrado separe conceitualmente as duas esferas e tenha consciência da violação ao direito. Em terceiro lugar, mais uma vez o reconhecimento do vínculo é apenas formal, pois não há qualquer discussão se, do ponto de vista interno, os elementos morais trazidos à tona pelo julgador são compartilhados pelos demais participantes

do “jogo”, e este é o ponto principal dos positivistas: qual argumento de moralidade é válido?

O outro argumento é chamado por Alexy de “argumento da clareza”. Coloca como exemplo desse modo de apresentar o problema o ponto de vista de Hart, segundo o qual incluir o conceito de moral no direito deixa-o mais confuso desnecessariamente, pois se pode muito bem dizer que uma norma é jurídica, mas a moral manda que o juiz a desobedeça⁵¹. Assim, o uso da linguagem ficaria mais claro e evitar-se-iam confusões conceituais desnecessárias.

Alexy discorda do jurista inglês, afirmando que a consideração da moral como elemento conceitual do direito não encobre o problema da natureza do direito, pois tornar o conceito mais complexo não significa deixá-lo obscuro. Os juristas não podem temer conceitos complexos e estão acostumados a eles. A questão não é o ocultamento de um problema, mas a proposição de uma tese material (ALEXY, 2004, p. 48-50).

Em que pese o ponto de vista do professor de Kiel, mais uma vez ele desconsidera que o problema é que tanto o conceito de direito como o de moral continuam funcionando perfeitamente sem a confusão. Ou seja, não é necessário que se relacione o direito com a moral para que o conceito continue tendo utilidade. Além disso, o autor alemão deixa de lado a afirmativa de Hart de que tal relação entre direito e moral pode ser muito bem utilizada para os fins de uma moral duvidosa, querendo dizer que a mera relação não é certeza de direito mais justo (HART, 1996 e SIMON, 2006).

O terceiro argumento é o da efetividade, dividido por Alexy em dois: o que diz que um conceito positivista permite uma discussão crítica sobre a moralidade do ordenamento e o que afirma que um conceito de direito vinculado à moral em nada ajuda no controle de uma norma injusta, pois pouco influencia na sua aplicação. Com relação ao primeiro ponto, alega que esse perigo não ocorre caso se siga a tese de Radbruch de vinculação fraca, em vez de aceitar a identidade. Assim, o direito imoral é direito até que se ultrapasse o umbral de suportabilidade. Ou seja, a vinculação não cria consciência acrítica, pois a simples oposição entre direito e moral não tira o caráter jurídico da norma, bem como não há aceitação acrítica se o conteúdo moral mínimo é passível de fundamentação racional. Já no que tange ao fato de o conceito não influenciar na aplicação do direito, Alexy diz que pode haver algum efeito sim, que é o de que um conceito positivista não inibe alguém de aplicar normas injustas sob um regime de violência, pois não sofreria consequências caso esse

⁵¹ Esse argumento foi exposto acima, mas diante da perspectiva do participante que aceita a norma como direito.

regime caísse. Por outro lado, essa perspectiva de vinculação entre direito e moral poderia inibir quem temesse a queda do regime autoritário (ALEXY, 2004, p. 51-57).

É importante dizer, contudo, que, com relação ao argumento da efetividade, Alexy também deixa de lado algumas considerações possíveis. Primeiro, mesmo a tese débil não diz qual é esse limite a ser aceito e, como afirmou Kelsen, se o direito pode não ser moral é porque ele não precisa ser moral para ser direito (KELSEN, 1998a). Também sempre há possibilidade de que a injustiça seja vista como útil ou necessária ou mesmo justa por quem a impõe. A desvinculação permite ver que aquele direito imposto carrega conteúdo moral, trazendo-o à tona para ser discutido no plano da moral e da política, no sentido de verificar se ele será realmente aceito – essa parece ser a perspectiva de Kelsen (2001).

Já o fato de o conceito de direito relacionado com a moral ter efeito inibidor diante da perspectiva da derrocada do regime injusto, Alexy não considera que o regime possa ser recebido como justo pelos responsáveis pela aplicação da norma, que o senso de dever de obediência seja mais forte que o medo e que o medo imediato de represálias do regime seja mais forte que o medo mediato de possíveis reações futuras. Tampouco trata da possibilidade de o regime justo ser débil porque recém-implantado e o aplicador ter medo em razão do iminente retorno do regime injusto e, para se proteger, aderir a este⁵².

O problema da segurança jurídica é o quarto argumento. Para Alexy, a tese da vinculação fraca entre direito e moral afeta apenas minimamente a segurança jurídica, pois, se existem posições morais fundamentáveis racionalmente, então quem vê a ação injusta a reconhece como tal. Desse modo, quanto mais extrema é a injustiça, mais seguro é o seu reconhecimento⁵³. É possível, então, seguir Radbruch e admitir que a segurança prevalece sobre a injustiça, a não ser em casos extremos. A segurança jurídica é um valor e, a não ser que se a tome como absoluta, deve ser sopesada com outros valores presentes no ordenamento (ALEXY, 2004, 57-58)⁵⁴.

⁵² Parte do sucesso do Código Civil Napoleônico se deve ao fato de o imperador francês ter imposto sanções aos juízes que continuassem aplicando o direito civil costumeiro francês (cf. BOBBIO, 1995).

⁵³ Para Alexy, o ponto de ligação entre direito e moral está na tese de Radbruch, segundo a qual o direito criado de acordo com o ordenamento e socialmente eficaz não é válido quando ele é absolutamente intolerável. Se não alcançar esse limite de intolerância, o direito continua sendo válido. A fórmula pode ser assim resumida: “A extrema injustiça não é direito” (ALEXY, 2008, p. 282).

⁵⁴ Atienza (2003, p. 205) critica Alexy (entre outras críticas que faz) quanto ao problema da vinculação entre direito e moral por critério qualitativo e pergunta: “Não parece paradoxal que, havendo uma conexão conceitualmente necessária, se possa, contudo, falar de Direito injusto, de norma jurídica injusta ou de decisão jurídica injusta? Não seria preferível partir de uma noção mais forte da moral – que inclusive poderia se basear numa ética discursiva – que, evidentemente, não permitiria explicar de modo satisfatório, – mas tampouco

Contudo, nesse ponto Alexy não trabalha a questão de como aferir a extrema injustiça. Parece sempre pressupor que ela é facilmente apreensível porque os critérios de suportabilidade seriam reconhecíveis por todos. Entretanto, isso nem sempre acontece. Por exemplo, quando a sociedade está moralmente dividida a ponto de estar na iminência de guerra civil. Ou na divisão drástica entre liberais clássicos e socialistas ortodoxos ou entre conservadores tradicionalistas e libertários morais. Nesses casos, o que é extremamente injusto para uns é absolutamente justo para outros. No que se refere ao sopesamento da segurança com outros valores, nada impede que a segurança seja vista como de maior importância nos casos em que ocorrerem os conflitos.

O argumento seguinte é o do relativismo. Os positivistas afirmam que não é possível sustentar uma posição moral racionalmente e que os não positivistas sempre dependem de uma ética não relativista, mesmo que rudimentar. Defendem que a moral nazista é tão válida quanto qualquer outra, pois, para o nazista, ela pode ser fundamentada. Alexy sustenta que enunciados éticos podem ser racionalmente fundamentados e enunciados claramente antiéticos podem ser refutados⁵⁵. De resto, remete à ideia de comunidade que compartilha o sentido de direitos humanos e fundamentais. O recurso à moral nazista só seria possível em comunidade que compartilhasse esse tipo de moral, o que, para o autor alemão, é de pouca importância, pois isso é extremamente difícil de acontecer (ALEXY, 2004, p. 58-61)⁵⁶.

Nesse ponto, importa frisar como fica clara a necessidade da comunidade para compartilhar valores, pois, como se verá adiante (2.2), os princípios de direitos fundamentais são valores aceitos e positivados pelo ordenamento e apenas estes, presentes explicitamente na constituição ou deles deriváveis, são válidos para aquele sistema específico. Porém, se é necessário o recurso ao compartilhamento de valores por parte da comunidade, isso dificulta visualizar o direito como elemento contramajoritário de controle do exercício do poder⁵⁷. Além disso, a necessidade da comunidade joga para esta o critério de controle do que

justificar por si só – o Direito positivo, porém, apenas julgá-lo como menos ou mais valioso conforme o seu grau de aproximação em relação à moral?”

⁵⁵ Mas remete essa defesa à obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, de sua autoria.

⁵⁶ A afirmação pode até ser razoável, mas não pode ser colocada de forma tão evidente como algo trivial. Há a tese de que o sucesso de Hitler se deu com o apoio e conhecimento do povo alemão, que tinha consciência da maioria das práticas do fúhrer e com elas concordava. Ver: GELLATELY, 2011. Não se justifica, portanto, a pouca importância que dá Alexy à possibilidade de compartilhamento de modelo ético que nos seja, à primeira vista, absolutamente desprezível.

⁵⁷ É bem verdade que Alexy não admite uma ordem objetiva de valores, pugnando por uma ordem fraca, com valores com preferências *prima facie* (como será desenvolvido no tópico seguinte). Contudo, a necessidade de compartilhamento de valores pode levar a uma ordem concreta socialmente. É relevante notar que Alexy, quando

é “extremamente injusto”, tornando-se mais difícil o processo de argumentação em favor da minoria. O que aponta para uma saída desse problema é a insistência de Alexy em afirmar que essa moral que serve como fundamento do direito a ponto de vincular o conceito deste àquela deve ser fundamentável racionalmente⁵⁸.

É importante, a essa altura, lembrar o problema do paradoxo da liberdade tal como colocado por Karl Popper, que se pergunta se, com base no respeito à liberdade, deve-se tolerar o intolerante, que põe em risco a própria ideia de liberdade, respondendo negativamente a indagação (POPPER, 1987). Essa maneira de colocar o problema resolve a questão colocada por Alexy sem a necessidade do recurso a valores compartilhados, permitindo o raciocínio contramajoritário. Porém, Kelsen, nesse ponto, é mais radical com a proteção da liberdade do que Popper, fundamentando a sua posição exatamente por meio da negação de valores compartilhados, ou seja, a partir do relativismo moral. Segundo o jurista de Viena, como qualquer moral é possível e nenhuma pode ter a pretensão de ser a única fundamentável, então todas as pretensões de legitimidade moral devem ser aceitas. O que deve impedir que uma se sobreponha às demais são instituições sociais e jurídicas sólidas, cuja função é garantir que uma não elimine as outras (KELSEN, 2001)⁵⁹.

O próximo argumento positivista é o da democracia ou da separação dos poderes. Alexy afirma que ele não cabe, pois o controle do juiz sobre as decisões dos representantes com base em argumentos morais se daria apenas em casos de extrema injustiça. Negar isso seria, segundo ele, impedir qualquer sujeição do legislador aos direitos fundamentais (ALEXY, 2004, p. 61).

Há que considerar, porém, a questão dos princípios constitucionais

trata da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, deixa claro que pretende elaborar modelo que permita uma dogmática voltada para o ordenamento jurídico positivo (no caso, o da Alemanha), de forma que os princípios previstos nesse ordenamento tenham aplicabilidade apenas *prima facie* diante de outras exigências, sem estabelecerem uma hierarquia de valores. Entretanto, esses valores podem ser valores concretos em relação a outros valores de fora do ordenamento, mas que se tente incluir de alguma maneira, de modo que, com relação a esses outros valores, os primeiros, positivados, formem ordem concreta hierarquicamente superior.

⁵⁸ Alexy (1997; 2002) admite que não pode haver hierarquia concreta de valores e que isso seria uma tese ontológica insustentável. Ocorre que, se é assim, o critério de moral é procedimental (como ele defende na sua teoria da argumentação), em que não há conteúdos determinados. Desse modo, a discussão sobre as possibilidades da comunidade compartilhar valores injustos cabe apenas para os valores que são positivados juridicamente, pois diz respeito à aplicação do ordenamento ou da norma injusta. A norma, como já visto, pode ser facilmente afastada pelo argumento da injustiça, como nos exemplos dados por Alexy dos julgados do Tribunal Constitucional Alemão. Já o ordenamento injusto traz a questão agora discutida, a do limite da injustiça. E aqui está o ponto da crítica: como definir a extrema injustiça, se a comunidade compartilha aqueles valores? Isso pode ser feito apenas *a posteriori*, o que quer dizer que só a partir do ponto de vista distanciado no tempo é que se tem condições de afirmar a extrema injustiça. Pois bem, até então o ordenamento foi concebido como válido e, por que não, justo.

⁵⁹ Veja-se, também SIMON, 2010a.

implícitos. Como o próprio Alexy trata os princípios como valores, o recurso a esse argumento é um argumento moral. E pode-se verificar na prática que o problema do controle material de constitucionalidade leva a intervenções que vão muito além dos meros casos extremos. Em outras palavras, os princípios implícitos permitem que o Judiciário, por meio do controle material de constitucionalidade, realize o controle moral das decisões legislativas que, no cotidiano, não se limitam a casos de injustiça extrema. Além disso, a asserção de Alexy coloca o judiciário como o garantidor dos direitos fundamentais, enquanto o legislativo seria o agente violador. Mas o inverso pode ocorrer e não há como defender o cidadão contra o judiciário.

O sétimo argumento contra um conceito de direito não positivista é o da inutilidade. Esse argumento se fundamenta na ideia de que uma postura não positivista dos juízes seria inútil, pois o legislador pode criar leis retroativas que corrijam a injustiça. Entretanto, Alexy lembra o princípio *nulla poena sine lege*, que indica, em um Estado de direito, o princípio da irretroatividade da lei penal. Assim, o Estado que protege constitucionalmente esse princípio teria dificuldades, ao menos em matéria penal, em criar normas retroativas para corrigir essa injustiça. No caso de o legislador querer alterar a constituição para que seja aberta exceção nos casos de extrema injustiça, haveria o problema de verificar se, no ordenamento, o princípio não figura como cláusula pétrea. E, caso fosse possível a alteração, alega Alexy que dificilmente, por razões políticas diversas, se conseguiria o *quorum* qualificado para realizar a mudança no texto constitucional.

Contudo, para os casos não penais talvez esse recurso fosse possível, por exemplo, em casos que envolvessem direito civil. Todavia, o cidadão, que teria a injustiça contra si, dependeria da ação do legislador a seu favor. O juiz poderia até mesmo aplicar a injustiça como meio de forçar o legislador a agir, mas isso faria com que alguns cidadãos fossem alvo de injustiça para que o legislador viesse a criar a norma retroativa. Porém, nessa situação, o cidadão seria apenas o meio para provocar a ação do legislador. Mas sempre há a possibilidade de o legislador não agir. Assim, tanto no caso da impossibilidade de retroação da norma quanto no caso da omissão do legislador, é necessário um conceito de direito não positivista para garantir os direitos dos cidadãos contra injustiças extremas. Alexy ainda acrescenta a pretensão de correção: o juiz pretende que o seu julgamento esteja de acordo com o que é esperado pela comunidade jurídica (ALEXY, 2004, p. 62-64).

Mas o argumento contra o positivismo de Alexy é, no mínimo, estranho. No caso do princípio constitucional do *nulla poena*, o que poderia fazer o juiz que não seria dado

ao legislador? Por que o magistrado estaria numa posição de, sozinho ou em pequeno grupo, deixar de aplicar a regra que o legislador entende que não pode ser afastada? Isso só pode ser explicado, da forma como expõe o argumento, se o juiz constitucional tiver posição hierárquica superior à do legislador, para, com argumentos morais, fazer aquilo que o legislador não pode fazer. Ora, normalmente, o que o juiz constitucional tem poder para levar em consideração como argumento moral, o legislador também o tem. Isso só não vale para o controle de constitucionalidade, em que o legislador é o próprio interessado no resultado. Mas esse não é o ponto de Alexy, que está preocupado com o recurso a argumentos morais para evitar a extrema injustiça. Além disso, o fato de o parlamento não conseguir formar a maioria qualificada para alterar a constituição poderia ser indicativo de que a tal injustiça extrema não é assim tão certa, pois não conseguiu formar algum tipo de consenso para uma decisão política de caráter fundamental.

Com relação aos casos em que poderia haver lei retroativa, dizer que o juiz não pode esperar pelo legislador é dizer que a ele cabe julgar o que é moral, pois, na situação de inércia, pode ser o caso de o corpo legislativo discordar do fato de a norma ser extremamente injusta. Nesse sentido, parece que o julgamento do juiz seria mais ágil e certo que o do legislador, o que não é necessariamente verdadeiro. Nessas questões, vê-se que Alexy tende a colocar o Judiciário como técnica, política, jurídica e epistemologicamente mais qualificado que o Legislativo. A pretensão de correção também não auxilia aqui, pois a correção pode se dar com base no sentimento estrito de cumprir a norma, como o soldado bem treinado tem o sentimento de cumprir a ordem que lhe foi dada. O dever de evitar a extrema injustiça só pode funcionar se ele estiver em posição hierárquica superior ao do dever de seguir a ordem e se houver algum consenso sobre essa extrema injustiça. Alexy nunca considera essa hipótese, como no exemplo de conflitos ideológicos graves entre liberais conservadores e socialistas radicais.

O último argumento positivista contra uma norma singular extremamente injusta na perspectiva do participante é o da honestidade. De acordo com esse argumento, é mais honesto criar norma que revise a situação jurídica anterior considerada extremamente injusta, admitindo-se claramente que o princípio *nulla poena sine lege* foi violado em benefício da justiça, do que criar argumentação jurídica que deixe encoberta essa decisão moral. Alexy entende que não é isso que ocorre, pois, com base na tese da vinculação fraca entre direito e moral, se a extrema injustiça pode ser identificada é porque assim é desde o início. O que se estaria a declarar seria que a norma que gera a extrema injustiça é inválida

desde o nascedouro. Não há, portanto, retroatividade (ALEXY, 2004, p. 64-67).

É importante frisar que mais uma vez Alexy desconsidera a divergência sobre a extrema injustiça e não leva em conta que esse é um julgamento moral retroativo. É *a posteriori* que a norma está sendo declarada como injusta. Ela pode muito bem ter sido considerada justa no momento em que foi criada e enquanto foi aplicada em condições morais inalteradas. Portanto, não é possível dizer que a norma sempre foi injusta, pois o padrão de análise moral é que pode ter se alterado. Nesse sentido, de acordo com o critério de Ross, como antes exposto, a norma foi válida enquanto teve sua eficácia garantida e o tipo de decisão a que se refere Alexy teria, sim, caráter retroativo. Sendo esse o caso, por que não fazê-lo por meio de lei?

Por fim, com relação aos argumentos que negam a possibilidade de conceito não positivista de direito na perspectiva do participante que tem como referência uma norma jurídica isolada, Alexy afirma que o fato de o juízo moral mínimo poder ser fundamentado racionalmente é o que sustenta as suas objeções aos argumentos apresentados. E, ainda que se negue isso, só o fato de considerar que é possível o tipo de juízo que ele propõe sob as bases da tradição jurídica de reconhecimento dos direitos humanos já seria suficiente para afastar, dentro dessa tradição, as posições positivistas (ALEXY, 2004, p. 67).

Mas o recurso à tradição é sempre perigoso, pois a tradição pode ser duvidosa, pode ser alterada e pode ser interpretada de diversas maneiras (cf. SIMON, 2010c). Também fica complicado saber como defender os direitos humanos quando a tradição jurídica não se reporta a eles ou o faz de maneira completamente enviesada. O principal ponto do jurista alemão é, sem dúvida, a possibilidade de fundamentação dos juízos morais.

O próximo passo de Alexy é discutir se o sistema jurídico como um todo, na perspectiva do participante, pode perder sua qualidade de jurídico caso seja ou se torne extremamente injusto. Para isso, analisa duas teses: a da irradiação e a do desmoronamento. A primeira tese indica que a falta de caráter jurídico de normas substantivas básicas do sistema traz consigo a perda do caráter jurídico das demais normas tipicamente pertencentes ao sistema e daquelas derivadas. Contudo, esse argumento cria o problema de saber em que medida a norma pode ser considerada “tipicamente” do sistema e em que medida ela precisa participar da injustiça sistêmica. Nesse sentido, afastar a juridicidade do sistema com base em norma injusta violaria a segurança jurídica. Já com relação à lei isolada isso é possível: a injustiça extrema pode afastar a juridicidade da norma pela sua fácil detecção. E isso não afeta em nada o sistema como um todo. Assim, o argumento da irradiação não traz qualquer

consequência maior para a defesa do não positivismo que aquele referente às normas isoladas (ALEXY, 2004, p. 68-71).

O argumento do desmoronamento diz que, se as normas do ordenamento são extremamente injustas em grande quantidade, então o sistema como um todo desmorona por falta de regras que o sustente. Alexy nega que isso seja verdade, pois as normas podem ser extremamente injustas e serem afastadas como tais, permanecendo aquelas que são justas. Se isso ocorre, qual a base de sustentação das normas que permanecem? Com isso, Alexy indica que o sistema permanece e o que vale é o afastamento de normas isoladas em razão da extrema injustiça. Mais uma vez, o argumento referente ao sistema em nada acrescenta aos argumentos já expostos sobre o afastamento de regras isoladas (ALEXY, 2004, p. 71-73).

Todavia, com relação ao último argumento, Alexy não trabalha a situação em que a grande maioria das regras substantivas do sistema é extremamente injusta, por exemplo, todas as normas constitucionais. As normas justas que restassem estariam embasadas em qual parte do sistema? Mesmo as regras mais técnicas do sistema poderiam estar comprometidas, pois poderiam ser lidas como meios para atingir fins extremamente injustos.

Após analisar o cabimento do argumento da extrema injustiça como elemento de ligação entre direito e moral, Alexy passa a tratar do problema do argumento dos princípios, que, segundo ele, respeita ao cotidiano do direito (enquanto o argumento da extrema injustiça se aplica apenas em casos extremos). Pelo fato de o sistema jurídico apresentar uma estrutura aberta, são necessários elementos que permitam a integração do ordenamento. Para os positivistas, esses recursos não pertencem ao direito positivo, de forma que a decisão tem caráter extrajurídico (político ou moral, mas quem decide estaria criando direito). Já para os não positivistas, o sistema seria integrado pelos princípios, que são normas mais abstratas que as regras e não se aplicam como tudo ou nada, mas permanecem mesmo que no caso concreto estejam em oposição a outros princípios. Isso decorre do caráter generalíssimo que possuem, ganhando concretude apenas nos casos concretos.

Nessa ótica, é essencial a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma jurídica. Essa distinção e o recurso aos princípios permitem que a relação entre direito e moral seja feita com base em três argumentos: a tese da incorporação, a tese moral e a tese da correção. Por sua vez, os três argumentos mostram que a conexão tem natureza conceitual; o caráter é puramente qualificante (e não classificante, como no caso do argumento da extrema injustiça) e existe apenas para o participante, não para o observador

(ALEXY, 2004, p. 73-75).

Porém, essa última limitação da conexão entre direito e moral parece indevida, pois retirar o ponto de vista do observador não faz sentido, já que o mero observador não compreenderia o “jogo da normatividade”. É necessário, para que ele adote postura compreensiva, conhecer formas de jogos de linguagem do direito, de maneira que ele seja capaz, em alguma medida, de participar da convivência como um participante, sob pena de não ser capaz de atribuir sentido ao que observa. Mas, sendo assim, qualquer participante pode adotar a postura de observador, recusando o jogo do direito que está em vigência e acatando-o apenas em razão do seu efeito perlocucionário – não aceita, mas realiza o esperado em razão da sanção, não por se sentir obrigado (SIMON, 2006, p. 104 e 117). Portanto, aquilo que vale para o participante deve valer, em termos de conceito de direito, para o observador versado no jogo.

A alternativa a isso é atribuir a esse “participante” o sentido de membro de uma comunidade. O observador se coloca fora da comunidade e só assim o sentido de moral não se lhe aplica. Portanto, a noção de interdependência entre direito e moral em Alexy depende do compartilhamento concreto de valores por determinado grupo, ainda que esse compartilhamento não signifique ordem concreta ou hierarquia de valores *a priori*. A questão é saber que grupo é esse. A posição de Alexy parece, então, confusa, pois, ao mesmo tempo em que não aceita a tese ontológica da existência de valores concretos compartilhados, faz a ligação entre direito e moral depender do conjunto de valores que informam o ordenamento jurídico válido. Por mais que os valores funcionem como princípios (regras de aplicabilidade *prima facie* que não se eliminam quando entram em conflito no caso concreto – como será melhor explicado no tópico 2.2), sem hierarquia predeterminada, esses valores parecem ser concretos o suficiente para afastarem outros externos à comunidade e servirem como padrão de juízo sobre a injustiça ou a racionalidade do ordenamento concreto⁶⁰. O recurso à comunidade, entretanto, é desnecessário quando se adota a perspectiva de racionalidade procedimental para o discurso prático, pois o controle da racionalidade dos valores está no processo argumentativo, e não em critérios substanciais como validade *a priori* ou compartilhamento concreto⁶¹.

Já a tese da incorporação diz que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido possui princípios incorporados como parte do ordenamento (algo que nem

⁶⁰ Ver as notas 42 e 43.

⁶¹ A compreensão de Alexy sobre esse tema será vista no tópico 2.3.

mesmo os positivistas negam). O problema que Alexy coloca é o de saber se todo sistema jurídico é baseado em princípios, pois o positivista poderia dizer que os princípios só adentram no ordenamento por força do próprio direito positivo. Para verificar isso basta ver se os juízes recorrem à ponderação, já que essa forma de aplicação do direito implica que existem razões para duas decisões possíveis nos casos que se inserem na ideia de textura aberta. Isso quer dizer que só existe ponderação quando existem princípios, mas tal só pode ser visualizado do ponto de vista do participante.

Um positivista poderia responder a essa colocação afirmando que os princípios aos quais o juiz recorre não pertencem ao ordenamento (seriam princípios morais ou de qualquer outro tipo). Alexy, mais uma vez recorrendo ao ponto de vista do participante, argumenta que, para este, o procedimento do raciocínio de decisão e fundamentação que leva ao resultado esperado também é parte do sistema, pois o recurso é ao direito e não a elementos metajurídicos. Caso se mantenha a crítica de que isso não significa que os princípios pertencem ao ordenamento, deve-se levar em consideração que sempre existe a pretensão de correção, conforme já descrito acima, e, com ela, o dever de observá-la. Nesse sentido, a pretensão de correção leva à exigência de que, em casos duvidosos, sempre se recorra à ponderação, donde resulta que todo sistema depende da racionalidade de princípios, de modo que estes o integram. Assim, fica confirmada a conexão necessária entre direito e moral (ALEXY, 2004, p. 75-79).

Não obstante, Alexy não considera que o argumento de princípios, como argumento moral, pode trazer algo inovador, que não estava presente no ordenamento antes da decisão. Assim, o critério da pretensão de correção, na maneira como ele o coloca, é sempre um critério de adequação a sentimento de justiça que deve ser de alguma forma compartilhado, caso contrário ele viria de fora do sistema⁶².

Também nada impede que o recurso aos princípios seja visto como elemento argumentativo extrajurídico, usado para a integração do sistema quando se reconhece a vagueza ou lacuna, pois o sistema é, enfim, aberto. A postura de Alexy é, com os argumentos sobre os princípios e a ponderação, de que o sistema é fechado, pois sempre é possível buscar resposta interna. Por isso, tudo o que possa ingressar na argumentação

⁶² Isso fica claro quando Alexy argumenta que os princípios adscritos são aqueles que podem ser fundamentados a partir dos princípios explícitos e não meramente acrescentados ou “encontrados” (2002) e que uma limitação do procedimento argumentativo específico do direito é trabalhar com o critério de correção dado pelo sistema jurídico válido a ser aplicado, de forma que a discussão sobre a justiça ou racionalidade do sistema jurídico pressupõe a discussão sobre a observância das regras do discurso prático racional, que, por sua vez, pressupõe o respeito a essas regras por parte dos membros da comunidade no reconhecimento dos seus valores (1997).

jurídica nos processos de interpretação e aplicação acaba por ser considerado jurídico.

Nesse sentido, tudo o que os juristas fazem é jurídico e, na medida em que fazem a ponderação, sempre cumprem o critério de correção. Não é de estranhar que o argumento do teórico alemão acabe por dotar de extrema autoridade a Corte Constitucional Alemã: sempre que usar argumentos com a forma jurídica, o resultado será jurídico e o Tribunal Constitucional é o que dá a última palavra. Ora, do ponto de vista do participante, o positivismo não nega a relação entre direito e moral: o que nega é que exista conteúdo mínimo do qual participe todo sistema de direito, o que só pode ser compreendido do ponto de vista do observador, perspectiva que Alexy elimina como critério de crítica da sua tese da relação entre direito e moral.

Assim, do ponto de vista interno, o do participante, tudo o que o jurista faz é jurídico, desde que a *forma* do seu argumento seja de acordo com a prática jurídica do recurso aos princípios. Tal postura também é positivista, pois o problema acaba por estar apenas na forma da produção do discurso, mas não no seu conteúdo e, por isso, a necessidade da autoridade de uma corte superior. Apenas a forma se torna o critério de correção da atividade da corte, dificilmente o conteúdo. Isso fica claro quando se considera que, por exemplo, assumindo a lógica da ponderação, dois magistrados chegam a resultados opostos sobre qual princípio prepondera no caso concreto. Pois bem, a decisão só pode se dar com base em algum critério de definição: maioria ou hierarquia superior. Entretanto, para o derrotado, a decisão vencedora está errada e, então, ele passa a vê-la como observador, que entende o conteúdo e o procedimento da decisão, entende o porquê de sua autoridade, mas não a aceita. Aquele que era participante torna-se, assim, observador.

Tal situação indica dois problemas na argumentação de Alexy: as posições de participante e observador não são tão facilmente distinguíveis e a eliminação do ponto de vista do observador como critério de crítica da relação entre direito e moral torna impossível a refutação da tese, tornando-a, de certa forma, tautológica: tudo que os juristas fazem para resolver problema de direito é jurídico, desde que respeitem a forma argumentativa dos princípios⁶³.

A tese moral responde a uma possível crítica positivista ao argumento anterior, a de que a incorporação dos princípios se faz em razão do próprio direito positivo, ou

⁶³ Nesse ponto, vale lembrar a exigência de Popper em sua teoria da ciência de que uma ciência não pode estar baseada em raciocínios tautológicos ou irrefutáveis (cf. POPPER, 1987). Tal se aplica à presente discussão porque a maneira como Alexy coloca a ideia impede que o seu modelo seja atacado, pois exclui como argumento válido exatamente aquilo que põe em questão a sua tese.

seja, é o conteúdo moral aceito por *aquela* ordenamento, não havendo conexão necessária entre direito e moral a não ser essa absorção de conteúdo. Para responder, o teórico alemão diferencia entre duas versões da tese da vinculação: a forte, que diz que o direito tem de ter vinculação com a moral *correta*; e a fraca, que diz que, por força da necessidade dos princípios, o direito sempre tem vinculação com *alguma* moral. A tese moral a que Alexy se filia é a segunda. De acordo com ele, os princípios sempre são relativos a alguma moral, a algum conteúdo que garanta a pretensão de correção, seja essa moral correta ou não. Assim, sempre há recurso a uma tese moral que é admitida pelo participante como pertencente ao direito, de forma que o processo de decisão é jurídico, e não extrajurídico (ALEXY, 2004, p. 79-80). E completa:

Se se quer recorrer à ambígua dicotomia entre forma e conteúdo, pode-se dizer que o juiz decide, desde o ponto de vista do conteúdo, sobre a base de razões morais e, desde o ponto de vista da forma, sobre a base de razões jurídicas (ALEXY, 2004, p. 80)⁶⁴.

Com a tese moral, Alexy mostra que existe realmente sempre uma vinculação com qualquer moral e, nesse sentido, como dito antes, não afasta a crítica positivista, apenas coloca que, do ponto de vista do participante, o recurso à moral é corriqueiro e visto como esperado dentro do sistema. É possível voltar, aqui, ao problema da exclusão do ponto de vista do observador, pois é exatamente esse o fundamento da crítica positivista: se do ponto de vista interno a moral faz parte do direito, do ponto de vista externo *qualquer* moral pode fazer parte do direito. Como *a moral verdadeira* não pode ser fundamentada racionalmente, o que sobra é a moral que pode ser fundamentada pelo fato de já ser compartilhada. Aqui se cai no que Kelsen (1998a) já tinha esclarecido: trata-se do problema de saber qual a moral positiva (valores efetivamente compartilhados) de determinada comunidade.

Do ponto de vista do observador, como qualquer conteúdo de moral pode ser inserido no direito, o que faz com que o fenômeno seja o mesmo em toda sociedade não é o conteúdo, mas a estrutura. Como o próprio Alexy acaba por admitir na citação acima, é a forma que dá a característica jurídica às normas que são vistas como pertencentes ao direito. Ganha mais força a crítica anteriormente feita ao autor alemão, segundo a qual, do ponto de vista interno, tudo é pertencente ao direito, desde que respeite a forma da argumentação jurídica. Contudo, o problema do conceito de direito, quando se pretende discutir a sua

⁶⁴ “Si se quiere recurrir a la ambigua dicotomía de forma y contenido, se puede decir que el juez decide desde el punto de vista del contenido sobre la base de razones morales y desde el punto de vista de la forma sobre la base de razones jurídicas” (tradução livre).

vinculação à moral, é saber se aquele direito o seria também em outros locais, épocas ou circunstâncias. Em outras palavras, o que importa para classificar algo como jurídico não é qual o conteúdo moral presente, mas como esse conteúdo participa do sistema na forma de argumentação jurídica. Se a questão é a forma jurídica, no final das contas, na ótica daquele que é versado no jogo de linguagem do direito, ao observador o que importa para um conceito generalizável do direito é a sua estrutura normativa (o que pode incluir a argumentação), e não o conteúdo das normas ou do sistema. A posição positivista assim se mantém.

Não cabe, a essa altura, levar em conta a crítica de Alexy de que o que vale é o ponto de vista do participante, seja por conta da dificuldade de separar o ponto de vista do participante daquele referente ao observador, como já dito acima, seja porque o positivismo, em geral, não nega o que o autor alemão afirma sobre o ponto de vista do participante. A crítica fundamental está justamente no ponto de vista do observador, para quem, uma vez que não se vincula (apenas enquanto observador, o que não significa que não possa estar vinculado às normas reconhecendo-as como obrigatórias, como se pode depreender da análise de Hart sobre o direito) ao sistema, compreende que o conteúdo moral poderia muito bem ser diferente e que, num caso difícil, uma decisão poderia ser tão boa quanto a outra que foi tomada. Portanto, se Alexy queria mostrar insuficiências nas análises positivistas, deveria ter mostrado falhas nas descrições do ponto de vista do observador, e não eliminá-lo como não condizente com o funcionamento real do direito.

A única maneira de sustentar a perspectiva colocada pelo professor de Kiel é, como já explicitado, assumindo-se que aquele conteúdo moral do qual depende o direito é compartilhado concretamente pela comunidade. Mas não fica claro a qual comunidade ele se refere: se são todos os destinatários das normas ou se são apenas os pertencentes à comunidade jurídica⁶⁵. No último caso, porém, a questão é identificar qual o conjunto de valores compartilhados por esta comunidade, de modo que esses valores sejam levados em consideração como determinantes do direito, mas não como parte de um conceito universalizável de direito, pois, como dito, o que importa, no final das contas, é a forma de construir o sistema, o argumento e a decisão jurídicos.

Em outros termos, esse conteúdo moral compartilhado faria parte, naquele ordenamento jurídico específico, do que Hart chamou de regra de reconhecimento, portanto, seria o padrão do que Alexy chama de pretensão de correção. É de notar, contudo, que

⁶⁵ A posição de Alexy assim se aproximaria da de Alf Ross e poderia ser discutida à luz do conceito de paradigma de Thomas Kuhn (2001).

Eugenio Bulygin (1991) mostra que a regra de reconhecimento não é propriamente regra, mas elemento de limite conceitual. Todavia, o é como delimitação conceitual do que é direito de acordo com o ordenamento específico de que se trata, do ponto de vista externo. Ora, como limitador do que se entende por direito, do ponto de vista interno, ele ganha caráter normativo, pois aqueles limites conceituais *devem* ser seguidos. Por isso, Hart trata esses conteúdos como pertencentes a uma *regra* que é o elemento último de validade do ordenamento e é aqui que se torna mais drástico o problema da textura aberta, por envolver a própria concepção do que é direito para a comunidade a que se destina o direito sob análise (SIMON, 2006, p. 108-111). Se isso ocorre, é porque não estão claros nem mesmo quais os princípios de conteúdo moral devem ser aplicados.

Enfim, se do ponto de vista interno a resposta dada a um caso limite cumpre os padrões do direito, do ponto de vista do observador nada há que indique que outra resposta não seria considerada também como jurídica. Daí a insistência positivista em desvincular os conceitos de direito e moral. É exatamente esse o ponto que Alexy não supera, apenas afasta da discussão.

Por último, a tese da correção é a escapatória de Alexy para a questão do relativismo moral. Segundo ela, mesmo as decisões pautadas em critérios morais aceitos pressupõem também a correção do próprio critério moral. Então, a vinculação do direito com *a moral correta* se dá por meio da moral que seja racionalmente fundamentável. Essa conexão não é classificante, mas qualificante, no sentido de que, antes de tratar da injustiça extrema, a violação da moral fundamentada diminui a qualidade da decisão. Assim, não é que valha qualquer moral, mas a moral que possa ser fundamentada. Destarte, a parte da moral que integra o direito são as regras gerais de argumentação moral (ALEXY, 2004, p. 81-85)⁶⁶.

Neste ponto é interessante recuperar a análise de Hart (2001) sobre a relação entre direito e moral. Segundo o autor inglês, a análise da moral pode ser vista sob o ponto de vista da moral compartilhada por determinado grupo de pessoas como padrão de conduta geralmente aceito, mesmo que isso exclua determinada classe de indivíduos, ou pode ser vista sob o prisma de padrões racionalmente estabelecidos, afirmando que todos têm direito a igual consideração e respeito. Por mais que seja melhor vincular o direito a este conceito de moral, o fato é que a maior parte dos ordenamentos se baseia ou se baseou no primeiro. Isso significa que limitar o conceito de direito apenas ao primeiro modelo é restringir demais a sua

⁶⁶ Isso não exclui a existência de valores concretos presentes na constituição que funcionarão como princípios. Tais valores não podem ser extremamente injustos ou violar o senso de correção moral da comunidade.

abrangência (SIMON, 2006, p. 117). Entretanto, Alexy usa variadamente os dois modelos de moral e, quando fica claro que o primeiro leva às críticas positivistas, mantém o segundo e procura mostrar que ele é racionalmente fundamentável.

Torna-se necessário, portanto, que Alexy faça a passagem para a teoria da argumentação moral e do direito como caso especial de argumentação moral, pois, na sua refutação do conceito positivista de direito, não diz como fundamentar a moral e não leva em consideração que todo sistema moral, mesmo o nazista, pretende estar racionalmente fundamentado, de modo que a fundamentação depende do que é aceito pela comunidade e do momento histórico em que é proposta, o que implica que algumas críticas só podem ser feitas *a posteriori*. É importante, então, verificar como se desenvolve a argumentação moral para Alexy. Esta depende de dois pontos: a relação entre direito e moral por meio dos princípios, pois estes são vistos como valores que podem entrar em oposição no caso concreto, e a maneira de fundamentar os valores que embasam o sistema, tornando-se princípios, o que é feito por meio da teoria da argumentação.

2.2 Princípios como valores e a ponderação como critério de decisão judicial.

O ponto em que fica clara a vinculação entre direito e moral e que tipo de relação é estabelecida entre essas duas esferas na teoria de Alexy é na sua descrição das características das normas jurídicas e a consequente distinção entre regra e princípio. É na descrição da função dos princípios que Alexy afirma que a estrutura dos princípios tem a mesma função dos valores, o que faz, portanto, com que as gramáticas dos dois conteúdos se aproximem, viabilizando que a argumentação jurídica se valha, como base, da argumentação sobre os valores. Isso fica claro quando se tenta compreender dogmaticamente a função dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Nessa linha, Alexy precisa demonstrar que a gramática dos direitos fundamentais, no discurso jurídico dos participantes do sistema, pertence à lógica dos princípios. Só assim é possível traçar o vínculo necessário da dogmática jurídica com uma teoria dos valores e uma teoria da argumentação que sejam racionais, no sentido de permitir o compartilhamento e o controle dos discursos que levam à decisão. Se esse vínculo não puder ser estabelecido, então o discurso sobre valores no direito é irracional, devendo-se dar razão aos positivistas.

Os direitos fundamentais, como todas as normas, padecem do problema da vagueza e, com relação a isso, não apresentam grande diferença no que respeita ao problema interpretativo das normas. Mas a vagueza, por si mesma, não é a causa da enorme polêmica acerca dos direitos fundamentais, já que ela não gera grandes problemas quando há algum acordo sobre o que está sendo regulado. O problema principal dos direitos fundamentais é que eles, muitas vezes, não gozam desse consenso sobre o conteúdo regulado (ALEXY, 2002, p. 21-22).

Essa característica que aparece com tanta clareza nos direitos fundamentais levou à necessidade de a Corte Constitucional Alemã tomar posições no sentido de tentar garantir a racionalidade das suas decisões. Mas, mesmo com a prática institucional de tentativa de estabilização dos significados desses direitos, o ponto continua controverso. Se a discussão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais tivesse de ser feita apenas com base no que diz a constituição e na sua gênese, então o debate seria infundável. Ao longo dos anos, a Corte Constitucional foi dotando a controvérsia de maiores precisões, de modo que o estudo dos direitos fundamentais tornou-se, em grande medida, estudo de jurisprudência constitucional. E o debate sobre direitos fundamentais torna-se controvertido não só pelas questões não resolvidas e pelas que surgem, mas, principalmente, pelas afirmações vagas nas decisões do próprio tribunal, como a tese de que a seção da constituição sobre direitos fundamentais forma ordem valorativa objetiva. Assim, a jurisprudência constitucional pode ter reduzido o problema da vagueza das regulações sobre direitos fundamentais, mas de forma alguma a eliminou (ALEXY, 2002, p. 23-24).

O que Alexy pretende é propor uma teoria geral dos direitos fundamentais (relacionando problemas gerais com diversos direitos fundamentais) que tenha caráter jurídico (no sentido de lidar com o direito posto, a dogmática nas suas três dimensões: analítica – a consideração sistemático-conceitual do direito; empírica – a consideração apenas do direito válido, com todos os elementos que envolvem a validade do direito; normativa – relacionada à busca da decisão correta tendo como pressuposto o direito vigente e voltada para a Lei Fundamental de Bonn, quer dizer, daqueles direitos fundamentais que estão positivados nesse documento), não tratando, desse modo, de teoria de fundamentação filosófica, sobre a origem histórica ou da função social desses direitos (ALEXY, 2002, p. 27-35)⁶⁷. Alexy, portanto,

⁶⁷ Desta tripartição dos tipos de atividades da dogmática pode-se dizer que existem três dimensões da análise dogmática: empírico-descritiva, em que se encontram as descrições das decisões dos tribunais e os prognósticos de como eles vão atuar e a busca da vontade fática do legislador; analítico-lógica, que lida com os conceitos e com os critérios de validade do direito vigente; prático-normativa, que se refere à fundamentação da

elimina a discussão sobre a universalidade desses documentos e limita-se à compreensão dos direitos que já são entendidos como postos pelo ordenamento positivo.

Nessa linha de ideias, reconhece a crítica de Böckenförde ao problema da teoria combinada da Corte Constitucional Alemã, que, para cada julgado, utiliza modelo diverso de teoria sobre os direitos fundamentais, sem que se possa inferir algum sistema nessas decisões. Isso transforma o discurso ou as teorias sobre os direitos fundamentais em *topoi* muito genéricos que servem para sustentar quaisquer posições (ALEXY, 2002, p. 38).

Para superar isso, é necessária teoria integrativa dos direitos fundamentais que procure relacionar as características diversas desses direitos. Parte dessa teoria integrativa é teoria estrutural, que procura compreender os direitos fundamentais de acordo com as estruturas conceituais, a influência no sistema jurídico e a fundamentação dos direitos fundamentais (caráter empírico-analítico), além de ser guiada pela pergunta sobre a decisão correta no que tange aos direitos fundamentais e sua fundamentação racional (caráter normativo-analítico), bem como busca clareza conceitual sobre os termos que tornam a teoria dos direitos fundamentais ciência prático-teórica (ALEXY, 2002, p. 39).

Seguindo esse caminho, Alexy diferencia direito fundamental de norma de direito fundamental. Para que alguém tenha um direito fundamental é necessário que exista uma norma de direito fundamental. Mas a existência da norma de direito fundamental não implica, necessariamente, a existência de direito fundamental, pois pode ser que ela não atribua direito subjetivo (ALEXY, 2002, p.47-48). É imprescindível que se possa entender quais são os direitos fundamentais estabelecidos na constituição e qual a sua estrutura para que se compreenda a sua exigibilidade como norma jurídica da qual resulta o direito subjetivo. Como será visto pouco mais adiante, a tese de Alexy é a de que as normas de direito fundamental podem ser compreendidas como normas relacionais (estabelecendo a ligação entre ao menos duas partes), de modo que não há como negar que delas se originam direitos subjetivos.

Diante dessas circunstâncias, a discussão sobre a norma jurídica começa pela diferenciação entre enunciado normativo e norma. O enunciado normativo é a forma gramatical; a norma jurídica é o seu conteúdo deôntico de proibir, permitir ou obrigar: a norma é a referência do enunciado normativo, no sentido atribuído por Frege (1978) (ALEXY, 2002, p.50-55). Essa diferença é importante para entender que quando se fala em

interpretação da norma, quem propõe a nova norma ou novo instituto ou quem critica decisão a partir de seus pressupostos e propõe decisão que seria melhor (ALEXY, 1997, p. 241-242).

direito fundamental não se está referindo ao que está escrito no texto da constituição, mas sim ao que se pode extrair da leitura do texto. Superada essa distinção introdutória, é necessário entender como funcionam e se relacionam as estruturas normativas.

Torna-se fundamental, então, compreender a ideia de validade jurídica. Como o autor alemão adota conceito semântico de norma jurídica (a norma é o conteúdo deôntico de um enunciado dentro de contexto pragmático propício para a identificação desse conteúdo: obrigação, proibição ou permissão), qualquer teoria da validade é plausível (ética: conteúdo de valor pressuposto; jurídica: as normas devem poder ser reduzidas à norma última superior; empírica: a validade depende da sua observação em sociedade com a compreensão de que é vinculativa).

O problema da validade surge quando ela depende, também, de um conteúdo ético previsto no próprio ordenamento. Alexy afirma que, nesses casos, seriam necessárias afirmações interpretativas, com a dificuldade de que nem sempre esses conteúdos podem ser derivados da norma em questão (por exemplo, se, como previsto na constituição alemã, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode-se derivar o direito à educação).⁶⁸ Nesses casos, a afirmação de validade necessita de outras afirmações de validade que não se inferem do conteúdo vinculativo pressuposto ou de constatações empíricas, mas que, ainda assim, pretendem ser afirmações sobre a validade normativa (ALEXY, 2002, p. 57-61). No entanto, o professor de Kiel precisa tentar sistematizar o conteúdo que permita o controle racional do processo de decisão. Necessita, portanto, explicar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir do direito positivo.

A discussão de Alexy está voltada mais especificamente para a caracterização de disposições de direitos fundamentais presentes na Lei Fundamental de Bonn. Para isso, ele recorre a critério formal, que é aquilo que já está positivado no texto constitucional. Assim, utiliza como critério para o reconhecimento de disposições de direitos fundamentais o que a práxis dogmática considera como tal na sua identificação daquilo que está presente na constituição. Portanto, essa práxis parece limitar os dispositivos que podem ser considerados como tais. Já as normas de direitos fundamentais seriam o referencial semântico (a norma) que se pode compreender dessas disposições⁶⁹ (ALEXY, 2002, p. 65-

⁶⁸ É nesse tópico sobre a construção de sentenças de onde se possam derivar conteúdos válidos não diretamente decorrentes do texto constitucional que começa a aparecer o problema da ligação entre direito e moral, como exposto acima (2.1).

⁶⁹ Mais adiante, Alexy inclui como normas de direitos fundamentais aquelas que podem ser derivadas das que são o conteúdo dos dispositivos expressos na constituição.

66).

O autor alerta para o fato de as normas de direitos fundamentais serem abertas semântica (não se sabe o conteúdo dos seus termos) e estruturalmente (que tipo de direito está envolvido – atuação ou omissão do Estado – ou se gera um direito subjetivo, prescrevendo algo). Assim, a corte constitucional pode criar conteúdos semânticos para limitar os conceitos normativos, bem como normas que especifiquem o caráter estrutural da norma de direito fundamental em jogo (Alexy chama essas normas de “normas de direitos fundamentais adscritas às normas expressas”), sendo também as primeiras normas de direitos fundamentais na medida em que estão em “relação de precisão” com as escritas (no sentido da relação entre normas que deixam as escritas mais precisas para a sua aplicação a casos concretos na sua estrutura deontica, ou seja, para saber o que determina o texto da norma escrita). A relação de precisão diferencia essas normas de direitos fundamentais daquelas não escritas que não estão diretamente relacionadas com as expressas na constituição, as quais ele não aceita.

O problema que surge é saber quais pretensões de normas adscritas são ou não legítimas, pois, de cada disposição de direito fundamental pode-se inferir várias candidatas a normas adscritas de direitos fundamentais. É fato que aquilo que dizem a jurisprudência e a doutrina são bons guias, mas estas não podem definir sozinhas quais são as normas adscritas válidas, visto que a questão é saber quais desses tipos de normas são conformes ao direito (é necessária a dimensão reflexiva). Aqui não cabem os conceitos de validade do tipo jurídico (pois, por definição, as normas adscritas não estão escritas), sociológico ou ético (porque do fato de serem aceitas na vida social ou sob a perspectiva ética não decorre que sejam normas jurídicas de direito fundamental).

A saída de Alexy é a seguinte: a norma adscrita válida de direito fundamental seria aquela que pode ser devidamente fundamentada como tal. Isso quer dizer que depende da argumentação que se pode traçar sobre ela. No entanto, existe a dificuldade de que é viável fundamentar normas adscritas opostas. Ele admite, aqui, que pode ser o caso de não ser possível decidir qual fundamentação é a melhor, de modo que o órgão decisor deve decidir num âmbito aberto do ponto de vista da validade, o que significa que a questão fica em aberto (e tal ressalta a necessidade da argumentação para decidir, em vez de eliminá-la). Por fim, esse critério pode ser estendido também às normas de direitos fundamentais expressas (pode-se dizer que a existência na constituição é suficiente como fundamentação para as normas não adscritas na praxe jurídica), o que torna possível afirmar que uma norma é

de direito fundamental quando é possível a sua fundamentação correta como tal. Mas, como visto, nem sempre é possível estabelecer critérios únicos de correção na esfera da argumentação (ALEXY, 2002, p. 66-73).

É necessário, nessa linha, compreender a estrutura das normas de direitos fundamentais, para que se possa traçar as possibilidades de suas fundamentações quando não for claro qual o conteúdo dessas normas e como elas são capazes de reger casos concretos. Alexy começa esse trabalho a partir da diferenciação entre regras e princípios. Tanto regras como princípios são normas e a eles se aplicam as expressões deônticas fundamentais: obrigação, proibição e permissão (ALEXY, 2002, p. 83).

O critério que Alexy adota para diferenciar regras e princípios é do tipo qualitativo e, segundo ele, essa diferença pode ser estabelecida com precisão. Para o jurista alemão, regras e princípios possuem diferença de grau. As regras são aplicadas à maneira de tudo ou nada. Uma regra é válida ou inválida, devendo ser ou não cumprida. Quando existem regras em oposição, uma elimina a outra: as duas não podem conviver juntas no mesmo sistema. Já os princípios são mandamentos de otimização, fazendo com que os conteúdos que deles derivam sejam aplicados o máximo possível de acordo com as limitações fáticas e jurídicas (que dizem respeito a regras e princípios que ou limitam ou se opõem ao princípio em questão) (ALEXY, 2002, p. 86-87).

No caso de colisão de princípios, há a pretensão de que os dois ou mais princípios envolvidos sejam aplicados, mas um condiciona as possibilidades jurídicas de aplicação do outro. Assim, são as circunstâncias do caso concreto que determinam qual deve ser aplicado, considerados, também, os limites das condições concretas de aplicação. Estabelece-se, então, relação de precedência condicionada, que se forma para as circunstâncias do caso concreto, sem eliminar do sistema o princípio afastado e sem estabelecer regra válida para todas as situações. Entrando em colisão os mesmos princípios novamente numa outra situação em que as circunstâncias são favoráveis ao princípio afastado anteriormente, a relação de precedência será invertida para esta nova situação concreta (ALEXY, 2002, p. 90-92).

Alexy utiliza o exemplo do caso do Tribunal Constitucional Alemão em que se discutia a necessidade de realizar audiência de julgamento criminal que punha em risco a vida do acusado, em razão do seu estado de saúde. A corte entendeu que não havia precedência em abstrato de uma das duas normas, devendo ser ponderada a situação no caso concreto. Decidiu que, na situação, a vida do acusado deveria ser preservada. Haveria, assim,

dois princípios em conflito: proteção da vida e da integridade física e o da aplicação do direito penal. Desses princípios poder-se-ia derivar duas normas opostas: “está proibida a realização da audiência oral” e “está ordenada a realização da audiência oral”. No caso concreto, apenas uma poderia prevalecer, sem que, contudo, os princípios se eliminem do sistema.

As relações de precedência entre princípios podem ser incondicionadas (um princípio sempre precede outro) ou condicionadas (um princípio precede outro quando presentes determinadas condições). O modelo adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão e que Alexy entende mais adequado é o de precedência condicionada, salvo com relação ao princípio da dignidade humana (ALEXY, 2002, p. 92). Essa ideia de precedência condicionada está ligada a aceitação de que não existe hierarquia concreta de valores que possa ser estabelecida em abstrato. A precedência condicionada indica a necessidade de estabelecimento dos “pesos” dos princípios. E esse “peso” não é valor quantificável. Assim, atribui-se um “peso” maior a um princípio do que a outro de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Alexy também coloca a questão da seguinte forma: a relação de precedência condicionada mostra em que *condições* uma ação *lesiona* um direito fundamental. Se em determinadas condições a norma viola o direito fundamental, então “pesa sobre ele uma proibição jusfundamental” (ALEXY, 2002, p. 93).

Nesse sentido, as condições do caso concreto são o pressuposto fático de aplicação do princípio, de modo que dessa aplicação resultam determinadas consequências. Disso pode-se dizer que C (as condições concretas) implica R (as consequências jurídicas). Assim sendo, há o afastamento de um princípio em benefício do outro em razão dos resultados que devem ser atingidos. A importância da consideração dos resultados é o que permite falar em “otimização” (ALEXY, 2002, p. 94).

Por outro lado, é importante frisar que, quando há essa concorrência entre princípios, todos os envolvidos regem o caso concreto. A precedência condicionada de um deles afasta, para a situação, a aplicabilidade dos demais. Há, então, a chamada colisão de princípios, que envolve um processo de tentativa de justificação de prevalência de um sobre os outros, mediante argumentação, ponderando-se os limites jurídicos e concretos para o caso. Da existência de uma situação de colisão se extrai que, de uma ponderação de direito fundamental correta, deriva a norma de direito fundamental adscrita com caráter de regra que fornece as bases para que seja feita a subsunção no caso concreto (ALEXY, 2002, p. 98).

Pode-se dizer, portanto, que os princípios possuem caráter de aplicabilidade *prima facie*: eles não são mandamentos definitivos de aplicação, mas apresentam razões para

serem aplicados no caso concreto, sem determinarem como se resolve a relação que pode acontecer entre suas razões e razões opostas. “Por isso, os princípios carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e às possibilidades fáticas”⁷⁰ (ALEXY, 2002, p. 99).

Diferente é o caso das regras, que devem ser aplicadas como são ordenadas, de modo que elas já estabelecem as possibilidades jurídicas e fáticas da aplicação. Se a determinação da regra fracassa por impossibilidades jurídicas ou fáticas de aplicação, então a regra pode ser conduzida à invalidade. Se não é esse o caso, vale o que diz a regra.

Alexy leva em consideração a possibilidade do caráter *prima facie* das regras por meio do reconhecimento da inserção de cláusula de exceção para os casos concretos (com base na possibilidade da redução teleológica) e admite que tais exceções sempre podem surgir, não sendo possível limitá-las de antemão, porque sempre dependentes do caso concreto. Essa exceção para o caso concreto se dá em virtude da presença de princípio oposto ao princípio que apoia a regra.

Contudo, o caráter *prima facie* das regras que afasta sua característica de ser estritamente definitiva é diferente do caráter *prima facie* dos princípios. Um princípio é deixado de lado quando um princípio oposto tem maior peso no caso. Mas a regra não é deixada de lado quando, no caso concreto, o princípio oposto àquele que a sustenta tem maior peso. E isso ocorre porque a regra continua mantendo sua pretensão de exigibilidade, com base em outros princípios, que são o respeito à decisão da autoridade legitimada e o de que não se deve afastar a regra sem fundamento de uma prática transmitida. Tais princípios são chamados de princípios formais pelo professor de Kiel. Quanto maior o peso desses dois princípios no ordenamento jurídico, mais forte é a necessidade de aplicação da regra. Apenas se esses princípios não estiverem presentes no ordenamento é que princípios e regras teriam o mesmo caráter *prima facie*. Por seu turno, o conteúdo *prima facie* dos princípios pode ser reforçado pela carga de argumentação a favor de determinados princípios ou a favor de certos tipos de princípios. Diante dessas diferenças apontadas entre regras e princípios, Alexy sustenta que regras e princípios são razões; estes são sempre razões *prima facie* e as regras, a menos que sejam estabelecidas exceções, são razões definitivas (ALEXY, 2002, p. 99-101).

Sobre a matéria, é importante notar que entender essa diferença não é simples, pois, se o afastamento da regra ou do princípio se dá no caso concreto e as condições

⁷⁰ “Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas” – tradução livre.

não podem ser expostas antes, então nunca se sabe se os dois princípios formais poderão ou não ser afastados juntamente com a regra. Dizer que a pretensão de aplicação da regra é mais forte do que a do princípio em razão dos dois princípios formais elencados não esclarece muito sobre a diferença lógica entre regras e princípios. Seria perfeitamente possível afastar uma regra porque, para aquele caso, deve prevalecer um princípio não formal.

Volta-se, assim, à questão de saber qual é a regra que se pode derivar para o caso, de modo que as demais podem ser declaradas como regras que não se aplicam àquela situação. Esse parece ser o ponto de Austin quando afirma que sempre é possível dizer que, na falta de regra clara para a situação, ou se está criando a norma ou se está declarando que não há norma para o caso. Isso também pode ser aplicado para a situação em que se declara que a norma discutida não rege a situação, devendo-se encontrar outra. A declaração de que não existe regra ou de que outra é que determina a conduta são as saídas preferidas pelo direito, pois indicam que a resposta está sendo dada de acordo com o sistema. Afinal, sempre é possível afirmar que a regra que se pretende para o caso na verdade não é aplicável.⁷¹

Mas, nesse ponto, é importante levar em consideração a discussão de Alexy sobre o pressuposto de fato da norma de direito fundamental. Alexy discute que a ideia de pressuposto de fato presente na norma deve ser entendida de maneira ampla, na medida em que a sua leitura deve abarcar, em princípio, todas as condutas que possam ser subsumidas ao conceito previsto pelo pressuposto de fato do texto normativo. Assim, o conceito abarca a maior quantidade possível de ações, mas a proteção dos direitos reivindicados pode ser restringida por outros direitos ou mesmo por bens coletivos, de modo que ao direito fundamental em questão se lhe opõe a restrição de caráter normativo (as restrições não fazem parte do pressuposto de fato, mas são outras normas que restringem o direito em questão).

Alexy recusa expressamente as tentativas de justificar concepções de pressupostos de fato vistos de maneira restrita, pois estas excluem do âmbito semântico da norma aquilo que ordinariamente seria por ela abarcado. Nesse sentido, não aceita as versões que buscam compreender o âmbito de abrangência de direito fundamental como já limitado no pressuposto de fato quando este é interpretado restritivamente, alegando que o fato que, à primeira vista, poderia ser subsumido, não pertence ao âmbito de abrangência previsto pela norma (em outras palavras, o modelo rejeitado por Alexy afasta a aplicação da norma sob o argumento de que a norma não se aplica àquele caso).

⁷¹ Esse é o problema da equidade em Aristóteles, retomado por Hart e Austin como condição da linguagem.

Essa maneira de encarar os fatos por quem prega a leitura restrita do pressuposto de fato restringe muito o que pode ser visto como protegido pelo direito fundamental e não vê a aplicação do direito como questão de razões e contrarrazões, o que não ocorre com a concepção ampla de pressuposto de fato. Neste caso, deve-se aplicar a ponderação, que estabelece estrutura de argumentação em que o direito é garantido amplamente *prima facie*, mas pode ser restringido por normas opostas amplamente justificadas para o caso concreto.

Nesse sentido, para Alexy não se trata de afastar a aplicação da norma no caso concreto, mas, sim, de afastar a aplicação da norma no caso concreto porque outras se aplicam para a situação afastando o caráter *prima facie* do direito fundamental em questão em benefício de outros valores constitucionais. Portanto, para Alexy não é que o caso não pode ser subsumido à norma de direito fundamental, mas ocorre que mais de uma situação pode ser subsumida a mais de uma norma e, caso a aplicação do direito fundamental seja afastada, é porque outra norma a restringe naquele âmbito da vida concreta (ver, principalmente, ALEXY, 2002, p. 314)⁷².

Ao tratar da questão do grau de generalidade no que tange aos princípios, Alexy afirma que esta é apenas uma característica dos princípios, na medida em que podem ser razões para embasar a regra. Mas estas também podem ser de caráter muito genérico, como a proibição de punição de ato sem regra anterior que o defina como crime. Para o autor alemão, o conhecido princípio da anterioridade da lei penal é regra, pois só pode ser ou não ser cumprido.

O caráter de generalidade dos princípios permite conhecer, de maneira mais fácil do que apenas pelas regras, os valores que formam o conteúdo do ordenamento jurídico. Assim, é possível que haja valores implícitos, pois podem derivar de tradição ou jurisprudência bem estabelecidas, dizendo respeito a concepções difundidas de como o direito deve ser (ALEXY, 2002, p. 104).

A ideia de colisão de princípios só vale para aqueles que já são tidos como válidos no ordenamento. Pode-se muito bem, diante do ordenamento jurídico, estabelecer princípios que são inválidos. Não entram em conflito com os demais, pois já estão previamente excluídos das possibilidades de aplicação (são inválidos). Nessa linha, também

⁷² “... o fato de que uma norma restritiva seja razoável, por razões jusfundamentais necessária para a defesa de liberdades, não lhe retira o caráter de restrição”. “... *el hecho de que una norma restrictiva sea razonable, por razones iusfundamentales, necesaria para la defensa de libertades no le quita el carácter de restricción*” (ALEXY, 2002, p. 324 – tradução livre).

não são possíveis princípios que sejam absolutos. Princípios são normas que demandam ponderação por dizerem respeito à otimização de valores.

Pode acontecer de uma norma ter o caráter de princípio e de regra, a depender da situação. Nesse caso, quando está presente o caráter de princípio, a norma pode ser ponderada com relação a outros princípios analisando-se a sua precedência. Se presente o seu caráter de regra, não havendo cláusula de exceção para o caso, ela deve ser aplicada. Isso é o que ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana. Como princípio, pode ser ponderado com outros, como a preservação de necessidades do Estado que sejam fundamentais para a garantia da manutenção da sociedade democrática, a depender das condições de aplicação. Como regra, a sua abertura semântica faz com que não seja necessária limitação com relação a qualquer condição de preferência, devendo, simplesmente, ser aplicada.

Também importa ressaltar que os princípios podem envolver tanto direitos individuais quanto bens coletivos. A estrutura dos princípios como normas de otimização permite que as condições de precedência sejam estabelecidas em casos de colisão entre direitos individuais e bens coletivos (ALEXY, 2002, p. 105-111).

Como a lei de colisão de Alexy indica, as condições de precedência determinam qual princípio será aplicado, o que implica a necessidade de ponderação dos princípios opostos. Essa ponderação se dá com base em três subprincípios: adequação – o meio é capaz de atingir o fim visado; necessidade – entre dois meios aptos a atingirem o fim deve ser escolhido o menos gravoso para o outro princípio (esses dois subprincípios dizem respeito à otimização em relação às condições fáticas de aplicação dos princípios em colisão); proporcionalidade em sentido estrito – a ponderação propriamente dita, em que se determina qual princípio terá precedência sobre o outro (respeitante à otimização quanto às limitações jurídicas que um princípio impõe sobre outro no caso concreto). Assim, os princípios são máximas de otimização de acordo com limitações fáticas e jurídicas. Quando há colisão, o princípio oposto se apresenta como limitação jurídica ao princípio em questão. A decisão depende, portanto, da ponderação de acordo com a “lei de colisão” (ALEXY, 2002, p. 111-115)⁷³. Diz Alexy: “... as condições sob as quais um princípio precede outro constituem o

⁷³ A fórmula simplificada da ponderação é a seguinte (ALEXY, 2009, p. 7):

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

$W_{i,j}$ é o quociente da divisão do princípio a ser aplicado (P_i) com o que com ele concorre (P_j). I_i é o grau de interferência de P_i em P_j , quando realizado por um meio (M) qualquer. W_i e W_j são os pesos de cada princípio,

pressuposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”⁷⁴ (ALEXY, 2002, p. 116).

Mas é preciso tomar cuidado para que essa relação entre princípios e regras não se torne um “modelo puro de princípios”, em que a constituição trabalha apenas com normas abertas que devem sempre ser ponderadas. A Lei Fundamental de Bonn, por exemplo, apresenta regulações variadas que restringem as diferentes garantias fundamentais. Um modelo puro de princípios não leva a sério as vinculações e limitações da constituição escrita. Essas limitações devem ser consideradas, em seu caráter vinculante, na compreensão e aplicação do princípio. Têm, portanto, caráter de regras (ALEXY, 2002, p. 117).

Se não é possível um sistema puro de princípios, também não o é um sistema puro de regras. Situações concretas só podem apresentar claramente a regra a ser aplicada sem ponderações quando as relações de precedência já são subjacentes. Quando isso não é claro, todas as vezes que normas de direitos fundamentais com valores ou objetivos diversos entram em conflito, é necessário que seja feita alguma ponderação para saber qual é a regra que será derivada para a aplicação no caso. Assim, não é possível que normas de direito fundamental apresentem apenas o caráter de regras, pois sempre pode acontecer que se sejam limitadas por outras circunstâncias fáticas ou jurídicas que demandem resposta racional para a sua aplicação ou não e essa resposta racional sempre demanda ponderação entre as duas normas (ALEXY, 2002, p. 118-129).

Como não é possível solucionar o problema de conflito de normas de direitos fundamentais sem recorrer à ponderação, então é necessário trabalhar com um sistema que funcione nos dois níveis: o dos princípios e o das regras. No primeiro, deve-se considerar princípio tudo aquilo que, sob a constituição, é relevante para a decisão de direito fundamental, ou seja, se pode ser usado como argumento contra ou a favor de decisão que trata da discussão de direito fundamental. Esses princípios podem ser referentes a direitos

vistos em abstrato (ou seja, o grau de importância de cada um deles antes da relação com o caso concreto). I_j é o grau de interferência que a proibição para usar o meio a atingir P_i no intuito de realizar P_j causa naquele. E R_i e R_j estão relacionados com a confiança de que os meios a serem utilizados são empiricamente adequados para realizarem os respectivos princípios. Alexy lembra que W_i e W_j , bem como R_i e R_j , são equivalentes, podendo ser reduzidos. Isso quer dizer que, na maioria das vezes, é o fator I que define o peso da carga argumentativa para a prevalência de um princípio. Nesse texto citado, Alexy procura mostrar como a concorrência concreta entre direitos de proteção (que demandam a não interferência do Estado) e direitos de defesa (que demandam a ação do Estado para serem assegurados) serve de modelo para ver como a aplicação dos princípios depende do caso concreto, nem sempre se podendo dizer que os direitos de não intervenção prevalecem sobre os direitos que demandam intervenção estatal. Alexy sustenta que isso também serve para a colisão entre direitos individuais e os de caráter coletivo ou social.

⁷⁴ “... las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el presupuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente” – tradução livre.

individuais ou a bens ou direitos coletivos e não precisam ser expressos, devem ser deriváveis das normas constitucionais (princípios adscritos, como visto acima).

Os princípios adscritos podem ser de primeiro grau, quando seu conteúdo material é suficiente para argumentos favoráveis à limitação de direitos fundamentais, ou de segundo grau, quando o conteúdo material depende de conteúdo formal de atribuição de competência para que se possa regular a limitação de um direito fundamental. Assim, pode-se distinguir entre princípios materiais e princípios formais ou procedimentais. O nível dos princípios está sujeito, portanto, a ampla gama de indeterminações, fazendo com que, quando se precisa transitar do mundo abstrato para a aplicação concreta, seja inevitável sopesar princípios, estabelecendo-se relações de preferência (ALEXY, 2002, 130-133). Diz o autor alemão: “É característico de todos os modelos de ponderação que o devido *prima facie* é mais que o definitivamente devido”⁷⁵ (ALEXY, 2002, p. 497).

As normas de direito fundamental previstas na constituição também possuem a estrutura de regras, no sentido de que há decisões do constituinte que estabelecem regras de limitações a direitos que têm pretensão de aplicabilidade imediata mais forte que a dos princípios. Apresentam, assim, relação de precedência sobre os princípios que lhes são opostos. Isso não quer dizer que essas regras de direito fundamental não podem ser afastadas para a aplicação de outros princípios em um caso concreto, pois ocorre de existirem razões suficientes para que a prevalência de princípios seja a realização do princípio de sujeição à constituição (que é o princípio funcional que estabelece a precedência *a priori* das regras). Mas essas razões já estão no âmbito da argumentação sobre direitos fundamentais. (ALEXY, 133-135).

Assim como as disposições de direito fundamental podem ser ou regras ou princípios, as normas de direito fundamental podem apresentar as duas estruturas, manifestando a sua característica dupla. Isso porque, mediante a colisão de dois princípios, depois da ponderação pode-se extrair determinações de direitos fundamentais às quais determinados fatos são, após a ponderação aludida, subsumíveis. A característica dupla está no fato de derivar uma regra a partir da ponderação de princípios em que as restrições para cada um deles estarão determinadas, de modo que, para aquelas circunstâncias, a norma se aplica ou não se aplica, sem mais ponderações, mas a sua abertura determinará se novas ponderações serão necessárias (ALEXY, 2002, 135-138).

⁷⁵“Es característico de todos los modelos de ponderación que lo debido *prima facie* es más que lo definitivamente debido” – tradução livre.

A lei de ponderação mostra outra característica dos princípios: a sua estreita vinculação à teoria dos valores. Da mesma forma que se pode falar de colisão e de ponderação de princípios, pode-se falar em colisão e ponderação de valores, sem qualquer perda de conteúdo com relação aos seus conceitos. Entretanto, os princípios, como mandamentos de otimização, são mandamentos, ordens, pertencendo ao campo deontológico (do dever), enquanto os valores dizem respeito ao conceito do que é bom, pertencendo ao campo axiológico (da teleologia) (ALEXY, 2002, p. 138-141).

No nível axiológico, os objetos podem ser classificados como bons ou ruins. Para que algo seja classificado como bom, deve cumprir determinados critérios de valoração. Quando apenas um critério é suficiente para que algo seja classificado como bom, basta esse critério ser cumprido para que o predicado “bom” seja aplicado ao objeto. Assim, esse critério é tido como regra de valoração. Mas, muitas vezes, algo precisa cumprir muitos critérios de valoração para ser considerado como bom.

Também é possível estabelecer escala métrica de valoração, de modo que se vincule um número a determinada quantidade de valor para o julgamento sobre se algo é bom, ruim ou melhor que outro. Entretanto, em direito constitucional dificilmente se pode estabelecer essa escala métrica, pois não dá para atribuir valor numérico com base em critérios compartilhados a valor ou princípio constitucional para os casos de colisão. Ressalte-se que não é necessária tal escala para dizer que em uma situação um valor ou princípio é melhor do que outro. Isso é feito pela ponderação. Portanto, no que tange aos princípios, os juízos de valor comparativos são os que apresentam maior importância.

Cabe, então, uma comparação com os conceitos de princípio e regra, que pertencem ao âmbito deontológico: aos princípios correspondem os critérios de avaliação, que precisam ser ponderados, às regras corresponde a regra de valoração. É de destacar, porém, que a diferença entre princípios e valores, para o autor alemão, é apenas de categoria, pois o que pertence ao plano do axiológico é intercambiável com o plano do deontológico. Nesse sentido, o que no plano dos valores é *prima facie* melhor, no plano dos princípios é *prima facie* devido, e o que no plano dos valores é definitivamente melhor, no dos princípios é definitivamente devido. Logo, aquilo que pode ser avaliado como o melhor corresponde ao que é devido e o que é melhor constitucionalmente é constitucionalmente devido. A consequência dessa transição de um plano ao outro é que, no âmbito da argumentação jurídica, pode-se muito bem partir dos valores em lugar de partir dos princípios (em sua estrutura, os dois modelos são iguais). No entanto, o modelo dos princípios seria preferível

por deixar claro o aspecto de dever na decisão jurídica e por ser menos propício a falsas interpretações (ALEXY, 2002, p. 143-147).

O bom, como pertencente ao campo axiológico, e os princípios, pertencentes ao campo deontológico, são intercambiáveis, na medida em que se deve realizar o que pode ser qualificado como bom. Nesse ponto, é importante lembrar a diferença entre a moral universal, que é aplicável a todos por permitir as condições de convivência de todos a partir de critérios intersubjetivamente compartilhados que regem as condições de racionalidade da razão prática, e uma ética concreta, que define um modo de vida histórica e socialmente compartilhado, com valores que pertencem a uma comunidade (HABERMAS, 1998).

Alexy trata os princípios como valores intersubjetivamente compartilhados na medida em que são pautados em base racional de justificação que só é possível por meio de teoria da argumentação que segue as regras do juízo prático⁷⁶. Todavia, isso nem sempre fica claro e acaba dando margem para que se entenda a sua teoria como voltada à afirmação dos valores concretos da comunidade, traduzido na constituição como uma espécie de afirmação dos valores do povo estabelecidos no processo de decisão do legislador constituinte.

O ponto problemático da teoria de Alexy é que, como os valores básicos da Lei Fundamental de Bonn não parecem problemáticos, eles são vistos como racionalmente justificados ou justificáveis, não necessitando, portanto, passar pelo processo de justificação racional, pois liberdade e igualdade são, no universo jurídico contemporâneo, valores incontestes⁷⁷. Isso fica claro em Alexy na medida em que ele rejeita escala valorativa dos princípios e ordem concreta de valores, entendendo o sistema constitucional alemão como uma ordem objetiva de valores flexível, com vinculação apenas *prima facie*.

Para que seja possível a teoria dos valores, Alexy parte da concepção de que os valores são apenas critérios de avaliação e, como tais, se aproximam das normas: ou valem ou não valem para cumprir essa função (ALEXY, 2002, p. 151). Entretanto, não há que admitir que esses valores, como critérios válidos de avaliação, sejam previamente estabelecidos, numa ordem hierárquica abstrata de valores. Não há como definir *a priori* a hierarquia dos valores constitucionais, o que levaria à hierarquia de valores “dura”. Mas isso

⁷⁶ Esse ponto será explicado no tópico 2.3.

⁷⁷ Vale lembrar que tal ocorre em razão de os critérios de legitimidade e autoridade aceitos como princípios gerarem a obrigatoriedade do sistema dado. A discussão sobre a justiça e a validade do sistema e seus valores depende da aplicação das regras do discurso prático geral à criação legislativa e esta depende de que estas regras sejam seguidas pela sociedade em questão (ver nota 47).

não quer dizer que não seja possível ordem hierárquica “branda”, tanto em abstrato (a preferência apenas *prima facie* entre valores e princípios – alguns princípios partiriam de carga de argumentação mais favorável), quanto ordem branda formada pela rede de decisões concretas de preferências, tal como a surgida em consequência da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Em ambos os casos é necessário lidar com a ideia de ponderação (ALEXY, 2002, p. 152-157).

Como se tratam de valores, os enunciados de preferência condicionada (como acima exposto) podem estar sujeitos ao subjetivismo, pois a preferência de um princípio a outro, mesmo que diante de certas condições, poderia dar-se por simples intuição, o que tornaria o procedimento de decisão carente de controle racional. Mas não é isso que ocorre com a ponderação. Esta pressupõe carga de argumentação que permita a conclusão da decisão como racionalmente fundamentada. O processo de argumentação controla o subjetivismo, tornando-o racional (o que não quer dizer que garanta a resposta exata). A questão que fica é: como o procedimento da ponderação de princípios tem a mesma estrutura dos valores, deve-se saber se estes podem ser fundamentados racionalmente, pois, então, haveria a possibilidade de controle intersubjetivo (ALEXY, 2002, p. 158-159). É preciso ressaltar que, para o jurista alemão, apesar de a fundamentação eliminar a existência de absurdos, não elimina a necessidade de subjetivismos, pois os julgadores podem partir de pressupostos totalmente distintos para realizarem fundamentações em sentidos opostos.

A fundamentação de decisões não precisa ser especificamente referida a ponderações. Nesse caso, todos os cânones clássicos de interpretação são válidos para chegar ao resultado juridicamente adequado no caso concreto. Entretanto, quando princípios opostos estão em jogo, é necessário considerar o grau de realização de um princípio em comparação com o grau de não realização do outro. Quando isso ocorre, a argumentação jurídica precisa ir além dos cânones gerais de interpretação e recorrer à ponderação, cuja lei pode ser expressa da seguinte maneira: “Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro”⁷⁸ (ALEXY, 2002, p. 159-161 – citação na p. 161).

Alexy procura mostrar essa relação do grau de realização dos princípios com curvas de indiferença, que demonstram relações de substituição de bens. Essas curvas indicam quanto, para o indivíduo, o valor aumenta em sua realização à medida que a

⁷⁸ “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*” – tradução livre.

realização do outro é diminuída. Mas, então, é necessária curva de segundo nível que sirva de correção para as preferências individuais. Essa curva de segundo nível estabelece a relação do grau de importância compartilhado sobre a percepção da importância do princípio, ou seja, dois indivíduos que aceitam dois princípios como possuindo a mesma hierarquia não podem discordar sobre o fato de que o grau de satisfação muito baixo (ou a não satisfação) de um princípio só se justifica com a satisfação muito grande do outro. Dois indivíduos podem ter suas preferências da relação de realização de um princípio diante do outro demonstradas por curvas de preferência distintas, mas eles não discordarão da relação de importância de realização de um princípio para justificar a não realização do outro tal como demonstrado pela curva de segundo nível.

Todavia, é necessário ressaltar que as curvas não oferecem procedimento definitivo de decisão, pois a relação estabelecida pela curva de segundo nível é parâmetro de correção por ser compartilhada intersubjetivamente no processo de ponderação, para o qual não existem parâmetros métricos que leve a cálculo obrigatório para o resultado. O procedimento é argumentativo.

Em outros termos, a lei da ponderação estabelece a importância de considerar que a restrição na aplicação de um princípio só é justificável diante do alto grau de realização de algum outro. Indica, portanto, o que é necessário a ser fundamentado para chegar à decisão. E, nesse processo de fundamentação, são válidos os argumentos usados em geral nas fundamentações jurídicas.

Diante dessa linha de raciocínio, Alexy recusa o argumento de que, pelo fato de as valorações exercerem papel fundamental com as ponderações, isso levaria à irracionalidade desses juízos pela simples razão de não serem estabelecidos valores com autoridade vinculante. Além disso, tal crítica levaria ao problema de ter como irracional a atividade jurídica e ao problema de que, como juízos de valor não poderiam ser fundamentados, não se podem fazer valer bons argumentos. A lei de ponderação não leva a resposta definitiva, mas mostra o que é que deve ser fundamentado para chegar à resposta; faz a vinculação entre a lei de colisão e a necessidade da argumentação jurídica (ALEXY, 2002, 161-167).

Após a diferenciação das normas em regras e princípios e a explicação sobre a lei de colisão e o princípio da ponderação, Alexy passa a trabalhar a estrutura normativa dos direitos fundamentais. Essa análise dos direitos fundamentais é essencial para o autor alemão, pois a sua estrutura mostra como valores podem compor a racionalidade jurídica e como os

direitos fundamentais mostram a racionalidade das decisões sobre princípios com base em ponderações. A jurisprudência e as discussões em torno dos direitos fundamentais, quais são e qual a sua estrutura normativa mostram todas as consequências que Alexy até então vinha procurando justificar.

Primeiro ele trabalha os direitos fundamentais como diretos subjetivos. Sobre esse aspecto, sua preocupação está voltada para os direitos subjetivos derivados de normas postas, e não sobre a definição ético-filosófica da categoria “direito subjetivo”. Nesse sentido, a dimensão dogmática dos direitos subjetivos pode gerar dois tipos de questionamentos: se determinada norma, que confere direito subjetivo a alguém, é aplicável a esse alguém numa certa situação concreta; ou se determinada norma válida confere a alguém direito subjetivo (se com base na norma alguém pode demandar algo como obrigação de outrem) (ALEXY, 2002, p. 174-175).

No nível analítico, é possível colocar o direito subjetivo como a relação de posição conferida pela norma. Norma é o conteúdo expresso pelo enunciado normativo. Esse conteúdo pode ser universal e, quando aplicado numa situação concreta, a norma é individual. Essa norma coloca o indivíduo a que se dirige em certa posição jurídica (na posição de estar proibido de praticar determinado ato, por exemplo). No caso de dizer que alguém tem direito subjetivo, isso significa que alguém tem direito a algo diante de outrem (ALEXY, 2002, p. 177-178).

No caso dos direitos fundamentais, os direitos subjetivos podem estabelecer três posições jurídicas fundamentais: direitos a algo; liberdades; competências. Quando se trata de direitos a algo, estes podem ser direitos à omissão (direitos negativos, em que o sujeito tem o direito de demandar que o Estado não interfira em direito seu, seja uma ação, sejam determinadas propriedades ou situações, seja na manutenção de determinadas posições jurídicas que lhes dizem respeito (direitos a que o Estado não derogue determinadas normas, denominados direitos de defesa) ou direitos à ação positiva (em que o indivíduo tem o direito à intervenção do Estado para a proteção de direito seu, seja por meio de ação fática, seja por meio de ação normativa, os chamados direitos de proteção) (ALEXY, 2002, 186-196).

No que tange à concepção de direito subjetivo como liberdade, Alexy entende que esse conceito pode e deve ser entendido com relação à capacidade de ação e, por isso, como uma relação triádica entre o sujeito da ação, o impedimento para que ela se realize e a ação. Essa liberdade pode ser positiva (a liberdade de realizar o que é necessário ou o racional) ou negativa (liberdade de não ser impedido na escolha da ação a ser realizada; há

alternativa para a ação). A primeira está mais ligada ao âmbito das teorias morais, mas é a segunda, caracterizadora da liberdade jurídica, que interessa a Alexy. Nesse caso, a liberdade é uma relação triádica em que o sujeito não está impedido de realizar ou não uma ação. Mas, então, a liberdade no sentido jurídico pode ser reduzida ao conceito de permissão, pois, se é dado a alguém praticar ou não uma ação, isso quer dizer que a este alguém está permitido praticar e está permitido não praticar a ação.

Dentro dessa linha de ideias, existem liberdades jurídicas não protegidas e liberdades jurídicas protegidas. As não protegidas são aquelas totalmente reduzíveis a permissões, no sentido de que é dada ao sujeito da ação a opção de realizá-la ou não. Tais permissões podem ser explícitas (uma norma positiva expressa a permissão) ou implícitas (da ausência de norma proibitiva infere-se a permissão, como no brocardo “o que não está proibido está permitido” – mas sem deixar de levar em conta as proibições implícitas). As normas permissivas de direito fundamental são permissões explícitas. A importância de normas permissivas explícitas de direitos fundamentais é que elas, por sua hierarquia constitucional, estabelecem os limites para que o Estado e os particulares ordenem ou proibam uma ação. Têm, assim, o caráter de regra.

Em relação às liberdades protegidas, elas se configuram com um complemento de normas que garantem o exercício da liberdade em questão, acrescentando proteção para além da superioridade hierárquica característica das normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2002, p. 210-227).

Já as competências se referem a capacidades de ação que trazem como consequência a modificação da situação jurídica. Difere da permissão, pois esta faculta uma ação sem trazer modificação das posições jurídicas dos envolvidos, enquanto a competência pode ser obrigatória na sua ação de modificar situações jurídicas (como acontece com o poder público). Assim, a competência pode ser a capacidade de impor normas ou, vista por outro ângulo, de modificar as posições jurídicas dos sujeitos envolvidos. Pode-se dizer, assim, que as ações que são exercícios de competências, são ações institucionais, pois dependem de serem realizadas de acordo com o conjunto de regras que as institui. Uma vez que o indivíduo possui uma competência, a capacidade para modificar a posição jurídica de outrem, então esta última está em posição de sujeição ao primeiro. Portanto, a competência de alguém sobre outro sujeito significa a sujeição deste àquele (ALEXY, 2002, p. 228-229; p. 231 e p. 234-235).

Dessas três formas de apresentação da noção de direito subjetivo, Alexy tira

a definição de “direito fundamental como um todo”: “... um direito fundamental como um todo é um feixe de posições definitivas e *prima facie* vinculadas reciprocamente nas três formas descritas adscritas a uma disposição jusfundamental”⁷⁹ (ALEXY, 2002, p. 244). Ressalte-se que o caráter duplo de posições definitivas e *prima facie* corresponde ao duplo caráter de regra e princípio dos direitos fundamentais e que se deve ter em vista que esse feixe caracteriza o direito fundamental como um todo em situações concretas (ALEXY, 2002, p. 247).

Outro tópico da teoria dos direitos fundamentais de Alexy respeita às possibilidades de sua limitação. Se os direitos fundamentais fossem considerados apenas como regras, eles levariam a posições definitivas e, então, não poderiam ser restringidos. Contudo, caso se adotasse o modelo dos princípios, como os direitos são *prima facie*, então os direitos fundamentais poderiam ser restringidos por outros direitos fundamentais que se lhes opusessem ou por outras normas constitucionais – apenas normas de hierarquia constitucional podem restringir direitos fundamentais (ALEXY, 2002, p. 268-272).

Como as restrições aos direitos fundamentais só podem se dar com base em normas constitucionais ou atribuição de competências constitucionais, fica a questão de saber até que ponto um princípio pode ser restringido, ou seja, se existe um núcleo essencial que imponha um limite para a restringibilidade do direito fundamental em questão. Duas versões da teoria do núcleo essencial podem aparecer: uma absoluta e outra relativa. A absoluta afirma que a partir de determinado ponto um direito não pode mais ser restringido em benefício da aplicação de outro, sob pena de passar a ser violado. Essa proteção seria absoluta. A relativa afirma que um direito fundamental tem um limite de restrição estabelecido pelo princípio da proporcionalidade, de modo que, quando este é aplicado devidamente, o direito fundamental pode ser, inclusive, totalmente afastado.

Alexy tenta mostrar que a versão absoluta pode ser absorvida pela relativa, pois a proteção absoluta pode mostrar que, numa curva de indiferença, tal como anteriormente exposto, não é mais possível aumentar a carga de argumentação em favor do princípio concorrente, de modo que existem condições em que não é mais possível afastar a aplicabilidade do princípio. Pode acontecer que a segurança na proteção seja tão alta que em circunstâncias normais seja possível falar em uma proteção absoluta. Nem por isso pode-se afastar a constelação de situações nas quais princípios opostos tenham precedência. A

⁷⁹ “... un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones definitivas y *prima facie* vinculadas reciprocamente en las tres formas descritas y adscriptas a una disposición iusfundamental” – tradução livre.

impressão de inafastabilidade surge da segurança ordinária com relação às relações entre princípios, mas não se pode perder de vista a fundamentação relativa a esta proteção⁸⁰ (ALEXY, 2002, p. 288-291).

A discussão sobre as características dos direitos fundamentais fica mais clara quando se entra na discussão sobre os dois direitos fundamentais mais básicos: a liberdade geral e a igualdade geral. A partir desses dois direitos Alexy consegue estruturar toda a lógica dos demais com fundamento nas funções deontológicas básicas (proibir, obrigar e permitir) e mostrar o caráter relacional desses direitos, como fez na sua apresentação do conceito de direito subjetivo.

No que se refere à liberdade, o direito pode ser tácito ou explícito. Os direitos de liberdades tácitos são direitos adscritos ao princípio geral de liberdade (o que não é proibido é permitido). Como tais, têm proteção *prima facie* como direitos fundamentais. Assim, possuem a mesma estrutura dos direitos fundamentais escritos. Entretanto, para que essa estrutura seja funcional e não leve a incoerências, são necessárias duas restrições à concepção de direito de liberdade tácito: que o direito seja de caráter geral e não de caráter concreto e específico (de modo que esse direito mantenha o caráter de proteção apenas *prima facie* como princípio e não definitivo, como regra) e que normas sobre as quais não existem quaisquer dúvidas sobre a constitucionalidade não sejam inseridas no círculo de proteção *prima facie* dos direitos de liberdade tácitos (ALEXY, 2002, p. 354-355).

O princípio geral de igualdade exige não apenas que os órgãos aplicadores das normas apliquem-nas sem discriminação, mas que também o legislador, ao criar as normas, não crie diferenças injustificadas. Isso quer dizer que a fórmula geral “deve-se tratar o igual igualmente e o desigual desigualmente” não pode ser entendida como fórmula da justiça formal, mas como norma que impõe mandamento com conteúdo que estabelece a justiça material. Isso implica a necessidade de juízos de razoabilidade sobre critério de igualdade e de desigualdade e a questão de quem é competente para realizar esses juízos: o legislador ou a corte constitucional. (ALEXY, 2002, p. 381-384, p. 386 e p. 388).

Discutindo qual a melhor fórmula para a aplicação da regra geral de igualdade, Alexy entende que não pode ser uma que transfira para a corte constitucional o poder de dizer quais são os critérios de funcionalidade e de justiça. Como esses critérios são

⁸⁰ Não se pode perder de vista que os direitos fundamentais têm caráter de regras e princípios. Como princípios, quando entram em colisão precisam ser ponderados e a ponderação é um jogo de razões e contrarrazões, como visto (ALEXY, 2002, p. 311).

de difícil configuração, o legislador ficaria subordinado à corte. Então, o conceito de igualdade deve ser tal que permita à corte controlar apenas os extremos em casos de desvio (ALEXY, 2002, p. 393-394). Além disso, o princípio geral de igualdade transfere a carga de argumentação a favor dele, de modo que a desigualdade passa a ser a exceção que precisa ser justificada e, assim ocorrendo, ela não é permissão, mas obrigação pelo fato de ser extraordinária (ALEXY, 2002, p. 396-398).

Como a questão dos direitos fundamentais reporta-se à sua estrutura normativa, que é a mesma das normas, seja na função de regra, seja na de princípio, é de admitir que os direitos fundamentais têm a mesma estrutura relacional que os demais direitos, estabelecendo direitos subjetivos, liberdades e competências diante de outras pessoas. Destarte, aplicam-se em todos os âmbitos da vida social, não havendo motivo para a sua aplicação ficar restrita à esfera das relações do cidadão com o Estado.

Ao discutir a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais em relações privadas, assumindo que os direitos fundamentais têm efeitos imediatos sobre terceiros, Alexy nega que tal posicionamento torne irrelevante o direito privado no sentido de que o juiz não estaria vinculado às suas normas, bastando-lhe aplicar as normas de direitos fundamentais. O juiz continua vinculado ao princípio do respeito às normas impostas pelo legislador democraticamente eleito, àquilo que é consensual na dogmática jurídica e aos precedentes. Assim, para afastar norma de direito privado com base em princípios de direito fundamental, o juiz assume a carga da prova (ALEXY, 2002, p. 523).

Ao tratar da questão da competência da corte constitucional sobre as decisões que dizem respeito a direitos fundamentais, Alexy separa a discussão em três âmbitos: material; funcional ou de competência; metodológico e epistemológico. Para o autor alemão, a questão da competência do controle de constitucionalidade só pode ser resolvida levando-se em consideração os três níveis. Então, a problemática se encontra ao redor da segurança que se pode estabelecer a respeito da existência de posição de direito fundamental, o que é o papel da teoria da argumentação (ALEXY, 2002, p. 528).

A argumentação jurídica respeita a questões práticas gerais, portanto, às funções deônticas (ordenar, facultar ou proibir). Nesse sentido, é caso especial da argumentação prática geral, pois tem de se submeter aos elementos próprios de vinculação ao direito: sujeição à lei, ao precedente e à dogmática. Porém, como parte da argumentação prática geral, e como visto na discussão sobre a relação do direito com a moral, o conteúdo material dos direitos fundamentais e a necessidade da ponderação, estas restrições específicas

do discurso jurídico não são suficientes para garantir a derivação de uma única resposta para todos os casos. São necessárias valorações que não podem ser controladas por esses vínculos formais.

A questão que se põe à teoria da argumentação jurídica é se essas valorações podem ser controladas racionalmente, o que se dá na mesma linha da discussão sobre a racionalidade dos juízos práticos gerais e dos juízos morais. Conquanto a filosofia contemporânea tenha demonstrado que não é possível a fundamentação absoluta de valores ou juízos morais, isso não quer dizer que não admita a possibilidade de teorias procedimentais que estabelecem as bases para uma argumentação racional e controlável.

Alexy admite que a teoria da argumentação prática não é capaz de garantir respostas únicas intersubjetivamente compartilhadas, mas nela se podem reconhecer resultados discursivamente impossíveis e resultados discursivamente necessários. Mas, nesse espectro, há variabilidade muito grande de alternativas. A solução não pode ser dada por alguma teoria material da moral (o por quê disso já foi visto na discussão sobre o positivismo no primeiro capítulo), mas tem de estar vinculada, no que importa ao direito, a uma teoria do direito, o que deve gerar modelo procedimental de quatro níveis: o do discurso prático geral; o do procedimento legislativo; o que se refere ao discurso jurídico e o ligado ao procedimento judicial.

Para o controle do procedimento argumentativo, são necessárias regras gerais das condições do discurso sobre as regras em geral (nível 1). Mas isso, por si só, não leva a decisões únicas nem ao respeito delas. É necessário, também, certo grau de institucionalização das decisões tomadas para que elas ganhem força vinculativa, e o melhor modelo para isso é o do Estado de direito democrático (nível 2).

Contudo, a institucionalização de normas gerais, que institucionaliza regras gerais e abstratas e as torna vinculantes, não garante decisões únicas para casos concretos. Torna-se essencial o processo de argumentação jurídica, que é mais restrito que a argumentação prática geral por ser limitado por critérios institucionais do direito: as leis, os precedentes e a jurisprudência (nível 3).

Como a argumentação em si não é institucionalizada, em que pesem as restrições apontadas, a insegurança sobre a determinação dos resultados das decisões ainda é muito ampla, apesar de os resultados serem muito mais seguros que aqueles provenientes apenas do modelo geral de argumentação. Assim, o processo argumentativo também precisa

ser institucionalizado, de modo que é necessário o estabelecimento do procedimento judicial que indique as condições para a tomada da decisão concreta para o caso (nível 4).

O fato de o quarto nível não determinar a autoridade de conteúdos materiais para a tomada de decisões concretas não prejudica a racionalidade do procedimento, pois as restrições mencionadas atribuem racionalidade e controle ao sistema que leva à decisão, enquanto as questões de conteúdo moral são delimitadas pelas exigências das regras do discurso prático geral (ALEXY, 2002, p. 529-532).

No que tange à argumentação sobre direitos fundamentais, as amarras não estão nas leis, pois estas dependem do conteúdo dos direitos fundamentais, que trazem um conteúdo mais aberto, abstrato e ideologizado. Entretanto, tanto o conteúdo desses tipos de direito quanto os precedentes e as teorias sobre os direitos fundamentais precisam ser levados em consideração (ALEXY, 2002, p. 532-533).

O texto vincula o intérprete de direitos fundamentais na medida em que não pode simplesmente ignorar o que está expresso na constituição sem boas razões que permitam afastar o texto normativo (interpretação semântica). Também a vontade do legislador constituinte pode ser invocada (interpretação genética). Não quer dizer que esses dois critérios sejam determinantes, pois tanto o texto quanto a vontade do legislador, quando se trata de direitos fundamentais, são vagos, seja com relação à identificação clara do texto, seja no que concerne à identificação do que pretendia o legislador. De todo modo, quando presentes, esses argumentos aumentam a necessidade do reconhecimento do peso das argumentações em sentido contrário, transferindo a carga da argumentação para o pólo oposto (ALEXY, 2002, p. 533-535).

Também a jurisprudência é um elemento de estabilização e segurança da argumentação sobre direitos fundamentais. Duas regras regem a vinculação aos precedentes: se há precedente em favor de decisão, deve-se apresentá-lo; quem quer se afastar do precedente assume o ônus da prova argumentativa. Isso mostra que os precedentes têm força, mas que também podem ser afastados. Além disso, mudanças de concepções com o tempo e situações concretas que diferenciem o caso em tela do precedente reivindicado sempre podem aparecer, de modo que o precedente pode ser modificado ou não aplicado (ALEXY, 2002, p. 535-540).

No que tange à fundação da doutrina, as teorias dos direitos fundamentais cumprem o papel da dogmática no que se refere à argumentação sobre os direitos

fundamentais. Como se trata de direitos fundamentais, essas teorias possuem conteúdos materiais que têm de lidar com aspectos que fogem à pura vinculação normativa do texto constitucional. Na verdade, são modelos para vencer a abertura semântica do texto. Desse fato, contudo, não decorre a perda da propriedade vinculativa dos princípios, que, como já admitido por Alexy, são o equivalente dos conteúdos axiológicos. Se assim fosse, os princípios seriam meros *topoi* disponíveis livremente para a argumentação. Não é o caso, na sua concepção. Por mais que sejam abertos, uma vez que o princípio está disponível, ele deve ser levado em consideração obrigatoriamente, bem como deve haver justificativa para o afastamento de outro que seja também aplicável ao caso. Ainda que isso não garanta a resposta única, garante a racionalidade do processo de decisão.

Além disso, os princípios distribuem a carga argumentativa, e os princípios de liberdade e igualdade jurídicas levam o peso da carga argumentativa para o outro lado, sem, com isso, estabelecer o resultado, pois podem ser afastados de acordo com o caso concreto em benefício da realização de outros princípios. Desse modo, há distribuição da carga argumentativa no sistema de presunções, mas não a determinação de conteúdos morais objetivos. Isso significa que o modelo de princípios como conteúdos *a priori* pode estruturar o processo argumentativo, sem, contudo, determinar o resultado. Mais uma vez, isso garante racionalidade, mas não certeza quanto à decisão.

A abertura do sistema jurídico propiciada pela incerteza quanto aos direitos fundamentais remete a argumentação jurídica às regras do procedimento da argumentação prática geral. No entanto, para chegar à decisão, faz-se necessária uma instância dotada de autoridade para o controle do conteúdo constitucional, pois só assim o Legislativo não se torna juiz em causa própria. Essa instância é bem exercida por uma jurisdição constitucional (ALEXY, 2002, p. 553-554).

Essas últimas considerações deixam clara a dependência que a ponderação tem diante da teoria da argumentação. Uma ponderação só é racional se a argumentação jurídica pode ser correta. Entretanto, Alexy trabalhou a ponderação exatamente como elemento de racionalidade da argumentação, pois seria o ponto em que sua teoria deveria ir além da seleção dos *topoi* e dos cânones de interpretação disponíveis para as justificações das decisões tomadas, ainda mais porque esses últimos, como admitido pelo professor de Kiel, não podem ser colocados *a priori* em ordem hierárquica. Ou seja, para que o raciocínio não se torne círculo vicioso, é preciso que o modelo de argumentação jurídica de Alexy consiga ir além dos cânones tradicionais para embasar a ponderação.

Essa situação ocorre porque, no final do raciocínio, parece que tudo o que Alexy faz é estabelecer a necessidade imprescindível da argumentação no processo de decisão sobre o estabelecimento de preferência condicionada de um princípio em relação a outro. As fórmulas dadas por Alexy e os exemplos das curvas de preferência nada mais são do que tentativas de formalização da estrutura do raciocínio realizado em decisões jurídicas em que conflitos de princípios estão envolvidos, tentando mostrar a racionalidade do processo, sem, contudo, tentar determinar os conteúdos de valor.

Se a fórmula da ponderação é apenas a estruturação do modo de demonstrar a necessidade da argumentação no direito e suas especificidades, a questão da teoria da argumentação no direito precisa mudar o foco do problema baseado na estrutura da norma e, conseqüentemente, na sua abertura e abertura do ordenamento, para outra forma de compreensão do sistema, baseado na correção do processo argumentativo. E é isso que é essencial discutir em seguida: se o modelo de racionalidade prática voltado para o direito tal como proposto por Alexy é capaz de realizar essa virada de perspectiva.

É o autor alemão quem, ao tratar da questão dos efeitos dos direitos fundamentais entre particulares (ALEXY, 2002, p. 515), indica que se deve ter preocupação não apenas com a correção do resultado do processo decisório, mas também com a correção da formação argumentativa da decisão. Mesmo assim, a correção argumentativa, diretamente relacionada à sua racionalidade, que é baseada na ponderação,

...não é um procedimento que em cada caso conduza exatamente a uma única solução. Qual seja a solução que, depois de uma ponderação, é considerada como correta depende de valorações que não são elas mesmas controláveis através do próprio procedimento da ponderação⁸¹ (ALEXY, 2002, 525).

Em outros termos, a fórmula de ponderação é apenas a tentativa de dar notação formal para a estrutura de raciocínio que demonstra a racionalidade da decisão preocupada com a melhor resposta, mas não é garantia de resposta correta⁸². É necessária a mudança epistemológica, não apenas metodológica. O próprio Alexy (2002, p. 525) admite que a ponderação é estrutura aberta e, portanto, fundamenta tão somente a necessidade de

⁸¹ “...no es un procedimiento que en cada caso conduzca a exactamente una única solución. Cual sea la solución que, después de una ponderación, es considerado como correcta depende de valoraciones que no son ellas mismas controlables a través del propio procedimiento de la ponderación” – tradução livre.

⁸² Desde cedo Alexy admite que não há uma única resposta correta para questões jurídicas e que esta ideia é apenas uma ideia retora, que direciona a argumentação para a correção, de modo que os participantes devem argumentar de modo que busquem a resposta correta e que esta seja fruto de suas conclusões. Isso é feito pelo respeito às regras dos procedimentos da argumentação prática geral (que serão expostos no tópico a seguir), que permitem um modelo ideal de controle argumentativo para chegar a uma decisão justa, mas nunca uma garantia de acordo substancial sobre valores. (cf. ALEXY, 1997, p. 301-303).

justificação dos *topoi* disponíveis para o processo argumentativo, algo que já tinha sido trabalhado pela retórica no direito.

A questão se mostra ainda mais complexa pelo fato de o direito incorporar princípios básicos da filosofia prática. Isso torna o direito aberto à moral e, como esses conceitos são incorporados pela constituição, o problema da justiça recai também sobre o direito como exigência do próprio ordenamento (ALEXY, 2002, p. 526). Nesse ponto, parece clara a limitação do modelo de Alexy, se considerado apenas a partir da ideia de proporcionalidade. Não basta vincular direito e moral dentro do modelo normativista, mas encarar o direito a partir de outra perspectiva compreensiva. Repita-se: isso só pode ser feito por meio de teoria da argumentação, o que é o objeto de discussão de Alexy na sua primeira obra de impacto internacional.

2.3 A argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral

Ao abordar a teoria da argumentação jurídica, Alexy parte do ponto estabelecido de que a aplicação do direito não trata mais apenas da subsunção do fato à norma, que reduzia a racionalidade jurídica ao juízo lógico baseado em silogismo simples. A aplicação do direito é, para o autor alemão, a questão de metodologia jurídica mais intrincada do direito contemporâneo, pois se refere ao *como* fundamentar a decisão.

Essa dificuldade é em razão do fato de que a decisão, na medida em que não pode mais ser simplesmente derivada do conjunto de normas estabelecidas com apoio em axiomas empíricos compartilhados, deve ser justificável sem que se possa afirmar que ela se segue logicamente daqueles elementos. Uma metodologia adequada do direito precisa desenvolver regras ou procedimentos para que a decisão seja correta mesmo quando ela não se segue, de modo direto, logicamente do conjunto de normas posto e dos axiomas empiricamente aceitos, ou quando a decisão se segue logicamente do conjunto de afirmações que possui caráter normativo, mas que deriva daquele conjunto de normas válidas e axiomas empíricos aceitos.

A impossibilidade de derivação lógica pela subsunção é fruto de elementos estruturais do direito contemporâneo, como a abertura semântica, a existência de conflitos entre normas, a possibilidade de inexistir norma que regule caso que não pode ficar sem normatização e a possibilidade de ser necessária a decisão que contraria as normas existentes.

Por isso é que o papel do método jurídico é traçar formas de fundamentação aceitáveis para decisões nessas situações (ALEXY, 1997, p. 23-24).

Tradicionalmente seriam os cânones de interpretação os responsáveis pela estabilização dos critérios de decisão em circunstâncias em que a mera subsunção do fato à norma não é possível. Contudo, esses cânones não podem ser definidos em número (abordagens distintas reconhecem cânones distintos), hierarquia (mesmo que definidos os cânones, não é possível estabelecer critério de primazia ou preferência entre eles) e precisão (perspectivas distintas sobre os cânones podem levar a resultados distintos). Desse modo, os cânones de interpretação já não podem servir sozinhos como critérios de decisão jurídica (ALEXY, 1997, p. 25).

Nos casos em que a decisão singular de cunho normativo não se segue logicamente do conjunto de normas disponível ou dos axiomas empíricos aceitos ou das regras do método jurídico, o responsável pela proposta de decisão, inevitavelmente, é dotado de discricionariedade, pois a dogmática e os métodos do direito não são suficientes para determinar a decisão. Esta é, portanto, uma questão de escolha, e, na sua afirmação como a melhor escolha, valoração (ALEXY, 1997, p. 27).

A solução deste problema de indeterminação e impossibilidade de controle pelos métodos tradicionais da teoria do direito é de suma importância para a viabilidade do caráter científico do direito e da legitimidade social das decisões jurídicas (ALEXY, 1997, p. 28). Isso significa que a teoria da decisão jurídica deve lidar com argumentos morais e, portanto, com a discussão de como esses argumentos podem ser justificados racionalmente, ou seja, deve-se poder dizer que a decisão foi tomada de acordo com *valorações moralmente corretas*, para que essa valoração seja apenas dependente da valoração do julgador (ALEXY, 1997, p. 30 – lembrando que *esta* valoração não é controlável pela argumentação – ALEXY, 2002).

Como as percepções sobre a correção são variadas, é necessário um modelo que trate das convicções compartilhadas e resultados de discussões jurídicas institucionais precedentes e mantenha a abertura para a discussão sobre o que é correto, numa remissão às percepções dos interessados na decisão. Além disso, o modelo deve superar a indeterminação das valorações internas do sistema, já que convicções compartilhadas e resultados de discussões jurídicas anteriores não têm o condão de se legitimarem em si mesmos, as normas do sistema cristalizam valores diferentes e, às vezes, não há acordo com relação aos valores que representam.

Também é duvidoso que se possa sustentar a existência de uma ordem objetiva de valores e, mesmo que exista uma, dela não se derivam afirmações concretas o suficiente para dar respostas a casos concretos (ALEXY, 1997, p. 31). Essas dificuldades decorrem da falta de consenso, nas sociedades modernas, sobre a resolução de problemas éticos e práticos (ALEXY, 1997, p. 33). É necessário, então, um modelo teórico que dê conta das condições da produção dos argumentos de fundamentação sobre a correção e validade da decisão. Para tanto, Alexy pretende apresentar teoria do discurso que contenha critérios para a sua racionalidade, dentro da perspectiva analítico-normativa, tendo como tese central a de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, pois os dois tipos de discurso lidam com a pretensão de correção do resultado a ser atingido. O discurso jurídico é um caso especial porque apresenta uma série de condições limitadoras próprias, como a sujeição à lei, a consideração dos precedentes, as concepções dogmáticas produzidas institucionalmente e as regras processuais que condicionam as possibilidades de chegar à decisão. O que Alexy defende é que se deve unir, em todos os níveis, o uso dos argumentos especificamente jurídicos com os da argumentação prática geral, de forma que eles sejam integrados (ALEXY, 1997, p. 35-36 e p. 39).

Alexy indica que em sua análise chega-se a vinte e duas regras de argumentação e à tábua de seis formas de argumentos, como resultado de uma teoria geral da argumentação racional. O objetivo dessas regras e formas de argumento não é determinar os resultados da argumentação, mas demonstrar os seus limites de modo racional, explicitando os que não podem ser considerados no processo argumentativo e aqueles que são, por outro lado, necessários (ALEXY, 1997, p. 36-37).

O autor alemão admite que essas regras não determinam o resultado, pois os passos da argumentação não são predeterminados e as premissas iniciais não são fixas. Assim, a sua teoria da argumentação está preocupada com o controle racional do procedimento de decisão e não com a sua certeza. Se, por um lado, isso é defeito, pois não resolve o problema da indeterminação, a vantagem é que não toma nenhum conteúdo como necessário nem depende das convicções de proposta determinada, de modo que estabelece as bases para que qualquer um possa, racionalmente, defender no plano jurídico as suas convicções (ALEXY, 1997, p. 37).

A teoria da argumentação proposta por Alexy não se confunde com a tópica. Ele não busca um rol de *topoi* para as decisões jurídicas. Também não deixa de levar em consideração a força vinculante da lei, dogmática jurídica e os precedentes, que a tópica não

trata ou coloca no mesmo nível dos *topoi*. Além disso, as expressões gerais de que se vale a tópica não permitem juízos concretos, principalmente quando o que está em jogo são os conceitos expressos pelos *topoi*. Por fim, a tópica não permite a decisão, de modo que a correção depende da discussão que leve ao acordo. Mas esse acordo pode ser revisto e não há fundamentos para sustentar quais seriam os critérios. Essas bases, conforme entende o próprio Viehweg, devem ser lastreados nos critérios de condição da linguagem tais como traçados pela filosofia pragmática da linguagem. Essa orientação é a referência de fundo aceita por Alexy (ALEXY, 1997, p. 40-42). Em resumo, o que propõe Alexy na sua teoria da argumentação jurídica é tentar mostrar a possibilidade de justificar proposições normativas – convencer racionalmente que alguém *deve* fazer algo porque moralmente correto (ALEXY, 1997, p. 51-52) e, por conseguinte, a viabilidade de justificar proposições jurídicas que não decorrem logicamente de normas, precedentes ou doutrinas previamente estabelecidas.

O primeiro ponto no qual Alexy se baseia para a sua construção da teoria do discurso é o fato de entender que o discurso moral é atividade guiada por regras que permitem a identificação da correção ou incorreção dos argumentos (ALEXY, 1997, p. 62). Além disso, entende o jurista alemão que a linguagem moral não serve para descrever algo, mas para induzir e direcionar comportamentos. Para ele, é preciso identificar regras que permitam identificar as proposições normativas válidas para diferenciá-las das inválidas, deve-se diferenciar métodos de justificação racional dos métodos de persuasão e é necessário levantar as distintas formas de argumentos e de argumentação possíveis no discurso prático em geral (ALEXY, 1997, p. 63).

Com relação ao fato de o discurso moral ser atividade baseada em regras, Alexy busca suas bases na filosofia dos jogos de linguagem de Wittgenstein, assumindo que o significado depende da vivência prática, o que leva ao fato de que conteúdos significativos dependem de comportamentos não verbais e circunstâncias fáticas e que os discursos morais, como formas de jogos de linguagem, são atividades guiadas por regras⁸³ (ALEXY, 1997, p. 68). Também se inspira em Austin⁸⁴, pois a teoria dos atos de fala desse filósofo identifica que usar a linguagem é ação guiada por regras das quais retira o seu significado, o que vale ainda para afirmações, de modo que o uso da linguagem normativa pode, para fins de análise,

⁸³ Sobre o “seguir uma regra” em Wittgenstein, conferir o tópico 1.2 acima. No que tange ao discurso normativo, Alexy rejeita a tese de Wittgenstein de que as formas de vida que determinam os jogos de linguagem não são passíveis de fundamentação, o que tornaria a ideia de universalidade do discurso moral impossível. Para Alexy, e esse é seu ponto principal no que tocante à teoria da argumentação, é possível traçar regras para o estabelecimento da racionalidade do discurso moral, de modo que argumentos morais sobre o como agir possam ser fundamentados (cf. ALEXY, 1997, p. 68).

⁸⁴ A respeito de Austin, conferir o tópico 1.3.

ser aproximada da linguagem descritiva e Alexy lança mão dos conceitos da teoria de Austin, tais como ato ilocucionário (ALEXY, 1997, p. 72-73). A importância de entender a linguagem como atividade guiada por regras é que isso permite que, a partir do modelo simples de discurso moral (um proponente e um opositor discutindo razões sobre a norma), possa-se formular modelo teórico de fundamentação racional de proposições com conteúdo normativo e identificar as regras que regem o discurso moral (ALEXY, 1997, p. 73), tirando-o do âmbito da irracionalidade determinado pelo neopositivismo.

Tendo Austin e Wittgenstein como referências, Alexy busca elementos que possam ser aproveitáveis em diversas teorias da moral e da argumentação prática que se desenvolvem, de alguma forma, com base nesses dois autores. Assim, encontra em Richard Hare a concepção de que os juízos morais são universais, pois o juízo moral pressupõe regra que deve reger todas as situações semelhantes; a ideia de que quem aceita o juízo moral deve estar disposto a assumir os limites de seus próprios interesses exigidos pela regra, o que significa que se deve aceitar a regra como moralmente justificada; e as bases para que o discurso moral possa ser entendido como atividade racional (ALEXY, 1997, p. 91).

Com relação a Stephen Toulmin, Alexy absorve como considerações de interesse para sua teoria da argumentação moral a tese de que existem regras do discurso que caracterizam determinadas asserções sobre fatos como boas razões para certos juízos de valor, funcionando como regras de inferência lógica ou premissas de valor a serem aceitas; a ideia de que o juízo de valor completamente formado é a reelaboração de todo material relevante a partir de certas regras; a concepção de que a argumentação moral deve começar de regras morais aceitas para, em situações determinadas, contestá-las ou não, mas não pode partir do nada; a noção de que é diferente a fundamentação de uma proposição normativa singular da fundamentação de uma regra geral; a ideia de que as regras de um jogo de linguagem podem ser encontradas com base na análise de sua função ou finalidade (ALEXY, 1997, p. 101-102)⁸⁵.

Outro modelo de argumentação moral que influenciou Alexy foi o proposto

⁸⁵ Alexy vê como uma das fraquezas da teoria de Toulmin o fato de sua definição do campo da ética (o “jogo de linguagem da ética”) estar baseada em duas regras básicas: a de evitar o sofrimento evitável e a de buscar a satisfação harmoniosa das necessidades e interesses. A primeira regra precisaria ser fundamentada e a segunda é muito geral para servir de fundamentação (ALEXY, 1997, p. 101, nota 267). Aqui aparece o problema de questionar por que só o que Toulmin chama de ética é que deve ser assim designado. Essa palavra poderia muito bem designar outros campos de argumentação prática, ou estar relacionada com outras regras de inferência ou conteúdo que fundamentam a argumentação prática. Além disso, a regra geral de evitar o sofrimento evitável é muito vaga mesmo em termos de utilitarismo, pois não define o que é sofrimento nem qual sofrimento deve ser evitado (ALEXY, 1997, p. 101).

por Kurt Baier. Segundo ele, no nível da deliberação sobre os fatos que influenciam o como agir estão as considerações baseadas em normas que podem fundamentar a ação. Mas, diferentemente de Toulmin e Hare, Baier considera que esse nível de deliberação leva a razões possíveis. Entretanto, dentre essas razões com frequência se encontram razões para agir e não agir. Então, a ação não se dá apenas com bases em razões normativas, mas sim com base nas *melhores* razões normativas. Nesse caso, as regras que fundamentam as ações têm caráter de presunções. Existindo razão para agir e não agir, é necessário *sopesar* as razões a favor e contra, de modo que a ação surja com base nas melhores razões (ALEXY, 1997, p. 104-105).

O fundamento desta ponderação que tem lugar no segundo nível (...) são as regras que determinam que razões, dentro de um determinado tipo de razões, e que tipo de razões há que se colocar em um nível mais alto. Baier chama estas regras de “regras de prioridade” (ALEXY, 1997, p. 105)⁸⁶.

Essas considerações de Baier levam a dois pontos de sua teoria da moral, absorvidos por Alexy: a diferença entre regras sobre razões e regras de hierarquia entre elas e a ideia de generalização para que as regras que servem de fundamento sirvam de base para a argumentação moral.

O próximo passo da discussão de Alexy sobre a possibilidade de teoria do discurso moral é a análise da teoria da argumentação de Jürgen Habermas. O primeiro ponto para o qual Alexy chama a atenção sobre a teoria de Habermas é no que tange à mudança de perspectiva sobre o seu critério de verdade. A verdade seria aquilo a que se pode chegar a partir do consenso, pois o conhecimento dos fatos só se dá por meio da linguagem. Assim, fato só pode ser aquilo que é compartilhado pelos falantes da linguagem comum. É o compartilhamento comum daquilo que é apreendido pela linguagem que pode determinar as pretensões legítimas sobre o verdadeiro.

Esse critério aproxima as noções de verdade descritiva e de verdade normativa, pois a verdade descritiva precisa cumprir as regras do jogo de linguagem em que está inserida, assim como as normas só podem ter suas pretensões de validade aceitas se estão em conformidade com o que se espera nos jogos de linguagem em que aparecem. Nos dois casos surgem, então, pretensões de validade: validade do ato de fala assertivo e validade do ato de fala de cunho normativo. Em outros termos, em ambos os casos existe a pretensão de correção.

⁸⁶ “El fundamento de esta ponderacion que tiene lugar en el segundo nivel (...) son las reglas que determinan que razones, dentro de un determinado tipo de razones, y que tipos de razones hay que colocar en el nivel mas alto. Baier llama a estas reglas ‘*reglas de prioridad*’” – tradução livre.

Essa concepção que aproxima verdade de validade permite buscar as condições para que uma norma ou uma afirmação de fato sejam aceitas como verdadeiras, corretas ou válidas. Como demonstrado por Austin, falar é agir e a ação ganha seu significado quando cumpre as condições contextuais em que ela está inserida, condições tais que funcionam como regras que condicionam sua adequação ao contexto. As ações fazem parte, portanto, de jogos de linguagem em que os atos de fala têm suas pretensões de validade reconhecidas tacitamente, ou seja, as condições de suas significabilidades já estão preestabelecidas. No entanto, pode ocorrer situação em que a dúvida se dê sobre as regras que permitem a validade das ações. Nesse caso, as pretensões de validade é que se tornam problemáticas, sendo necessário buscar os critérios para a sua justificação ou alteração. Quando isso ocorre, está-se no plano do jogo de linguagem que pertence ao discurso.

Essa dicotomia entre ação e discurso leva à ideia de que o fato não é objeto do mundo ao qual se tenha acesso direto. Ele é fruto do consenso e, se este não está presente, fato é o conteúdo de proposição que pode ser sustentada discursivamente. A verdade como consenso permite que o predicado “verdadeiro” também se aplique às proposições normativas. Os dois tipos de proposição possuem pretensão de validade e devem se apoiar em quatro critérios para que isso se efetive: inteligibilidade, verdade do conteúdo proposicional (relaciona-se com os atos de fala constataivos), correção do conteúdo performativo (ligados aos atos de fala que regulam a comunicação) e veracidade do sujeito que fala (ligados às intenções e atitudes de quem fala). A inteligibilidade e a veracidade de quem fala não podem ser resolvidos no plano do discurso. Já a correção do conteúdo performativo e a pretensão de verdade só podem ser resolvidas no plano discursivo, de forma que proposições descritivas e normativas acabam se aproximando quanto ao critério de verdade.

Ora, o conteúdo performativo é regulado por regras que regem o seu uso, de modo que a disputa pelo conteúdo performativo não é sobre a expressão, mas sobre as regras que o sustentam. A lógica da argumentação entra exatamente nesse ponto. Como as regras a serem justificadas não se inferem dos atos de fala que elas validam, os passos da regra para o ato de fala performativo (principalmente os de caráter normativo) precisam ser justificados, de forma que a sua pretensão de validade seja reconhecida. Essa tentativa de fundamentar a pretensão de validade é o que Habermas entenderia por argumento. O passo da norma que justifica a ação para a ação normativa precisa ser feito por meio do discurso, o que só é possível se o sistema linguístico utilizado é compartilhado como pano de fundo pelos participantes. É o sistema linguístico compartilhado que define o que pode ser usado como

fundamento.

Mas o ponto decisivo de Habermas estaria na sua concepção de que o consenso argumentativamente produzido poderia modificar e substituir essa linguagem de fundamentação. Aqui, para que seja justificada essa postura de Habermas como critério de verdade, é preciso considerar o que ele chama de princípio de universalização. Esse princípio exige que a decisão que procura vincular a todos deve ser estabelecida na situação ideal em que nenhum participante sofra qualquer coação, de forma que a decisão só pode ser aquilo que todos podem querer. Isso quer dizer que esta seria a norma que atende a necessidades e interesses de qualquer indivíduo e que podem ser aceitas por todos os indivíduos.

Por mais que essa situação ideal de diálogo não se possa realizar, ela é presunção inevitável dos participantes no processo do discurso. Partindo do pressuposto contrafático da situação ideal de comunicação, os participantes do processo de argumentação apresentam, em suas falas, as pretensões de compreensibilidade, veracidade, correção e verdade. “Quem afirma um juízo de valor ou de dever apresenta uma pretensão de correção; pretende que sua afirmação seja fundamentável racionalmente” (ALEXY, 1997, p. 133)⁸⁷. Isso implica que todo falante deve apresentar razões para o que afirma, a não ser que apresente outras razões aceitáveis para não o fazer. Essa posição de quem está obrigado à fundamentação leva à circunstância de que ele tem de reconhecer os demais participantes do processo de argumentação, já que não pode se utilizar da coação nem recusar o fundamento de sua posição, deixando todos em posição de igualdade de direitos quanto às suas pretensões.

Nesse ponto, deve-se considerar que, como as condições do diálogo são apenas ideais, elas podem não ser realizadas no plano empírico, o que tem como consequência o fato de o consenso adquirido ser apenas provisório, pois as condições de necessidade e interesse da norma a que se chegou podem ter mudado ou ser reinterpretadas. Além disso, o consenso sempre pode ser falho (o “falibilismo” da teoria tem de ser reconhecido), de modo que as regras extraídas para o ou do processo de argumentação são apenas regras possíveis, sempre sujeitas a críticas e alterações. Claro que isso não leva a uma teoria da decisão, mas dá os critérios de suporte para que a decisão possa ser criticada, aceita ou reformada posteriormente (ALEXY, 1997, p. 110-142).

A Escola de Erlangen é outro modelo de teoria da argumentação de onde Alexy tira elementos para construir a sua tese da argumentação jurídica como caso especial da

⁸⁷ “*Quien afirma un juicio de valor o de deber plantea la pretension de correccion; pretende que su afirmacion es fundamentable racionalmente*” – tradução livre.

argumentação moral. Para essa escola de pensamento, seria possível construir linguagem lógica que não usasse a linguagem ordinária como pressuposto, evitando-se, assim, passos lógicos e pressuposições infundadas. Cada inferência deve ser devidamente fundamentada e, quando isso não é possível, deve-se tentar recomeçar a construção de novo sistema também fundamentado a cada passo (daí entenderem esse método como construtivista).

Esse modelo poderia ser aplicado à ética. Contudo, um sistema ético precisa partir de pressuposto infundado. Segundo os integrantes da Escola de Erlangen, isso não seria problema, pois, no decorrer da construção do sistema, o pressuposto poderia se mostrar infundado, devendo o filósofo recomeçar todo seu intento. Nesse sentido, a ética trabalha com a busca da fundamentação do seu ponto de partida; o seu fim é a própria pré-compreensão que precisa ser pressuposta. Esse fim seria a eliminação pacífica dos conflitos. Logo, a ética deve estabelecer os princípios para a eliminação pacífica dos conflitos. Isso quer dizer que as regras da argumentação racional só são obrigatórias para quem aceita o fim da ética. Esse fim mesmo não pode ser fundamentado. Portanto, a adesão às regras do discurso, no modelo da Escola de Erlangen, é ato de vontade, enquanto, para Habermas seria uma condição de todo ser racional quando precisa participar de diálogo, ainda que o faça com o fim de burlar as regras. Mas, para Alexy, essa diferença não implica que uma ou outra teoria deva ser afastada. “Quem empreende um discurso prático definido pelas regras de Habermas persegue o fim da eliminação pacífica de conflitos. Neste sentido, a teoria de Habermas inclui a de Schwemmer” (ALEXY, 1997, p. 146)⁸⁸.

No que se refere à aceitação de normas, a tarefa do discurso prático consiste em superar as subjetividades normativas existentes para atingir a transsubjetividade. Além disso, deve-se proceder à pesquisa sobre a gênese das normas que compõem determinada sociedade ou comunidade. Deve ser possível a reconstrução dos contextos fáticos que deram origem à norma para que se passe à compreensão do seu contexto crítico, ou seja, para a análise da justificação das normas. Assim, seria possível a visão crítica sobre a racionalidade das normas existentes, pois seria possível simular as condições de racionalidade das normas para a situação de sua origem ou aplicabilidade. Desse modo, é dado ao pesquisador verificar os desvios das normas existentes para saber se elas ainda realizam o fim ético da resolução pacífica de conflitos e se a deliberação as manteria como parte do interesse comum generalizado. Caso isso não fosse possível (pela falta de racionalidade atual das normas

⁸⁸ “*Quien emprende un discurso práctico definido por las reglas de Habermas persigue el fin de la eliminación pacífica de conflictos. En este sentido, la teoría de Habermas incluye la de Schwemmer*” – tradução livre.

quando a sua origem era justificada; pela falta de racionalidade desde a origem e impossibilidade de justificação atual ou pela condição irracional da socialização individual – o que é acrescido por Alexy), as normas não se sustentariam.

Como resultado da análise sobre a Escola de Erlangen, Alexy entende que a exigência de uso comum das palavras dessa corrente é compatível com a exigência da filosofia analítica de clareza e precisão linguísticas. Além disso, outros três resultados devem ser mantidos: o princípio de razão da Escola de Erlangen é compatível com os modelos trabalhados do princípio de generalização; o princípio moral dessa escola (o de que deve haver conciliação ótima dos desejos subjetivos e convicções normativas preexistentes), apesar de não ser útil para a análise de todas as situações em geral, mas apenas para a análise de algumas situações em particular, é ocasião para a modificação das convicções normativas e, por consequência, para a modificação das concepções de justificação dos desejos subjetivos; por fim, a ideia da análise crítica sobre as razões da gênese da norma permite a discussão sobre a sua racionalidade, o que é útil para uma teoria da argumentação (o chamado “argumento genético”) (ALEXY, 1997, p. 143 – 156).

O último modelo de teoria da argumentação analisado por Alexy para estruturar a sua proposta de argumentação jurídica é aquele da retórica de Chaim Perelman, filósofo que pretende retomar a retórica clássica para utilizá-la como ferramenta de análise dos discursos atuais, com as devidas adaptações. Sua intenção é acrescentar à análise lógica formal a análise lógica do discurso prático. Para tanto, procura estudar a estrutura dos argumentos práticos em geral e propor metodologia para tal análise. Sua teoria possui, portanto, uma parte analítica e uma parte normativa.

Para essa construção, o conceito chave utilizado por Perelman é o de auditório, que é formado pelo conjunto de pessoas cuja adesão se pretende ganhar com base no discurso. É o orador que deve, então, adequar-se ao auditório para conseguir tal adesão. A argumentação prática difere, assim, da análise lógica formal. Nesta, o lógico precisa realizar demonstrações, que consistem em provar fórmulas que se possam deduzir de axiomas aceitos a partir de regras de inferência. Como os axiomas são de livre escolha do lógico, a prova só pode ser correta ou incorreta, independentemente da existência de qualquer auditório, mas, como consequência, a prova só vale para um sistema específico, não para outros.

Já no procedimento de argumentação deve haver a aceitação tanto das premissas quanto dos passos para a prova do argumento. Isso significa que também os passos da prova, na maioria das vezes, não se seguem logicamente das premissas aceitas, de modo

que o acordo deve se dar a respeito de ambos: premissas e prova das afirmações que partem das premissas. Alexy pondera que o que está por trás desse problema é que a premissa deve ser suportada por regra de aceitabilidade já recebida como correta, como na sua discussão sobre a teoria de Hare. Assim, a conclusão é consequência lógica da relação entre a asserção em discussão com a premissa dada a partir do fundamento da premissa que é dado como aceito. No que respeita a Perelman, isso pode ser visto como a exigência de que as premissas pressupostas, mas não explicitadas, devem ser aceitas pelo auditório como garantia da inferência da premissa para a asserção a ser justificada, mesmo que Perelman não se refira explicitamente a essas premissas não explícitas. O fato é que os argumentos têm sempre o caráter de entimema.

Mas um argumento pode ter a pretensão de se dirigir a todos os possíveis ouvintes, pretendendo ganhar a adesão de todos. Para isso, é necessário que o argumento seja racional para a adesão de tal auditório. Esse é o que Perelman denomina “auditório universal”, e a aquisição de sua anuência formam os critérios de racionalidade de objetividade da argumentação. Porém, assim como as condições ideais de discurso de Habermas, a existência do auditório universal é ideal, elemento contrafático que *regula* (portanto, tem caráter normativo) as condições do discurso puramente racional. Ele indica que se todos tivessem conhecimento dos argumentos e os compreendessem, concordariam com a conclusão.

O problema da configuração do auditório universal da maneira como foi proposto por Perelman é que ele considera que, para a caracterização desse auditório, dever-se-ia considerar as ideias de indivíduos particulares e de diversas culturas, o que implica a consideração de fatos contingentes e, por decorrência, o fato de para que o auditório seja considerado universal é preciso que se o reconheça como tal. Caso isso não ocorra, ele será tratado como auditório particular. Nessa linha, “... resulta fortemente limitado o papel normativo do auditório universal: é uma norma apenas para quem a aceita como norma” (ALEXY, 1997, p. 162)⁸⁹.

É importante frisar, contudo, que Perelman desenvolve seu conceito de auditório universal para aquele formado pela universalidade dos homens que desenvolveram suas capacidades argumentativas, ou seja, qualquer indivíduo que não possua deficiência mental é capaz de desenvolver essas capacidades. Assim, qualquer juízo de valor ou de dever só é racionalmente fundamentado se todos podem concordar com ele, o que equivale à

⁸⁹ “... resulta fuertemente limitado el papel normativo del auditorio universal: es una norma sólo para quien lo acepta como norma” – tradução livre.

situação ideal de diálogo em Habermas. Por conseguinte, o auditório universal é formado pela representação que cada participante tem como característica a partir dos pressupostos que representam suas ideias de ser humano racional capaz de argumentar. O auditório universal é foco, então, dos argumentos de convencimentos (argumentos válidos, que pretendem convencer a todos os seres racionais), enquanto aos auditórios particulares estão ligados aos argumentos persuasivos (argumentos eficazes que pretendem ganhar a adesão do público com elementos outros que não só o da razão, mas que envolvem aspectos psicológicos, sociais e emocionais).

Além da análise normativa sobre como dirigir o discurso (o que é feito por meio da sua tese sobre os auditórios), Perelman apresenta uma análise estrutural dos argumentos. Ele a divide entre premissas e técnicas de argumentação. Premissas são os pontos de partida da argumentação e podem se referir ao real ou a presunções. As premissas que se referem ao real dizem respeito a fatos e verdades. As presunções são relativas a preferências de valores, hierarquia (relações de prioridade) e lugares (*topoi*, premissas gerais que podem ser aceitas para fundamentar valores e hierarquias). No que se refere às técnicas argumentativas, Perelman preocupa-se com as formas de argumentos e da interação da estrutura dos argumentos e da argumentação.

Toda essa estrutura permite a Perelman mostrar como o conceito de auditório universal permite regulação da validade dos argumentos. Em primeiro lugar, é forçoso admitir que quem argumenta para o auditório universal também argumenta para si, portanto, não pode proferir argumentos em que não acredite ou que não aceite (exigência de sinceridade e seriedade). Além disso, quem argumenta para todos deve ser imparcial, pois a parcialidade leva à adesão apenas daqueles entre os quais já se está inserido, o que leva ao dever de ter de ouvir todo argumento (levando à aproximação com Habermas).

Em terceiro lugar, deve-se aceitar a regra de que quem quer convencer a todos deve propor regras que possam ser aceitas por qualquer um. Outro ponto a ser considerado é que aquele que argumenta, seja para o auditório universal ou particular, sempre parte de dado contexto social e histórico. “Por isso, toda argumentação está vinculada a uma situação dada de atitudes e convicções” (ALEXY, 1997, p. 169)⁹⁰. Mas isso não demonstra o que fazer para obter acordo. Pelo contrário, essa constatação de Perelman mostra que se pode muito bem não chegar a acordo nenhum. Somando-se a isso o fato de nem sempre o orador

⁹⁰ “Por ello, toda argumentación esta vinculada a una situación dada de actitudes y convicciones” – tradução livre.

dispor de todas as informações relevantes, fica claro que não é difícil que a argumentação não leve a uma única resposta correta de maneira definitiva.

Tal conclusão é importante porque leva à consequência de que todo argumento deve ser aberto a críticas e os participantes do debate devem respeitar o postulado da tolerância⁹¹. Sem a abertura à crítica e sem a tolerância não é possível aspirar à universalidade, que é o que garante a racionalidade do discurso, ainda que essa universalidade nunca possa ser de fato alcançada.

Por fim, deve-se juntar a todos esses argumentos o “princípio de inércia” de Perelman. Esse princípio estatui que algo que já é aceito e faz parte de determinada prática não precisa de fundamentação. A crítica e a pretensão de mudança é que precisam ser justificados. O princípio da inércia determina, assim, o ônus da carga argumentativa.

Do pensamento de Perelman, Alexy retira três pontos importantes para considerar em sua teoria: a proximidade entre a situação ideal de diálogo de Habermas com o conceito de auditório universal de Perelman, que indicam que a generalização da norma só é possível se todos puderem assentir na sua existência; o reconhecimento de que, mesmo quando a argumentação é voltada para o auditório universal, ela parte de condições históricas e sociais concretas, pois nenhum argumento pode se iniciar do nada, sem contestação ou tematização; e a impossibilidade de apontar um único resultado correto de maneira definitiva, o que impõe o reconhecimento da tolerância e a necessária abertura à crítica (ALEXY, 1997, p. 156 – 172).

Alcançada a descrição dos principais pontos de interesse dos modelos teóricos apresentados, Alexy parte para a exposição da teoria da argumentação geral esboçada com base nas conclusões e considerações dos pontos mais interessantes daquelas teorias. Seu intento é reunir os pontos convergentes das discussões analisadas para formular uma teoria geral do discurso prático racional.

A análise até então apresentada mostra que os juízos de valor e de dever também estão sujeitos à discussão sobre os fundamentos que permitem sustentá-los racionalmente. Isso quer dizer que, caso não se queira aceitar que essa situação leve à possibilidade de atribuição de valor de verdade ao juízo normativo, ao menos é evidente que

⁹¹ Importante lembrar aqui que Kelsen chegou à mesma conclusão quando defendeu que a impossibilidade de sustentar uma teoria da moral qualquer e um critério de justiça tem como corolário o relativismo ético. O relativismo, por sua vez, leva à conclusão, para o positivista de Escola de Viena, de que todas as visões morais devem ser aceitas como possíveis, de modo que todas devem conviver e não há justificativa racional para que sejam eliminadas (cf. KELSEN, 2001).

eles sempre têm a pretensão de estarem corretos, quando preferidos sinceramente. Assim, a dúvida sobre a racionalidade do juízo normativo leva à discussão sobre as bases de onde retira seu fundamento.

Uma vez aceito o fundamento, pode-se falar em correção da norma. No entanto, é sempre possível questionar o fundamento, buscando-se novas razões para aceitá-lo. Essa situação leva a regressão ao infinito, cuja cadeia só pode terminar com decisão de caráter psicológico ou sociológico, que, por sua vez, não tem o condão de justificar normativamente juízo de valor ou de dever. A maneira de minimizar esse problema é ter critérios racionais para as exigências de fundamentação da norma, ou seja, elaborar regras para o processo racional de argumentação. São regras pragmáticas, pois regem não apenas os processos de inferência, mas de comportamento (modo de agir) dos participantes. Por mais que o cumprimento das regras racionais do discurso não possa garantir a certeza dos conteúdos normativos, elas exercem o controle da racionalidade das decisões tomadas.

Alexy, então, procura elaborar e enunciar as regras que deveriam reger todo discurso prático racional, classificando-as de acordo com as funções que exercem no processo do diálogo. Assim, existem as regras fundamentais do discurso, que dizem respeito às possibilidades de qualquer comunicação racional. Referem-se à proibição da contradição, à crença naquilo que se afirma, à disposição de tratar situações equivalentes da mesma forma, à necessidade de usarem as mesmas expressões com o mesmo sentido. Essas são condições de honestidade e de compreensão dos discursos.

Em seguida, o professor de Kiel elenca o que ele denomina como regras de razão. Quem afirma algo, seja com pretensão descritiva, seja com pretensão normativa, pretende que o conteúdo afirmado seja verdadeiro ou correto. Para isso, é necessário poder fundamentar ou justificar a impossibilidade de fazê-lo no momento. Ou seja, regra básica da racionalidade do discurso é a possibilidade de fundamentar as asserções ou justificar quando isso não pode ser feito. Como o procedimento de fundamentação pretende ser racional, e, portanto, voltado para todos os possíveis participantes do diálogo, é necessário que haja condições para que todos possam participar. Assim, todos os sujeitos devem ter voz, expressar seus pontos de vista e estar livres de qualquer coerção. Obviamente são regras ideais para que o procedimento de fundamentação esteja sujeito a críticas sobre a sua validade. Conseqüentemente, essas regras servem como critério de crítica contra restrições de direitos de participação e interesses que sejam infundados.

Como a qualquer um deve ser dado participar das discussões, é necessário

estabelecer o ônus da argumentação, para que a deliberação não fique travada por contestações ou perguntas sem razão de ser. As regras anteriores estabelecem a carga da argumentação para as afirmações, mas não para os questionamentos ou dúvidas que possam surgir. Assim, o ônus da prova pertence, em regra, àquele que pretende alterar as afirmações. Nesse sentido, pode-se especificar isso dizendo que quem pretende tratar alguém de modo diferente dos demais deve comprovar onde está essa diferença que fundamenta a pretensão (já que todos são presumidamente iguais no processo de argumentação e no tratamento recebido – há a presunção geral de igualdade). Além disso, quem questiona algo que é presumidamente aceito ou que não era alvo da discussão é que deve fundamentar sua posição. Se assim não fosse, não se poderia ter o processo de diálogo, pois não haveria nenhuma base comum da qual partir para a argumentação. Também não é possível que o processo de fundamentação se torne infinito. Quem já apresentou suas razões não necessita apresentar novas sem a devida justificativa baseada em contra-argumentos fundamentados. Por fim, como é dado a qualquer um se manifestar a qualquer momento sobre suas percepções, opiniões, desejos e necessidades, quem o faz deve, caso exigido, fundamentar porque o fez naquele procedimento, mostrando sua pertinência na discussão.

É importante considerar que as regras de fundamentação apresentadas acima são realizadas a partir de determinadas formas de argumentos, em que se deve derivar a validade da norma de normas gerais aceitas ou de fatos que se ligam às consequências de aceitação da norma. Nesse caso, é obrigatório que exista regra aceita que diga que as consequências devem ser aceitas ou que são boas. Essas formas de argumentos são utilizadas nos discursos práticos de acordo com as regras de fundamentação que regem as possibilidades do discurso racional. Todavia, quando regras distintas são o foco da discussão sobre a fundamentação, o mesmo tipo de fundamentação ou fundamentos diferentes sobre a validade das regras podem levar a resultados distintos e incompatíveis, de forma que é necessário decidir qual fundamento possui prioridade sobre os demais.

São necessárias, então, regras de prioridade sobre os fundamentos. Contudo, as regras de prioridade devem ser fundamentadas com a mesma estrutura argumentativa das demais regras, ou seja, deve-se indicar as circunstâncias para que elas sejam válidas ou as consequências de sua aceitação. Se houver conflitos entre as regras de prioridade, é preciso buscar regras de prioridade de segundo nível, assim como se faz com a discussão sobre as regras gerais que fundamentam a norma posta em questão.

Como essas formas de argumentação podem levar à justificativa de

quaisquer regras, então é necessário definir novas regras de argumentação que viabilizem a justificação das regras fundamentadas com essas formas argumentativas. Isso se dá porque não é possível argumentar ao infinito para fundamentar as regras que fundamentam as regras de nível lógico ou hierárquico inferior. Uma hora, a cadeia de fundamentação tem de parar e é exigível que se tenha regras para a aceitabilidade racional dos pontos de partida. Essas regras são aquelas que garantem a consideração do interesse de todos e, por isso, têm a ver com o chamado princípio de generalização, mas de modo que garanta a racionalidade de todo procedimento – são as regras de fundamentação dos argumentos, que definem o conteúdo das proposições e regras a serem fundamentadas. Alexy enuncia essa regra da seguinte forma:

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem poder passar pela prova de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não passa por semelhante prova:

- a) se mesmo que originariamente se pudesse justificar racionalmente, tenha depois perdido, contudo, a sua justificação, ou
- b) se originalmente não se podia justificar racionalmente e tampouco se pode aduzir novas razões que sejam suficientes. (...)

(5.2.2) As regras morais que servem de base para as concepções morais do falante devem poder passar pela prova de sua formação histórica individual. Uma regra moral não passa em semelhante prova se se estabeleceu apenas sobre a base de condições de socialização não justificadas (ALEXY, 1997, p. 199-200)⁹².

A última regra de fundamentação está relacionada com o fato de que o discurso prático está voltado à resolução de problemas práticos. Está vinculado, portanto, ao problema do como agir. Assim, devem-se respeitar os limites materiais das condições de realização da decisão. Para arrematar, como nem sempre o discurso prático se inicia ou mesmo continua dentro da margem necessária de entendimento comum, é fundamental que se possa transitar de um modelo de discurso a outro. Assim, deve-se poder, a qualquer momento, transitar do discurso teórico para o empírico, pois pode ser que haja desacordo sobre questões de fato; também é preciso que se possa sair do discurso para se realizar a análise da linguagem, se o problema for com relação à comunicação ou passar da discussão prática para a teoria do discurso, caso o problema seja exatamente sobre as condições da discussão prática. É importante ressaltar, entretanto, que as próprias regras para o controle do discurso prático

⁹² “(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba: a) si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o b) si originariamente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes. (...) (5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables” – tradução livre. O que Alexy entende por socialização justificável ele mesmo deixa em aberto, com a única consideração de que as condições de socialização não podem levar o interessado a não estar disposto a participar do processo de diálogo ou o impeçam de fazê-lo.

não garantem conteúdo determinado, acordo definitivo e imutável nem sequer que se alcance acordo sobre uma questão concreta qualquer. As regras enunciadas por Alexy apenas têm o condão de facilitar e aumentar as possibilidades de acordo.

O passo de Alexy para a sustentação da sua tese sobre o discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral está justamente no fato de que, como em várias situações as regras do discurso prático racional só se podem realizar aproximadamente, então há sempre a possibilidade jurídica de que regras incompatíveis possam ser ao mesmo tempo justificadas. Isso leva à necessidade de institucionalização de normas que permitam o controle do processo de decisão, diminuindo o grau de arbitrariedade e regulando as condições fáticas para os processos de decisão sobre situações concretas (ALEXY, 1997, p. 175 – 202).

O primeiro tópico de importância para entender a argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática racional é não perder de vista que a argumentação jurídica já parte limitada e dispõe de regras que não podem ser postas em questão naquele momento específico. Isso propicia que os interessados possam agir estrategicamente, buscando, em vez de decisões justas ou corretas, decisões que lhes sejam vantajosas.

Porém, a busca da decisão jurídica também tem como elemento regulador a busca de solução de questões práticas, buscando o convencimento de que há a pretensão de correção. No entanto, isso ocorre sob as limitações preestabelecidas institucionalmente de normas que regulam a atividade da discussão prática de modo que ela se torne viável espacial e temporalmente; daí a argumentação jurídica precisar ser tratada como caso especial. Nesse contexto, Alexy identifica três argumentos sob os quais a tese do caso especial pode ser atacada: pode-se dizer que as questões referentes ao universo jurídico não tratam de questões práticas; que, caso tratem, não se busca nenhuma pretensão de correção; ou, admitindo-se que haja a pretensão de correção, os limites impostos juridicamente ao processo de argumentação não permitem que esse procedimento possa ser designado como “discurso”.

O primeiro argumento pode ser refutado facilmente. Além de descrever prognoses de comportamentos, situações de fato sobre o surgimento ou condições de aplicabilidade de regras ou descrição de direito vigente, as discussões jurídicas são direcionadas para o estabelecimento de justificativas de decisões concretas sobre deveres ou sobre como agir. Sem dúvida, a atividade jurídica tem a finalidade de resolver problemas práticos de cunho normativo.

Também existem várias razões para que a pretensão de correção seja considerada como parte inerente da argumentação jurídica. Quem argumenta juridicamente pretende convencer de que está correto, que tem razões para o resultado que propõe. Ainda que isso seja relativamente a seu interesse pessoal, ele está vinculado, pelo contexto da sua fala, àquilo que afirma e defende, devendo aceitar para outros na mesma situação. A limitação que encontram é a existência de normas postas que devem ser respeitadas. Também as decisões judiciais, ainda que tenham a força jurídica de se imporem independentemente da correção, procuram mostrar que estão corretas dentro de determinado ordenamento jurídico. Ainda que valham sem serem consideradas corretas, elas podem padecer do defeito da falta de correção, de estarem afastadas daquilo que se espera da decisão jurídica. Isso leva ao fato de que a correção também é esperada pelos destinatários da decisão e pela opinião pública em geral, o que pode ser notado no fato de que em várias decisões jurídicas se discute amplamente a sua correção. Além disso, vê-se que as decisões procuram convencer os atingidos de sua racionalidade, tratando-os como seres capazes de compreender as razões da do que foi decidido.

O argumento de que os limites impostos à discussão jurídica não permitem falar em discurso jurídico também não se sustenta. Tanto nas discussões ditas científicas quanto no processo as limitações impostas pelo direito vigente não impedem que aqueles que falam estejam dispostos a arguir a racionalidade de suas posições e que reivindiquem a sua aceitabilidade na situação ideal. Mesmo que as regras do processo não permitam que as partes tenham liberdade e ausência de coação plenas para o desenvolvimento dos debates, elas pretendem que suas razões sejam sustentáveis e aceitas como se fosse a situação ideal. A finalidade estratégica da busca da vitória pelos interessados não é contra-argumento para a negação dessa reivindicação de racionalidade das posições, pois isso é feito sob o pressuposto de que aquela visão seria a racionalmente mais adequada. Além disso, o juiz está na posição em que sua construção deve se mostrar imparcial e de acordo com os critérios de justiça e adequação permitidos pelo ordenamento. Assim, em todas as situações o discurso jurídico está relacionado à pretensão de correção (ALEXY, 1997, p. 205-213).

Tendo a pretensão de correção como elemento comum entre o discurso jurídico e o discurso prático geral, pode-se dizer que o primeiro também está envolvido pela ideia de justificação. Esta pode ser interna (correção da dedução silogística das premissas) e externa (correção das premissas). Da justificação interna Alexy extrai que a decisão jurídica precisa recorrer pelo menos a uma norma universal e a decisão deve seguir-se logicamente de

ao menos uma norma universal, juntamente com outras proposições. Pode haver, contudo, cláusula de exceção, mas que deve valer universalmente. Além disso, se as normas universais não fazem parte do direito positivo, então se deve construir essa norma.

É necessário considerar, todavia, que o silogismo básico para a aplicação da lei não é possível isoladamente quando há várias alternativas como pressuposto de fato; quando são necessárias normas auxiliares como complemento para esclarecer, limitar ou estender o conteúdo da norma a ser aplicada; quando há a possibilidade de consequências jurídicas diversas e quando são possíveis várias interpretações da norma. Nesses casos, são necessários critérios de definições de equivalências e regras de inferências para que a regra universal possa ser aplicada à situação concreta. O que entra em jogo é a possibilidade de aplicar a regra geral, traçando-se as possibilidades de silogismos que levam a ela, e não se a regra geral está justificada (algo que pertence à esfera da justificação externa). O raciocínio de definições, equivalências no uso das expressões e novos silogismos leva à obtenção de normas cada vez mais concretas. E essas novas definições, regras de uso da linguagem e silogismos não decorrem da norma geral a ser aplicada nem de nenhuma outra lei. Isso quer dizer que a justificação interna não elimina a criatividade na aplicação do direito, pois mesmo a norma a ser aplicada pode não fazer parte do sistema jurídico. As premissas são aceitas dentro dos limites do ordenamento, mas ele não impõe sozinho todas as possibilidades. Essas premissas também precisam ser justificadas, mas esse é o papel da justificação externa. Contudo, essa consciência é importante para saber quais são as premissas que se deve justificar externamente.

Segundo Alexy, então, para a justificação interna da decisão, quando houver dúvidas de que a situação está abarcada pelo conceito do signo que aparece na norma universal a ser aplicada, para que haja a subsunção, é necessário expor regras que decidam a questão. Nesse sentido, são obrigatórios tantos passos de dedução quantos forem necessários para mostrar a aplicação da regra geral e deve-se explicitar, portanto, o maior número de passos possíveis. Todas essas exigências normativas para a justificação interna dizem respeito à segurança do respeito à universalização. Desse modo, fazem parte do que se pode chamar de “regras e formas da justiça formal” (ALEXY, 1997, p. 220)⁹³.

Por seu turno, a justificação externa pode ser de uma norma de direito positivo (o que deve ser feito pelos critérios de validade do sistema); de premissas empíricas (o que pode se dar por meio de provas trazidas dos diversos ramos das ciências, presunções

⁹³ “... *reglas y formas de la justicia formal*” – tradução livre.

racionais ou de acordo com o ônus da prova no processo) e premissas que não pertencem a nenhum dos dois âmbitos (que precisam ser fundamentadas por meio da argumentação jurídica). É importante ressaltar que as três formas de fundamentação se inter-relacionam. Alexy indica, nesse sentido, seis regras de justificação: regras e formas de interpretação; argumentação dogmática; uso de precedentes; argumentação prática geral (racionalidade); argumentação empírica e as formas especiais de argumentação jurídica.

A aplicação das normas gerais depende da estabilidade no uso dos termos técnicos ou de linguagem comum que as formam. Nesse ponto, os cânones de interpretação possuem papel fundamental para a argumentação jurídica. Eles são fundamentais para que se possa especificar as formas de argumentos utilizados na argumentação jurídica. Esses argumentos podem ser do tipo semântico, em que se usam as regras de uso da linguagem para a estabilização dos significados. Tais regras permitem dizer que determinado predicado está ou não está dentro do espectro do conceito utilizado na norma a ser aplicada, ou que ele se encontra na sua zona de vagueza, de forma que sua inserção no âmbito de significado da norma é algo *possível*. Neste último caso, são necessários outros critérios de interpretação que possibilitem a afirmação sobre a aplicação ou não da norma geral diante do predicado duvidoso.

A forma de argumento de interpretação que permitiria tal afirmação seria o argumento genético, que está relacionado à vontade do legislador. Existem duas formas de ver a vontade do órgão que cria a lei: a primeira é a vontade subjetiva, o que ele queria ao criar a norma geral; a segunda é o que ele pretendia alcançar com a norma. No último caso, deve-se considerar que os meios necessários para atingir o fim almejado devem ser vistos também como obrigatórios. Se determinado meio é necessário para atingir um fim, então ele é normativamente exigido. Há que ter em mente, porém, que dificilmente se pode ter clareza sobre qual a vontade do legislador, seja no sentido subjetivo de o que ele quis dizer, seja para determinar os fins por ele vislumbrados. Além disso, não existem critérios definidos para alcançar essa vontade ou de como determiná-la.

Não sendo possível determinar a vontade do legislador, é possível recorrer ao argumento histórico, em que se buscam conhecer os fatos relativos ao problema jurídico em questão para fazer a análise de terminadas respostas possíveis tendo-se como parâmetro os resultados conhecidos anteriormente para saber se determinada resposta é desejável ou não. Também é possível recorrer ao argumento comparativo, em que se busca a comparação com o que ocorre em outra sociedade. Esse argumento tem a mesma função e estrutura do argumento

histórico.

Outra forma de argumentação característica do direito é a sistemática, em que se pretende estabelecer a relação da norma no contexto legal ou, o que é mais importante, fazer a relação lógica ou teleológica da norma com outras normas, fins e princípios. Aqui, a estratégia é ver se determinada interpretação da norma não entra em contradição com outra norma cuja validade não pode ser afastada. No entanto, esse tipo de argumento só resolve definitivamente o problema caso seja possível indicar a contradição de todas as interpretações viáveis exceto uma. Como geralmente não é isso o que ocorre, a interpretação sistemática não consegue determinar uma única resposta.

Outro recurso possível é a utilização de argumentos teleológicos objetivos, em que não se pode determinar o fim a que se reportou o legislador real, mas se busca um fim decorrente da norma a ser aplicada em consonância com as demais normas e outros fins do sistema, tentando-se imaginar qual seria o fim que os possíveis afetados pela aplicação da norma determinariam como legítimos e como ele poderia estar de acordo com os demais fins e normas. A fundamentação desse legislador imaginado só pode dar-se por meio do discurso racional. Esse tipo de argumento possui a mesma estrutura do argumento teleológico do tipo genético. O problema é, pois, fundamentar a premissa normativa, que estabelece qual o fim deve ser atingido (qual estado de coisas deve ser realizado). Todavia, como é necessário lidar com os fins diversos dos grupos de normas existentes, além de relacionar o fim buscado com esses outros objetivos pretendidos, é preciso que se identifiquem os fins possíveis e os não desejados com relação à norma a ser aplicada. Tal ocorre porque podem ser atribuídos diversos fins à norma ou ao grupo de normas. Desse modo, é imperioso que se apliquem as regras de preferência. O problema é que o estado de coisas a ser alcançado pode ser tal que seja regido por diversas normas. Nesses casos, é necessário o recurso a princípios⁹⁴, pois são normas gerais que regem, de modo diferente, o mesmo estado de coisas. A questão aqui não é a necessidade de fundamentar os princípios, mas o problema de que os princípios, por serem muito gerais, não são diretamente aplicáveis, e as normas a serem fundamentadas para a

⁹⁴ “Por ‘princípios’ deve entender-se, aqui, proposições normativas de um alto nível de generalidade como: ‘deve respeitar-se a dignidade humana’, ‘pressupostos de fatos iguais devem ser tratados iguais’ e ‘cada um deve responder pelas deficiências de seus círculos comerciais’. Devido a seu alto grau de generalidade, estas proposições não são utilizáveis diretamente para fundamentar uma decisão. Necessitam-se premissas normativas adicionais” (ALEXY, 1997, p. 234). “Por «princípios» deve entender-se aquí proposiciones normativas de un alto nivel de generalidad como: «debe respetarse la dignidad humana», «supuestos de hechos iguales deben tratar-se igual» y «cada uno debe responder por las deficiencias en sus circulos comerciales». Debido a su alto grado de generalidad, estas proposiciones no son utilizables directamente para fundamentar una decisión. Se necesitan premisas normativas adicionales”.

aplicação não decorrem diretamente deles, de modo que dependem da justificação de outras premissas para a sua aplicação a partir dos princípios (daí a referência às regras de preferência).

Os cânones de interpretação dependem de contextos variados e de processos de justificação para serem aplicados. Também não são regras a serem seguidas, pois não determinam como agir ou o que é preciso alcançar. São, na verdade, esquemas de argumentação, dos quais se extraem argumentos que se seguem logicamente a partir de uma regra pressuposta. São, portanto, formas de argumentos, caracterizando a estrutura do ordenamento jurídico. É importante notar que Alexy considera que a análise completa de todas as formas de argumentação em direito daria a gramática da argumentação jurídica, indicando todos os movimentos possíveis para alcançar um resultado racional, sem, contudo, ser possível determinar o que se deve afirmar, mas apenas *como* se deve afirmar para que algo esteja no mundo do direito.

Todavia, os argumentos jurídicos que se decidem por determinado cânone de interpretação devem apresentar todas as premissas pressupostas para uma conclusão normativa qualquer, mostrando quais fatos e regras sustentam as normas aplicadas e os resultados buscados, para que a conclusão não seja mera afirmação da aplicação de um cânone qualquer. Além disso, os diversos cânones cumprem funções distintas na argumentação: falar sobre o conteúdo da lei, apresentar experiências passadas ou estrangeiras, livrar o ordenamento de contradições ou liberar a argumentação prática geral.

Essas funções distintas mostram de maneira clara que os cânones podem levar a resultados distintos, sem que se possa determinar qual o único resultado válido. Também não é possível estabelecer hierarquia entre eles, de forma que se possam seguir passos controlados para a preferência de um cânone sobre outro. Assim, os cânones são formas de argumentos, mas não determinam resultados. Também a teoria do discurso não é capaz de resolver esse problema. Ela pode apenas estabelecer as regras que compõem as formas do discurso jurídico racional e as situações pragmáticas de sua utilização. Ao seguir essas regras e condições, ganha-se em probabilidade de alcançar a decisão correta, que deve ser entendida como decisão racional, sem, contudo, querer isso dizer que se pode determinar qual deve ser o resultado. O que Alexy propõe é que, no caso de argumentos que estejam baseados em cânones diferentes, devem prevalecer os argumentos que deem preferência à aplicação do direito vigente (assim, se alguém pretende decidir com base no teor literal da norma ou na vontade do legislador e outro quer alcançar um fim racional para chegar a outro

resultado, deve prevalecer, *prima facie*, a primeira proposta⁹⁵).

Como a preferência não pode ser determinada *a priori*, a decisão concreta fica a cargo dos participantes da discussão no momento. Têm eles, contudo, de tomá-la com base no discurso racional, o que significa que a preferência é mantida como regra *prima facie* e só é afastada em razão da argumentação racional concreta que pode ser estendida para outras situações equivalentes (mantém-se a regra da universalização). Conclui-se disso que o peso dos argumentos depende das regras de ponderação, que distribuem a carga e os ônus dos argumentos, o que Alexy toma como mais uma regra da argumentação jurídica. Acrescenta a ela outra regra, a de que, como todos os argumentos possíveis devem ser admitidos, no direito devem ser admitidos todos os argumentos possíveis no ordenamento que possam ser incluídos como algum dos cânones de interpretação (ALEXY, 1997, 213-240)⁹⁶.

Além do uso dos cânones de interpretação na argumentação jurídica, também é preciso compreender o papel da dogmática jurídica. Por mais que, ela possa ser entendida como atividade que engloba as três dimensões do direito (analítica, empírica e normativa), conforme indicado acima, é necessária concepção mais adequada para dar conta de como são produzidos argumentos dogmáticos. É que a concepção muito ampla engloba todas as formas de argumentação jurídica, não explicitando a especificidade dos argumentos dogmáticos.

Para que isso não ocorra, o critério de compreensão da dogmática para o entendimento da estrutura de argumentação próprio que ela proporciona deve ser dividido em cinco condições. Primeiro, o importante é considerar a dogmática um conjunto de enunciados, e não de atividades. Segundo, esse conjunto de enunciados deve ser visto como vinculado às normas estabelecidas e à jurisprudência. Isso não quer dizer que se identifiquem com as

⁹⁵ Alexy tira daí uma regra geral de preferência no uso dos cânones de interpretação: “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 aduzir-se motivos racionais que concedam prioridade a outros argumentos” (ALEXY, 1997, p. 239) “*Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos*” – tradução livre.

⁹⁶ “Pode-se dizer, em resumo, que os cânones não oferecem uma garantia de que se ‘encontre o único resultado correto... com uma segurança relativamente grande’, mas, sem embargo, são mais que simples instrumentos de legitimação secundária de uma decisão, a qual se pode encontrar e fundamentar de distintas maneiras. São formas das quais tem de se servir a argumentação jurídica se quer cumprir com a pretensão de correção nela presente e que, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, se refere também de maneira especial à vinculação à lei” (ALEXY, 1997, p. 240) “*Se puede decir, en resumen, que los cánones no ofrecen una garantía de que se “encuentre el único resultado correcto... con una seguridad relativamente grande”, pero sin embargo son más que simples instrumentos de legitimación secundaria de una decisión, la cual se puede encontrar y fundamentar de distintas maneras. Son formas de las que tiene que servirse la argumentación jurídica si quiere cumplir con la pretensión de corrección que se plantea en ella y que, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, se refiere también de manera especial a la vinculación a la ley*” – tradução livre.

normas, princípios ou com as razões de decidir da jurisprudência, mas que estão estritamente relacionados a eles. Em terceiro lugar, os enunciados da dogmática devem formar um todo coerente, de modo que os conceitos possam ser utilizados em todas as formulações dogmáticas permitindo relações de inferência entre elas. Em quarto lugar, os enunciados funcionam sob o marco da “ciência do direito institucionalizada” (ALEXY, 1997, p. 245), o que quer dizer que possuem a compreensão de objetos estabilizada pelo período de tempo que serve para esclarecer questões problemáticas e que, temporalmente, as discussões do passado podem ser retomadas, de modo que podem ser rechaçadas ou mantidas. Por fim, a quinta condição é que os enunciados dogmáticos têm conteúdo normativo, direcionando a decisão de questões controversas, o que não pode ser feito apenas com base em argumentos empíricos. Assim, a dogmática jurídica é o conjunto dos enunciados que se referem à norma válida e à aplicação, sem se reduzir às suas descrições, em relação de coerência, formuladas dentro da ciência jurídica institucionalizada e com conteúdo normativo (ALEXY, 1997, p. 246).

Com base nessas características da dogmática que a caracterizam como conjunto de enunciados, pode-se classificar os enunciados da dogmática jurídica. Existem aqueles que são conceitos tipicamente jurídicos, fatos institucionais, que só existem na medida em que há regras que os regulam, quer dizer, fatos que só adquirem significado social porque institucionalizados por meio de regras. São, portanto, conceitos normativos, pois alterá-los significa alterar a compreensão das regras ou mesmo alterá-las em sua formulação linguística.

O critério da utilização das expressões jurídicas analisadas pela ciência jurídica institucionalizada permite diferenciar daquelas que não são conceitos típicos da dogmática jurídica e podem ser usadas eventualmente pela jurisprudência para a solução de casos concretos. Mas, uma vez que esses conceitos se tornam correntes no uso institucionalizado da prática jurídica e na análise da ciência jurídica, então elas passam a fazer parte do conjunto de proposições da ciência jurídica institucionalizada, ou seja, tornam-se enunciado dogmático.

Existem também os enunciados normativos que não decorrem da lei e, portanto, padecem de critérios para o conhecimento de sua correção. Da mesma forma que o enunciado é dogmático quando lida institucionalmente, numa prática reconhecida, com conceitos extraídos da lei, os enunciados que são aceitos como pertencentes ao conhecimento jurídico institucionalizado, mesmo que não decorram da lei, pertencem à dogmática jurídica. O critério é pragmático, estabelecido pelo uso ou aceitação da comunidade jurídica.

O quarto tipo de enunciado dogmático é aquele em que se descrevem e caracterizam estados de coisas cuja produção, eliminação ou manutenção se referem a normas individuais a serem aplicadas ou determinam relações de prioridade entre estados de coisas.

Por fim, são enunciados da dogmática jurídica os princípios. “Os princípios são enunciados normativos de um nível tão alto de generalidade que, por regra geral, não podem ser aplicados sem se acrescentar premissas normativas adicionais e, na maioria das vezes, experimentam limitações através de outros princípios” (ALEXY, 1997, p. 249)⁹⁷. Alexy acrescenta que os princípios também podem ser utilizados nas discussões jurídicas como descrições de estados de coisas nas situações em que têm vigência.

No que tange ao uso dos enunciados dogmáticos, eles podem ser usados sem fundamentação ou com o apoio de outras premissas que o fundamentem. Não há nada de errado no uso de enunciados não fundamentados, pois eles podem ser de aceitação geral. Todo sistema de argumentação depende de enunciados que funcionem como axiomas, pois é impossível fundamentar tudo a todo o momento. Quando é necessária uma fundamentação de um enunciado dogmático que não pode se apoiar em outro enunciado dogmático, é necessário o recurso a argumentos práticos gerais. Isso acontece porque nem todos os enunciados dogmáticos podem ser derivados das leis (caso contrário, não existiria enunciado normativo que não derivasse das leis) ou de argumentos empíricos (nesse caso, os enunciados não conteriam qualquer conteúdo normativo).

Outra coisa que deve ser considerada é que fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos são coisas distintas. A fundamentação ocorre quando o enunciado deriva de outros enunciados; a comprovação tem lugar quando se questiona se um enunciado que deriva de outro pode ser aceito. Todavia, em ambos os casos aparece a necessidade dos enunciados práticos gerais, pois nem a comprovação nem a fundamentação podem ser feitas apenas com base em enunciados da dogmática, já que sua contestação não pode ocorrer com base em enunciados da mesma categoria (a refutação de enunciados dogmáticos não pode se dar com base em outros enunciados dogmáticos aceitos).

Todo enunciado normativo está sujeito à comprovação por meio dos enunciados práticos gerais (estes formam a base da comprovação e da fundamentação de qualquer enunciado normativo). A diferença dos enunciados dogmáticos é que eles podem

⁹⁷ “Los principios son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que, por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales y, las más de las veces, experimentan limitaciones a través de otros principios” – tradução livre.

passar por comprovação sistemática em sentido estrito ou em sentido amplo. A comprovação sistemática em sentido estrito se dá com a verificação da inexistência de contradição do enunciado em análise e dos enunciados dele derivados em relação aos demais enunciados dogmáticos aceitos e às leis existentes. Claro que, em caso de contradição, nada impede que o enunciado em análise prevaleça e os demais sejam abandonados.

Já a comprovação sistemática em sentido amplo acontece quando se precisa verificar a compatibilidade do enunciado dogmático que precisa ser fundamentado com outros enunciados dogmáticos a serem fundamentados. Por exemplo, quando o enunciado dogmático pode ser discursivamente tão aceito quanto outro, contudo o primeiro é compatível com o terceiro a ser fundamentado e o segundo não, deve-se preferir o primeiro. “Não compatível” significa que, de acordo com aqueles que participam do processo de discussão, com fundamento em razões práticas do tipo geral, não se poderia aceitar a decisão com base no segundo enunciado dogmático (que, como dito, era plausível) e outra com base no terceiro. Como o primeiro enunciado daria margem a decisão que não gera conflito com a decisão derivada do terceiro, para manter este, deve-se preferir o primeiro enunciado ao segundo.

No caso da comprovação sistemática em sentido amplo, a verificação ocorre com base na sustentabilidade prática das possíveis decisões a serem tomadas a partir dos enunciados analisados, ou seja, o controle se dá pela racionalidade prática geral. Isso quer dizer que a ausência de contradição interna no sistema de enunciados é condição necessária, mas não suficiente para a aceitação do enunciado dogmático. Ele também precisa passar pelo crivo da comparação com outras decisões possíveis derivadas de outros enunciados dogmáticos possíveis do sistema. Assim, por mais que a argumentação dogmática não se reduza à argumentação prática geral, esta é a base daquela. Esta circunstância de a argumentação prática geral ser a base da argumentação dogmática mostra que os enunciados dogmáticos não são irrefutáveis, são apenas presumidamente verdadeiros.

Os enunciados dogmáticos, na medida em que são fruto do uso e aceitação institucionalizados daqueles que fazem o estudo institucionalizado do direito, permitem a derivação de normas que não decorrem das leis dadas ou de argumentos empíricos, por isso dependem da argumentação prática geral. Contudo, a argumentação prática geral não pode servir como substituta da argumentação dogmática, pois esta tem as funções: de estabilização (torna possível a fixação e a reprodução de soluções práticas anteriores, o que permite o respeito ao princípio de universalização do tratamento igualitário a situações similares, pois, se não houvesse essa estabilização, seria possível que a cada caso se tivesse uma solução

diferente dentro do mesmo sistema de direito; isso não quer dizer que os enunciados dogmáticos não possam ser modificados, mas que eles não podem ser abandonados sem boas razões); de progresso (a institucionalização da dogmática permite o desenvolvimento da discussão jurídica em dimensão temporal que não seria possível em discussões pontuais); de “descarga” (os enunciados da dogmática permitem que não seja necessário iniciar todo processo de fundamentação do zero, já que os enunciados dogmáticos têm a presunção de correção. Contudo, numa situação de decisão singular, tem-se de discutir a aplicação de enunciados dogmáticos alternativos, o que leva ao fato de tê-los de fundamentar de novo); técnica (a estabilização do conhecimento jurídico permite a criação de conceitos gerais básicos e instituições jurídicas, facilitando o aprendizado e a transmissão do conhecimento jurídico); e de controle (a dogmática permite que as decisões não sejam tomadas de forma isolada, mas em conformidade com decisões já tomadas e decisões ainda por tomar, em razão das comprovações sistêmicas em sentido estrito e em sentido amplo), além da função heurística (o conhecimento dogmático permite que se coloquem outras perguntas e outros pontos de vista a partir do conhecimento estabilizado, alternativas essas que não seriam possíveis sem o conhecimento sistematizado).

Toda essa caracterização da dogmática mostra como ela leva a alcançar resultados práticos que não seriam possíveis com o recurso apenas da argumentação prática geral, mas que estão de acordo com as exigências dela. Obviamente, é possível que haja o uso instrumental indevido da argumentação dogmática, mas isso pode ocorrer com qualquer tipo de discurso. O modo de controlar essa possibilidade é sempre ter em tela as exigências do discurso prático geral que direcionam o processo de decisão. Para tanto, é necessário que não se perca de vista a necessidade de fundamentação dos enunciados dogmáticos que pode ser realizada com base em outros enunciados dogmáticos aceitos, conforme já visto, mas, em última instância, é feita a partir de argumentos práticos de tipo geral⁹⁸ (ALEXY, 1997, 240-261).

Além do uso dos argumentos dogmáticos como característica do discurso jurídico racional, há, também, o uso dos precedentes. O respeito aos precedentes é meio de aplicar a regra formal de justiça, que manda aplicar a mesma norma a casos iguais (que nada mais é que o respeito ao princípio de universalização do processo argumentativo). Claro que um caso é diferente do outro, o que quer dizer que sempre se pode discutir em que medida as

⁹⁸ Disso Alexy tira a seguinte regra de argumentação jurídica: “Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados” (ALEXY, 1997, p. 261) “*Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados*” – tradução livre.

diferenças de uma situação para outra são ou não relevantes.

A aplicação da regra formal de justiça não significa, contudo, que aquilo que é considerado relevante no caso novo que se apresente para ser tratado como igual aos anteriores não possa levar à alteração da compreensão jurisprudencial. Essa possibilidade está vinculada à ideia da pretensão de correção das decisões, de modo que decisões anteriores podem sempre ser revistas caso sejam entendidas como erro ou como atualmente inadequadas. Todavia, os precedentes tendem a ser mantidos, o que significa que, em caso de tentativa de mudança, o ônus argumentativo pertence a quem quer inovar, cabendo a ele demonstrar a necessidade de nova decisão. A admissibilidade de mudança, por sua vez, é importante, pois as regras do discurso não possibilitam que se chegue a uma única decisão correta⁹⁹, tratando apenas dos discursos que estão dentro das possibilidades de correção.

Existe, ainda, a presunção de igualdade quando os casos são parecidos, o que quer dizer que situações diferentes ou extraordinárias devem ser arguidas e demonstradas a quem interessa o julgamento diferenciado. Também é necessário levar em conta que o uso dos precedentes pode ter funções similares ao uso dos argumentos dogmáticos, tais como as de estabilização, progresso e desoneração argumentativa.

O reconhecimento das regras gerais de argumentação (regra de universalização e regra da carga da argumentação) mostra como o uso dos precedentes no discurso jurídico se aproxima do discurso prático geral. Isso fica claro na técnica americana do *distinguishing* e do *overruling*, em que o ônus da argumentação recai sobre quem alega que o precedente deve ser lido de maneira restrita para não ser aplicado ao seu caso ou que o precedente deve ser alterado porque incorreto (cf. ALEXY, 1997, p. 261-266)¹⁰⁰.

Para resumir, a utilização dos enunciados práticos gerais para a fundamentação dos discursos jurídicos pode ocorrer:

... (1) na fundamentação das premissas normativas requeridas para a

⁹⁹ Atienza (2003) também dá importância ao fato de que Alexy assume em sua teoria o fato de o sistema não permitir a resposta correta, mas apenas garantir a racionalidade da decisão. Essa postura de Alexy é uma das causas das críticas do autor espanhol sobre a inviabilidade de manter a tese da argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral, pois dificulta o estabelecimento do critério sobre a pretensão de correção.

¹⁰⁰ Também o uso do argumento *a contrario*, da analogia, do argumento *a fortiori* e do argumento *ad absurdum*, extremamente comuns na prática da argumentação jurídica, são formas de aproximação do discurso jurídico do discurso prático geral. Eles se referem a formas de estruturação válida da inferência, aplicação do princípio da igualdade e a consideração empírica das consequências para a tomada de posição. A exigência que Alexy impõe para os usos dessas estratégias é que os argumentos sejam saturados, ou seja, que todas as premissas que sustentam o juízo sejam explicitadas, pois esses tipos de argumentos mostram a estrutura argumentativa, mas não seus conteúdos (ALEXY, 1997, p. 266-271).

saturação das distintas formas de argumentos, (2) na fundamentação da eleição das distintas formas de argumentos que levam a diferentes resultados, (3) na fundamentação e comprovação de enunciados dogmáticos, (4) na fundamentação dos *distinguishing* e *overruling* e (5) diretamente na fundamentação dos enunciados a utilizar na justificação interna” (ALEXY, 1997, p. 271)¹⁰¹.

Claro que nessas situações pode-se muito bem utilizar argumentos propriamente jurídicos, como os enunciados dogmáticos e os precedentes. E isso também pode ocorrer para a fundamentação de argumentos que levam a resultados diversos. Quando isso acontece, há que recorrer às regras da ponderação. Mas, mesmo que se lance mão dos precedentes e dos enunciados dogmáticos, isso não afasta a argumentação prática geral. Tal ocorre porque: a base do discurso jurídico se dá sobre a base da natureza do discurso prático; ambos os tipos de discurso apresentam a pretensão de correção; há coincidência estrutural entre as regras e as formas dos dois tipos de discurso e sempre há a necessidade da argumentação prática no desenrolar da argumentação jurídica, pois é preciso recorrer a enunciados da argumentação prática geral no curso da argumentação jurídica e porque muitas vezes os enunciados tipicamente jurídicos utilizados podem fundamentar as pretensões em jogo, embora eles não sejam necessários, o que implica ser preciso buscar premissas normativas embasadas no discurso prático geral (ALEXY, 1997, p. 271-273).

Diante da apresentação das relações entre o discurso prático geral e o discurso jurídico e de suas especificidades, deve-se considerar que, se por um lado, o discurso jurídico não elimina a necessidade do discurso prático geral, por outro o discurso prático geral sozinho não permite alcançar decisões estáveis e seguras. Essa circunstância ocorre porque as normas do discurso prático geral direcionam a racionalidade do processo argumentativo, mas, dentro da margem do racional, muitas premissas são possíveis e tais regras não determinam quais as premissas iniciais devem ser a base do acordo discursivo. Também não há regras para a tomada de decisão dentro do rol das possíveis, assim como não há regras para sua manutenção. Tudo isso torna a atividade de decidir e de dar estabilidade às decisões muito precária.

O direito e o discurso jurídico permitem a institucionalização das condições normativas que são necessárias para a tomada de decisão e redução das possibilidades de

¹⁰¹ “... (1) en la fundamentación de las premisas, normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos, (2) en la fundamentación de la elección, entre distintas formas de argumentos que llevan a diferentes resultados, (3) en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, (4) en la fundamentación de los *distinguishing* y *overruling* y (5) directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna” – tradução livre.

divergências, o que não quer dizer que eliminem a incerteza, mas certamente limitam o rol de possibilidades a partir da redução de pontos de partida e de procedimentos aceitáveis (ALEXY, 1997, 271-274).

Outro elemento que controla a validade do discurso jurídico é a pretensão de correção, que, no caso do direito, não respeita à racionalidade geral das normas que fundamentam os discursos, mas à fundamentação racional dos discursos possíveis dentro do ordenamento jurídico vigente, o que quer dizer que as normas são tomadas, na maioria das vezes, como válidas. Para que a racionalidade do discurso jurídico seja tão ampla quanto a do discurso prático geral, seria necessário que as regras gerais do discurso prático fossem aplicadas à atividade legislativa e esta, por sua vez, necessitaria buscar a racionalidade discursiva da normatividade social. Isso seria o ideal. O direito positivo lida com as normas válidas provindas do Legislativo, que são elementos limitadores da discussão (ALEXY, 1997, 274-275). É importante mencionar a frase de Alexy: “Os juristas podem certamente contribuir para a realização da razão e da justiça, mas isso, no setor que eles ocupam, não podem realizá-lo isoladamente. Tal pressupõe uma ordem social racional e justa”¹⁰² (ALEXY, 1997, p. 280).

Após demonstrar as características específicas do discurso jurídico, Alexy elenca as relações existentes entre este tipo de discurso e o discurso prático geral, com o intuito de demonstrar que as especificidades do direito são formas de realizar as regras do discurso prático geral. Assim, as regras e formas de aplicação interna cumprem a função de realizar a regra de universalização, o que no direito é feito pela regra de justiça formal “tratar o igual igualmente”, pela analogia e pelo uso do precedente.

Nos dois tipos de discurso, pode-se ter acordo sobre as normas e desacordo sobre os fatos. Portanto, a argumentação empírica é fundamental para ambos os tipos de discurso, de modo que nas duas situações é possível sempre transitar para a discussão teórica sobre as condições de aceitação dos fatos, o que caracteriza o uso do discurso empírico.

¹⁰² “*Lo juristas pueden ciertamente contribuir a la realización de la razón y de la justicia, pero esto, en el sector que ellos ocupan, no pueden realizarlo aisladamente. Ello presupone un orden social racional y justo*” (tradução livre). Habermas (1998, p. 231-232) entende que essa diferença entre o discurso jurídico e o discurso moral é de suma importância, pois o critério de validade no direito, tal como o próprio Alexy assume, para permitir a racionalidade moral do direito, dependeria do fato de as leis serem racionais no sentido da teoria do discurso prático moral. Como isso não ocorre, Habermas aceita a afirmação de Neumann de que o resultado da decisão jurídica é algo materialmente distinto do resultado de decisão baseada nas regras do discurso moral. Segundo o filósofo alemão: “Para evitar esta objeção, é necessário, como Dworkin, enfrentar a tarefa de reconstruir racionalmente o direito posto. Uma decisão jurídica individual pode ser correta apenas quando se ajusta a um sistema jurídico coerente”. (“*To avoid this objection, one must, like Dworkin, face the task of rationally reconstructing established law. An individual legal decision can be right only if fits into a coherent legal system*” – tradução livre.) É necessário ressaltar, no entanto, que Alexy busca enfrentar essa tarefa ao desenvolver a tese da relação conceitual necessária entre direito e moral, como visto no tópico 2.1.

Os cânones de argumentação jurídica vinculam a atividade de discussão, pois são opiniões já aceitas, dando estabilidade ao discurso. Assim, sua utilização leva ao uso de argumentos teleológicos, que nada mais são que uma forma de argumento consequencialista geral (bem como a forma de argumento jurídico especial do argumento ao absurdo).

Da mesma forma, a dogmática serve para dar estabilidade ao que é aceito em termos jurídicos, a partir de opiniões bem fundamentadas e compartilhadas sobre conceitos e institutos do direito. Ela se presta, assim, à institucionalização do próprio ordenamento jurídico, o que permite a estabilização, o progresso, o controle e a heurística, já que cumpre a exigência de consistência (respeito aos princípios da não contradição, universalização e inércia) e caráter diferenciado da decisão (por meio da exigência de admissibilidade e consideração de todos os argumentos), tal como desejado pelo discurso prático geral (ALEXY, 1997, p. 275-277).

A partir da exposição dos problemas e eixos centrais de discussão de Alexy, fica claro que o resultado que ele se propõe alcançar é recuperar a racionalidade sobre os discursos morais para o direito, tentando superar o relativismo pessimista deixado pelo positivismo normativista do começo e de meados do século XX, com o seu consequente decisionismo. A questão que fica é saber em que medida a recuperação da racionalidade do discurso moral realizada por Alexy, que tem seu principal ponto de apoio na possibilidade de juízos de ponderação, é capaz de superar ou mesmo compreender os limites da racionalidade jurídica indicadas por autores como Kelsen, Ross e Hart.

O presente trabalho direciona-se no sentido de dar resposta negativa à questão, pois o pensador do direito alemão não supera o que este estudo julga ser o principal argumento contra a sua tese: a crítica externa feita pelo positivismo jurídico. Conforme exposto no tópico 2.1, Alexy só consegue afastar as críticas positivistas na medida em que coloca como inválidas ou ilegítimas as formulações contra juízos morais no direito feitas a partir do enfoque do observador externo. No entanto, como já dito, o observador externo não é, necessariamente, alguém que não participa do jogo de linguagem do direito. Pode muito bem ser alguém que, por qualquer motivo, não concorde com a decisão. Assim, o critério de correção não pode ser apenas aquele advindo do participante que não se posiciona como observador.

Para ficar clara a discussão que se seguirá, é interessante fazer rápida recuperação dos pontos principais apresentados até agora sobre o pensamento do professor de

Kiel. Alexy busca, por meio da teoria da argumentação, mostrar que os juízos morais são racionais, bem como os processos de decisão judicial, mesmo com as limitações do discurso jurídico. Para tanto, estabelece normas básicas para a argumentação que garantem a participação de todos e a universalização dos critérios de discussão e dos seus resultados. Isso é essencial, pois a moral está relacionada à igualdade de condições para a participação nos processos que levarão à decisão e na liberdade de exposição de posições que os interessados julguem universalizáveis.

No caso do discurso jurídico, os seus elementos típicos (as normas válidas, o cânone de interpretação e a dogmática), ao mesmo tempo em que limitam a discussão, institucionalizam as condições para que haja condições pragmáticas para chegar à decisão. Assim, o discurso jurídico, com suas especificidades, realiza e se apoia nos princípios do discurso prático geral, sendo possível, portanto, o retorno de juízos morais na argumentação jurídica, sem que estes sejam tachados de impossíveis, parciais ou irracionais. Contudo, fica claro que Alexy, na linha da filosofia da linguagem do século XX, não está tratando moral como valor concreto, mas como forma de responder a problemas práticos normativos relacionados à questão do certo e errado e de como viver bem em sociedade (a questão da vida boa colocada por Ricoeur).

Apesar da aceitação, para o direito, da mudança de perspectiva da filosofia da moral do ponto de vista conteudista para a visão procedimental baseada na argumentação e, portanto, na lógica não formal, Alexy tem de se deparar com a possibilidade de choques de visões de mundo relativas justamente ao bom e ao justo. O direito não é formado apenas por regras (que se aplicam ou não se aplicam e não podem conviver em oposição no mesmo sistema jurídico, eliminando-se), mas também por princípios, normas de caráter ainda mais geral do que as regras, os quais só podem ganhar concretude em situações concretas de aplicabilidade, pois as condições de fato para a sua aplicabilidade não são de forma alguma claras (por exemplo, a proteção da dignidade humana e o direito geral de liberdade).

Os princípios têm a estrutura de valores a serem realizados nos casos concretos conforme o esperado pela sociedade ou pelo sistema jurídico. Isso quer dizer que eles são as diretivas de conteúdo moral que devem ser aplicadas *prima facie*. No entanto, como esses valores podem não ser bem fundamentados na sua exigência de aplicabilidade, pode ser o caso de eles necessitarem ser repensados ou mudados. O meio que garante a legitimidade dessa mudança são as regras do discurso prático geral (as regras do discurso jurídico pressupõem um sistema válido e estável a ser aplicado). Eles são aplicáveis *prima*

facie porque já têm a presunção de legitimidade sobre o certo e errado e sobre o viver bem de uma sociedade concreta, de forma que o ônus de convencer da mudança incumbe a quem a deseja (o princípio da inércia de Perelman citado por Alexy).

Porém, pode ocorrer também que esses valores entrem em conflito, de modo que só a argumentação, tal como proposta por Alexy na sua teoria da argumentação jurídica, não é suficiente para garantir a racionalidade da decisão. Justifica esse problema a constatação de que princípios/valores válidos e aceitos em abstrato na sociedade podem entrar em oposição quando precisam ser aplicados no caso concreto. Isto é, a mesma situação pode ser regida por mais de um princípio (o que, de acordo com o modelo de Alexy, não ocorre com as regras, pois elas se eliminam quando em contradição). Torna-se premente, nessas situações (que são corriqueiras no mundo do direito), tomar decisão que seja justificável racionalmente, e não fruto da mera subjetividade do julgador.

É nesse ponto que fica clara a imprescindibilidade do princípio da proporcionalidade. Os princípios não se eliminam, pois possuem um grau de generalidade tão alto que isso mantém a possibilidade de harmonia entre eles em abstrato. Mas, nos casos concretos, sofrem restrições de aplicabilidade, pois não são absolutos (Alexy admite sem qualquer problema que não existem valores absolutos). Essas restrições podem ser de fato (não há como um princípio ser aplicado se ele é desnecessário ou se o meio para a sua realização causa dano ou algum tipo de ônus desnecessário para atingi-lo como fim) ou normativas (outros princípios concorrem com ele como possibilidade de regulação do caso concreto). No último caso, é preciso estabelecer a carga de argumentação que leva à decisão, circunstância da chamada proporcionalidade em sentido estrito.

Como se vê, o princípio da proporcionalidade não estabelece exatamente a ponderação de valores, mas de argumentos que direcionam a decisão para um ou outro lado dos valores em jogo, que, em si mesmos, têm, por assim dizer, o mesmo peso (Alexy recusa-se a aceitar uma ordem objetiva de valores, como visto). Isso quer dizer que não se trata de discussão sobre valores que preponderam sobre outros, mas de valores que, quando ganham força normativa em razão de decisões políticas válidas, regulam determinada situação concreta enquanto outros, também válidos porque frutos de decisão legítima, são afastados no caso.

Desse modo é possível dizer, com Alexy, que há ligação entre o direito e a moral. A argumentação jurídica, como caso especial da argumentação prática geral, permite a discussão racional sobre a aplicabilidade de valores. Quando não é possível estabelecer com

clareza qual valor determina a regra singular a ser aplicada no caso concreto, a fórmula da ponderação mostra como se deve levar a cabo o processo argumentativo que vai privilegiar, para a situação singular de controvérsia, o conjunto de valores a prevalecer sobre outro, sem que isso queira dizer que tais valores são mais importantes ou superiores a outros, mas apenas que, no caso, são mais justificáveis argumentativamente.

Nesse sentido, o controle por meio da argumentação prática geral permite identificar o que deve necessariamente ser aceito no processo argumentativo e o que não pode, de forma alguma, ser aceito. Isso afasta proposições morais absurdas, o que é o principal meio de identificar a extrema injustiça, conforme as condições pragmáticas de argumentação da sociedade concreta. Além disso, o respeito às regras gerais do discurso racional prático e aos mecanismos institucionalizados do direito são, seguindo a teoria de Alexy, a melhor garantia da pretensão de correção nos procedimentos de decisão jurídica. A teoria da argumentação fundamenta, portanto, o recurso à extrema injustiça e à pretensão de correção como os elementos de ligação necessária entre direito e moral a partir do ponto de vista interno do direito (a visão do participante do jogo de linguagem do direito).

As críticas à ligação entre direito e moral tendo como posição privilegiada só a do participante já foram feitas no tópico 2.1. Cumpre agora entender por que mesmo o modelo da argumentação jurídica de Alexy não é capaz de superar os limites apontados pelo positivismo jurídico do século XX e por que a escolha do ponto de vista interno como modo de fundamentar a relação necessária entre direito e moral é arbitrária mesmo sob o fundamento da teoria da argumentação moral.

3 Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: o princípio da proporcionalidade ainda como critério normativista

A discussão do capítulo precedente mostra as linhas mestras de teoria da proporcionalidade como elemento de controle da racionalidade argumentativa no direito. Com esse modelo, pretende-se recuperar a importância do discurso moral e sua relação necessária com o universo jurídico, de modo a mostrar que os discursos morais são racionais e não irracionais, como colocado pelos positivistas. Para tanto, o modelo de direito proposto pela teoria da proporcionalidade privilegia o aspecto interno do direito, ou seja, aquele do participante, e tenta mostrar que, sem essa perspectiva, é impossível compreender o fenômeno jurídico, sendo impossível descrevê-lo com propriedade. Nessa perspectiva interna, sempre aparecem a forma argumentativa da extrema injustiça e da pretensão de correção.

É de considerar, contudo, que o ponto de partida da chamada crítica pós-positivista é o reconhecimento da impossibilidade de fundamentação de valores absolutos. Não há dúvida sobre a correção dessa constatação dos positivistas jurídicos. Ao mesmo tempo em que se reconhece que os valores são relativos, não se pode deixar de ter em mente que eles regulam as nossas ações, gerando normas, que podem muito bem pertencer ao mundo do direito, desde que cumpram os seus critérios de validade. O procedimento da teoria da argumentação traça a maneira que se pode chegar a decisões racionais sobre a afirmação desses valores e ressalta que a ética do discurso permite a mudança das decisões a qualquer momento. Assim, racionalidade não é sinônimo de rigidez absoluta, mas de correção, no sentido de justiça e de observância dos procedimentos argumentativos, como visto acima.

Diante disso, é fato incontroverso que valores, como conteúdos axiológicos, são relativos, não existindo meio de afirmar um sobre o outro, mas apenas de controlá-los em sua racionalidade de inserção e aceitação na vida social ou nos processos de decisão. A ética do discurso não lida com conteúdos éticos (aquilo que é compartilhado por uma sociedade concreta), mas com normas morais universais – normas que viabilizam quais valores podem conviver em conjunto e como controlar as decisões sobre eles (HABERMAS, 1998).

Entretanto, nada disso é absolutamente incompatível com as afirmações e constatações de Kelsen Hart e Ross. Inclusive, como já indicado, Kelsen chega a extrair a democracia como consequência pragmaticamente necessária do relativismo.

O ponto controverso está justamente na já repetida diferença entre ponto de vista interno e externo do direito. Do ponto de vista interno, há a necessidade e a vontade de buscar a correção, no sentido de produzir uma decisão socialmente aceitável e correta do ponto de vista das normas válidas do ordenamento. Do ponto de vista externo, o que se pode fazer é ver em que medida a decisão não é necessária logicamente, quais as possibilidades que foram deixadas de fora e, então, deixar claro que a decisão tomada é fruto de uma escolha que, ao fim, não pode ser totalmente fundamentada racionalmente.

Essa última constatação é admitida pelo próprio professor de Kiel, quando afirma que, como as regras do discurso só podem se realizar aproximadamente e como elas estabelecem o que é discursivamente necessário e discursivamente impossível, sobra espaço muito amplo para a tomada de decisão que precisa ser fundamentada. Não é impossível que, seguindo-se o modelo discursivo da racionalidade prática, possa-se sustentar racionalmente duas normas opostas que regeriam a mesma situação. A teoria da argumentação não oferece a inferência segura da decisão, mas critérios para o controle da sua racionalidade, o que implica que não estabelece o conteúdo da decisão, mas as razões de sua incorreção e em que pode ser criticada (ALEXY, 1997, p. 273, 280 e 317).

Reconhecer que a teoria da argumentação não pode definir o conteúdo da decisão e que tanto a argumentação prática geral quanto a argumentação jurídica especificamente podem levar a conteúdos normativos opostos entre si é reconhecer que há margem que não pode ser controlada no momento de decidir; que há escolha que não pode ser fundamentada racionalmente de modo que essas razões superem as razões opostas, e que, portanto, há margem de discricionariedade para o juiz agir. Em outros termos, há espaço para a dimensão do político no que se refere à decisão judicial. Esse espaço precisa ser explicitado para ser ressaltada a sua importância, o que só pode ser feito a partir das razões que levaram os positivistas a sustentarem o relativismo, mas não a irracionalidade ou a arbitrariedade.

Dentro desse contexto, é importante ver que o relativismo faz parte do modelo teórico descritivo (pragmaticamente, não haveria como negá-lo), típico de quem adota o ponto de vista externo do direito, mas isso não quer dizer que o positivismo jurídico defenda o “vale tudo” como atribuição de competência ao julgador ou a qualquer órgão decisor, o que seria consequência natural se a defesa do relativismo viesse da visão interna do direito. Além disso, é importante indicar que o modelo de Alexy não consegue vencer a separação radical entre direito e moral estabelecida pelo positivismo, porque não supera a perspectiva normativista do direito. Sua teoria toma o direito como o conjunto de normas (regras e

princípios) que devem ser aplicados e, como não se pode simplesmente inferir do sistema uma resposta única, é necessário recorrer à argumentação caso as normas dadas sejam realmente compreendidas pelos sujeitos do direito como vinculantes. Assim, em última análise, o que Alexy faz é demonstrar que, por mais que a atividade jurídica não seja irracional e que seja necessário buscar um modelo de legitimação da decisão que mantenha a normatividade e a legitimidade do sistema jurídico, também do ponto de vista interno não há como chegar a uma única resposta correta. Essas afirmações precisam ser desenvolvidas e é o que será feito a seguir.

3.1 Epistemologia positivista e o reconhecimento dos limites da razão

É claramente perceptível que a discussão do pós-positivismo proposto no modelo da teoria da proporcionalidade, bem como as questões levantadas pela filosofia da linguagem no que tange à razão prática e às normas sobre o agir estão vinculadas ao problema apontado pelo positivismo jurídico do relativismo moral. Esse problema é resultado da chamada virada linguística na filosofia, que ocorre no final do século XIX com a mudança de foco das questões sobre a axiologia e a ontologia, que procuravam lidar com a essência necessária das coisas e dos valores, para a questão de como controlar a verdade das afirmações científicas e as possibilidades do conhecimento, ou seja, problemas filosóficos ligados à epistemologia.

A questão está na percepção de falta de possibilidade de comprovação e controle das afirmações metafísicas (o conhecimento *a priori* de modo geral, na linguagem de Kant) e no entusiasmo com os avanços e com as descobertas científicas, calcadas na ideia de controle metodológico e de descrição da realidade empírica (composta pelo conjunto de fatos que, crê-se, é independente da existência dos sujeitos).

O papel da linguagem aparece claramente quando se percebe que a descrição do mundo depende do uso da linguagem e o mau emprego dela gera confusões sobre a realidade e, portanto, sobre a verdade da descrição. Para que isso não ocorra, é necessário adotar linguagem rigorosa e unívoca compartilhada por todos os interessados no ramo do conhecimento e explicitar as condições da derivação de afirmações gerais para afirmações simples e vice-versa. Como a melhor maneira de alcançar a linguagem unívoca e compartilhada é o uso da linguagem formal, o modelo bem sucedido da matemática torna-se a

melhor referência. Com isso o ramo da filosofia que ganha maior destaque é a lógica formal ou simbólica.

Uma das abordagens mais importantes que desencadeiam a discussão sobre a relação entre linguagem e realidade é a proposta por Gotlob Frege em texto de 1892 sobre a relação entre o sentido do signo e a sua referência (FREGE, 1978). Frege diferencia sentido, referência e representação: o sentido é o que permite a compreensão do signo ou da sentença, ou seja, que a linguagem seja compartilhada; a representação é a maneira como cada um percebe algo, o que está no espectro da sua subjetividade e, em princípio, não pode ser compartilhada; a referência já é o objeto externo a que a linguagem se direciona, aquilo que o signo com sentido representa ou o valor de verdade da sentença.

Para Frege, o signo com referência exerce a função de nome próprio. Só por isso o signo linguístico pode ter sentido sem ter referência. Isso ocorre porque na forma designativa de usar a linguagem o signo representa um objeto. Assim, ele se torna apreensível e remete a um sentido. Já a sentença tem o seu sentido no pensamento. O pensamento não é o que pertence à esfera da subjetividade individual, mas ao que pode ser transmitido de forma compreensível aos outros. Quando o pensamento traz informação real sobre o mundo, ele pode ser verdadeiro ou falso. Por isso, a referência do pensamento é o seu valor de verdade.

Acontece que a linguagem é mais complexa do que a simples função de afirmar algo sobre o mundo. As sentenças podem expressar ideias parciais em coordenação com outras ideias parciais (sentenças coordenativas, substantivas, adjetivas etc.). Quando isso ocorre, a referência da sentença é a função lógica que ela pode ter. Assim, no uso do discurso indireto, a referência é o sentido daquilo que foi enunciado por outrem. No uso imperativo, a referência é o pedido feito ou a ordem dada. Também existem sentenças subordinadas que expressam apenas parte de pensamentos, de modo que a referência como valor de verdade depende do sentido completo. As referências dessas orações é aquilo que elas indicam como funções, as relações de tempo, lugar, instante, que, para a lógica, são objetos e as sentenças que a essas funções se referem operam também como nomes próprios.

As constatações de Frege sobre o sentido do signo ou da sentença e suas referências levam à importância da análise da linguagem para a filosofia¹⁰³, mostrando como os diversos usos da linguagem podem gerar mal entendidos sobre a descrição e apreensão da realidade. Para que isso não ocorra, é essencial que a ciência, ramo do conhecimento que lida

¹⁰³ Mesmo que Frege não pretendesse ser filósofo da linguagem ou reduzir a filosofia ao estudo da linguagem (D'AGOSTINI, 2002).

com a realidade, tenha uma linguagem a mais pura e controlada possível, de modo que suas proposições simples – que não lidam com as funções figuradas da linguagem, mas que pretendem descrever o mundo de forma rigorosa – possam sempre ter o valor de verdade como referência e os signos por ela utilizados devem sempre ter um único sentido e uma única referência. Para isso, é necessária a utilização de linguagem livre dos defeitos da linguagem natural, uma linguagem, portanto, formalizada.

Seguindo essas colocações, Frege chega à conclusão de que a verdade é a correspondência entre a imagem e o objeto que ela representa (FREGE, 2002). Essa correspondência é o sentido da imagem e o objeto (no sentido lógico) quando a sentença afirma algo (é assertiva). Frege exclui, por exemplo, as sentenças imperativas como passíveis de suscitar a questão da verdade. Assim, a verdade é a relação da sentença com o que ela afirma. Portanto, a sentença assertiva com sentido é o que Frege chama de pensamento. Na mesma linha da discussão acima, o pensamento é o que pode ser compartilhado como informação sobre o mundo apreensível por todos, mas é apenas o conteúdo informativo. Conteúdos que sirvam como meras indicações de situações ou algum tipo de estímulo aos sentimentos não pertencem ao pensamento (no sentido que Frege usa a palavra), pois não possuem conteúdo de verdade. Portanto, pensamento é só o que pode ser verdadeiro ou falso e, por isso, pode ser compreendido como informação sobre o mundo.

No entanto, duas sentenças que falem sobre a mesma matéria podem não ter o mesmo pensamento. Assim, duas pessoas que usem o nome próprio para dar algum tipo de informação sobre alguém, mas que não saibam que o nome pertence ao mesmo indivíduo, asserem a mesma coisa, mas têm pensamentos diferentes pelo fato de não saberem que se referem ao mesmo objeto. Isso quer dizer que o pensamento é algo que está fora da mera subjetividade humana (o que Frege chama de ideia e que exerce a mesma função de “representação” tal como explicado acima), mas que não se confunde com o mundo exterior. Assim, o pensamento é o que faz a conexão do conhecimento que pode ser verdadeiro com o mundo. É o que mais adiante será chamado pelos lógicos de conteúdo proposicional: o conteúdo que pode ser apreendido por qualquer um a qualquer momento e que, em relação com a realidade, pode ser verdadeiro ou falso.

A purificação da linguagem torna-se fundamental para a filosofia da ciência e a crítica do mau uso da linguagem e os problemas de compreensão e de enganos sobre a realidade que ela gera transformam-se no foco principal da nova forma de filosofia que

passou a reivindicar ser a única legítima: a filosofia analítica¹⁰⁴. Acresça-se a isso a discussão sobre a apreensão cognitiva da realidade e a separação entre mundo exterior disponível para o conhecimento científico (que busca sempre a verdade dos fatos, cabendo à lógica estabelecer as condições para que o pensamento enuncie essa verdade) do mundo interior, o mundo da subjetividade que não pode ser apreendido como verdadeiro ou falso, pois pertence a cada sujeito singular. Nesse sentido, Frege inspira, com seus estudos de lógica, a virada linguística da filosofia promovida por autores como Wittgenstein e os participantes do Círculo de Viena, que ficaram conhecidos como neopositivistas lógicos¹⁰⁵.

Wittgenstein, na obra *Tractatus Logico-Philosophicus* (1994), leva as investigações lógicas de Frege ao extremo e busca resolver todos os problemas da filosofia estabelecendo as condições de sentido de acordo com os limites da lógica. Wittgenstein posiciona-se como o ponto de virada da tradição crítica moderna (no sentido de perguntar sobre o que é possível conhecer – o essencial, o necessário, a totalidade etc. – para além daquilo que as ciências empíricas são capazes de descrever) para a lógica como crítica da linguagem (quais as condições do pensar corretamente e o que pode ser afirmado como verdadeiro dentro dos limites do que é legítimo tentar conhecer). Isso significa que Wittgenstein lida com os limites do que tradicionalmente foi a proposta de conhecimento por parte da metafísica. A tarefa que o filósofo austríaco se propõe é tratar das condições do conhecimento não pelos limites da capacidade cognitiva dependente da subjetividade humana, mas de acordo com o que é possível enunciar, quer dizer, de acordo com o que se pode traçar como essência da proposição (SANTOS, L. H. L., 1994). A crítica da metafísica não se dá mais por meio da discussão sobre os limites do aparelho cognitivo humano, mas por meio da lógica da linguagem.

Tendo a lógica como ponto de partida, Wittgenstein procura traçar a relação das possibilidades do pensar com as possibilidades do enunciar, buscando indicar a forma lógica que as proposições devem ter para fazerem a relação com o mundo. Se a linguagem é capaz de se referir ao mundo, é porque ela possui a mesma estrutura que ele: o que a linguagem é capaz de representar é aquilo que tem a possibilidade de acontecer. Portanto, a linguagem, por sua estrutura lógica, dá conta do que pode ou não pode acontecer. Diante disso, uma proposição tem sua condição de significabilidade por ser bipolar, ou seja, por

¹⁰⁴ Em alguns círculos, a filosofia analítica passou a ser vista como a única forma de fazer filosofia (D'AGOSTINI, 2002).

¹⁰⁵ Apesar de preferirem ser chamados de empiristas lógicos, para evitar confusões com o positivismo do século XIX (CARNAP, 1935).

poder ser sempre verdadeira ou falsa. Isso quer dizer que a linguagem lida com as possibilidades e, portanto, como ela tem a mesma estrutura lógica do mundo, este é formado pelos fatos possíveis, aqueles que ocorrem e aqueles que não ocorrem (fatos negativos no *Tractatus*), mas são possíveis e, por isso, apreensíveis pelo pensamento, que, por sua vez, é também forma de representação proposicional.

Essas considerações levam à compreensão de como Wittgenstein, na sua primeira fase, entende a relação entre mundo e linguagem: esta é o meio universal pelo qual é possível se referir àquele. O mundo, por sua vez, por ser a soma de todos os fatos possíveis, movimenta-se no que o *Tractatus* chama de espaço lógico. Tudo o que pode ocorrer se dá dentro desse espaço lógico de possibilidades, e, por consequência, tudo o que se pode pensar. O mundo, então, é formado pela possibilidade de combinação de objetos que formam fatos. Quando a linguagem se refere a esses fatos, isso se dá por meio de proposições, que podem ser verdadeiras (se referem a fatos que ocorrem) ou falsas (se referem a fatos que não ocorrem, mas que são possíveis).

Assim, o conjunto das proposições verdadeiras é a realidade e o conjunto de todas as proposições possíveis é o mundo. Se este é o conjunto de possibilidades lógicas de combinação de objetos que formam fatos, então duas possibilidades podem ser tiradas daí. A primeira é que os limites da linguagem são os limites do mundo, de modo que não é possível sair da linguagem para vê-la de fora e conhecer o mundo *a priori*. Apenas a lógica é *a priori*, pois ela *mostra*, por meio da capacidade de análise da linguagem, as condições de combinação de signos que se referem aos objetos lógicos, ou seja, as condições da sintaxe lógica da linguagem. Não é possível conhecer *a priori* as condições da lógica, apenas apreendê-la por meio dos instrumentos da análise da linguagem que a própria lógica propicia. Dessas considerações Wittgenstein tira a conclusão de que o mundo independe da vontade. O mundo é aquilo que é o caso (como diz o primeiro aforismo do *Tractatus*), as possibilidades de combinação lógica dos objetos existem e permanecem independentemente do sujeito.

A segunda é que, como o mundo não depende da vontade, como o sujeito wittgensteiniano não está no mundo, “algo pode ser o caso ou não ser o caso e tudo o mais permanecer na mesma” (aforismo 1.21). Nada do que acontece no mundo é necessário, tudo poderia ser de outra forma conforme as condições de relações que cada objeto já possui em si. A única coisa necessária que pode ser apreendida é a lógica, e mesmo assim só por meio da análise lógica que apenas mostra, na sua estrutura, a estrutura do mundo. Todos os outros temas característicos da filosofia são condenados por Wittgenstein, pois criam

pseudoproposições. Isso acontece porque temas da filosofia como a ontologia e a ética tratam do que é necessário no mundo, daquilo que não pode ser falso e que não pode ser de outro modo. A essência e o valor são absolutos e, portanto, não estão no mundo, pertencem ao sujeito cognoscente, que, nesse sentido, é transcendente, pois também não está no mundo, visto ser a ligação do mundo com o pensamento. Assim sendo, o que é necessário não pode ser apreendido pela linguagem.

Esta a razão pela qual a ética é condenada, no modelo da lógica do *Tractatus*, a estar sujeita a dizer apenas contrassensos, pois a linguagem não pode abarcar o que é necessário, o que não pode ser de outro modo; sua estrutura lógica é a mesma do mundo e o mundo é regido pela casualidade. O valor, como objeto clássico da filosofia, é algo que não pode ser de outro modo, algo que é ou não é valioso, que sempre precisa estar presente e, obviamente, não pode estar no mundo. Quando se afirma algo sobre o mundo, a proposição parece tratar de fato, mas, como o valor não pode estar no mundo porque é algo que não pode ser diferente, a proposição sobre o valor é vazia de sentido, pois não traz em si as suas condições de verdade, já que nunca pode ser falsa. Se não pode ser falsa, é porque não está no mundo (o conjunto dos fatos positivos e negativos), então a asserção traz consigo uma pseudoproposição, que não representa nada. Assim, perfeitamente compreensível o último aforismo do único livro publicado em vida por Wittgenstein: “Sobre aquilo que não se pode falar, deve-se calar”.

O silêncio wittgensteiniano sobre o que o filósofo vienense chama de *místico* é repetido alguns anos depois em sua “Conferência sobre a ética”, pronunciada entre o fim de 1929 e meados de 1930. Nessa conferência, Wittgenstein argumenta que o valor absoluto é, por definição, necessário. Porém, se um ser onisciente escrevesse um livro *descrevendo* o mundo, esse livro conteria apenas fatos e nenhum deles, por mais que o leitor julgasse esplêndido ou horrível, seria melhor ou pior que outro. Isso indica que o valor está no sujeito e que ambos estão, portanto, fora do mundo. Não há necessidade ética no mundo, reafirma Wittgenstein. Caso contrário, todas as pessoas agiriam da maneira ética como necessidade lógica e haveria apenas uma maneira de agir. Mas não é o que ocorre. O discurso ético é, sem dúvida, um discurso contra as barreiras da linguagem. Mas, como disse Wittgenstein no dia 30 de dezembro de 1929, anotado por Friedrich Waismann (1973) na casa de Moritz Schlick, a tendência de forçar contra as barreiras da linguagem aponta para algo. Esse algo é o que aparece no *Tractatus* como o *místico*, pertencente ao reino do inefável. Estava aberta a porta para a condenação da metafísica e para a declaração de insensatez da

ética como estudo dos valores absolutos. Também se consolidava a reviravolta linguística na filosofia, que é mais que um novo campo de estudo, visto que transforma a linguagem no meio de compreensão do que é filosofar (OLIVEIRA, 2001).

As discussões das teorias da lógica de Frege e Wittgenstein levam a novas percepções que influenciam todas as maneiras de perceber as possibilidades do conhecimento. A tese da representatividade do mundo pela linguagem transforma-se na melhor imagem para reproduzir o conhecimento científico. Se a metafísica está condenada, só restam a lógica, como estudo das maneiras de explicitar as inferências válidas, a sintaxe da linguagem e a semântica (as condições de referência ao mundo), além da ciência, única forma de conhecimento legítimo sobre a realidade. A relação entre sentido e referência, colocada por Frege, e as condições de a sentença figurar o mundo entendido como conjunto de fatos dentro do espaço lógico, tal como proposto por Wittgenstein, acabam por se reduzir às condições da relação da linguagem que afirma algo sobre o mundo e os fatos pertencentes ao mundo empírico.

Esse privilégio do empírico como fonte de conhecimento fica muito claro no movimento filosófico chamado de neopositivismo lógico, nascido na Áustria em meio ao grupo de lógicos, matemáticos e cientistas que ficou conhecido como Círculo de Viena, grupo que contou, entre outras personalidades ilustres da época, com Moritz Schlick, Rudolf Carnap e Otto Neurath. Schlick, por exemplo, adota a concepção de Wittgenstein de que não existem propriamente problemas filosóficos, de modo que eles devem ser dissolvidos pela lógica da linguagem. Mas, posicionando-se pela primazia do empírico, entende que a pesquisa filosófica não precede a científica: antes a segue ou acompanha (GEYMONAT, 1974).

Schlick mostra-se tão impressionado com as funções de esclarecimento da lógica para a linguagem científica que anuncia que a filosofia teria sofrido verdadeira reviravolta (SCHLICK, 1972), seria o fim do modelo filosófico baseado em grandes sistemas para a filosofia vinculada à lógica da linguagem para a dissolução de falsos problemas filosóficos, viabilizando a clareza das afirmações e descobertas científicas. O líder da primeira fase do Círculo de Viena adota a concepção de Wittgenstein segundo a qual o que permite a relação do mundo com o sujeito cognoscente é a existência da forma lógica comum da linguagem, que pode ser explicitada e compartilhada.

Seguindo nessa linha de ideias, Schlick entende que a filosofia da consciência perde seu lugar para a filosofia de análise lógica da linguagem, em que se estudam as possibilidades de construção de asserções que cabem na linguagem. Em outros

termos, o que pode ser conhecido é o que pode ser expresso por meio da linguagem, o que quer dizer que não há perguntas insolúveis na filosofia, apenas perguntas mal colocadas, que, apesar de poderem respeitar a forma gramatical de uma língua qualquer, violam as condições de significabilidade da linguagem como estrutura lógica compartilhada. Aí entra o papel da análise da linguagem: desfazer os mal-entendidos que a linguagem comum gera para o conhecimento por meio da explicitação da forma lógica da linguagem. A gramática não equivale à lógica.

A aceitação do modelo lógico de Wittgenstein leva Schlick a entender que o conhecimento se dá pela possibilidade de verificação empírica das proposições sobre o mundo e que, portanto, não existe nenhum conhecimento que esteja fora do alcance da ciência. A filosofia (no modelo tradicional dos sistemas metafísicos), então, não é ciência e suas proposições não possuem conteúdo empírico, o que quer dizer que não possuem qualquer informação sobre o mundo. Eliminado o conhecimento metafísico (e com ele se vão a ontologia e a ética), a reviravolta da filosofia anunciada é a transformação da filosofia em atividade de esclarecimento do uso significativo da linguagem, com a função de desfazer o mau uso da linguagem para que o conhecimento do mundo realizado pela ciência flua sem entraves que não sejam as próprias dificuldades advindas de realidade empírica. “Da filosofia as proposições vêm explicadas, da ciência vêm verificadas”¹⁰⁶ (SCHLICK, 1972, p. 31). Isso não quer dizer que, para Schlick, a filosofia cumpre papel menor, mas que sua atividade de explicação e esclarecimento dos significados é essencial para todo o sucesso da atividade científica.

A falha anterior da filosofia era acreditar que seria um sistema de proposições. Mas, se assim fosse, não haveria fim para a atividade do conhecimento, pois uma asserção só poderia ser explicada por meio de outra, palavras só poderia ser explicadas por meio de palavras, e o conhecimento dependeria de regressão ao infinito. Schlick acredita que a explicação última da asserção é a atividade de apontar, a ostensão, a indicação daquilo a que a palavra se refere. A filosofia deveria, segundo ele, realizar atividade parecida, a de indicar os limites de significação da linguagem e quando esta está sendo usada sem referência, e, por isso, sem sentido. A filosofia não pode dar conta da essência que está fora do mundo, não pode dizer o indizível por meio de proposições. A essência tem a ver com a qualidade e esta só se mostra na experiência, nada tendo a ver com o conhecimento.

A concepção da filosofia como atividade de esclarecimento lógico e a

¹⁰⁶ “*Dalla filosofia le proposizione vengono esplicate, e dalla scienza vengono verificate*” – tradução livre.

condenação de “sem sentido” de todas as proposições que pretendam falar sobre a realidade fora das condições empíricas de verificação torna-se um dos pontos centrais do neopositivismo lógico desenvolvido pelos representantes do Círculo de Viena. Carnap (1935), em texto de exposição dos problemas centrais tratados pelo Círculo de Viena, explica e desenvolve os posicionamentos de Schlick acima indicados. Assumindo a redução da filosofia à lógica, Carnap considera que a epistemologia é parte da análise lógica que cabe à filosofia proceder, trançando as condições para o conhecimento verdadeiro. Desse modo, a epistemologia está ligada ao estudo das condições de verificabilidade da proposição.

Diante da aceitação da filosofia como atividade de esclarecimento lógico da linguagem, o conhecimento reduz-se ao que é empírico e, mais uma vez, o foco do significado está nas condições sintáticas da asserção para que ela seja verdadeira ou falsa. Quer isso dizer que o sentido da proposição é dado pelas condições de sua verificação, que pode ocorrer de maneira direta (proposições simples que se referem a fato imediato da realidade) ou indireta (a verificação se dá a partir das condições de derivação da proposição de outras já tomadas como verificadas).

A rejeição da metafísica ocorre, destarte, porque suas proposições, ao pretenderem buscar significado mais profundo do conhecimento não atingível por meios sensíveis, produzem proposições que não podem ser verificadas e, assim sendo, não permitem que outras proposições com conhecimento sobre o mundo ou experiências futuras sejam derivadas. São proposições sem sentido, porque, por mais que a gramática permita formá-las, empiricamente nada dizem a respeito da realidade, funcionando como tautologias. A análise lógica das proposições permite identificar esse tipo de falha e livrar o conhecimento científico de pseudoproposições.

Essas observações também valem para a ética. Como estudo dos valores necessários, suas proposições não têm qualquer valor teórico, apenas afirmam atos de vontade. Estes, sim, podem ser estudados empiricamente, seja pela psicologia, seja pela filosofia. Mas o valor, expressado como proposição, não diz nada sobre o mundo. Dizer que matar é ruim não é outra coisa senão expressar a vontade de que não se deve matar. Tal expressão da vontade constitui, na verdade, um imperativo (“não mate”) que nada diz sobre o mundo, apenas deseja estimular determinada conduta. Uma expressão desse tipo não é proposição, pois não pode ser verdadeira ou falsa. A ética, assim, pertence à metafísica, pois de suas proposições não se pode prever nenhum evento futuro no mundo dos fatos. Não é, nesse sentido, verificável. Os pseudoproblemas filosóficos trazidos pela filosofia da moral

podem ser desfeitos pela análise lógica da linguagem.

As proposições da metafísica são consideradas sem sentido, portanto, porque não expressam qualquer conhecimento sobre o mundo. Isso não quer dizer que não sejam compreensíveis. As proposições metafísicas expressam algo, por exemplo, estados de ânimo. Funcionam, assim, como a arte e a poesia, que pretendem expressar sentimentos e induzir que o público sinta algo semelhante. Mas a arte e a poesia não pretendem dizer nada sobre o mundo, elas apenas *expressam* algo. Isso é diferente de *representar* ou *asserir* algo sobre o mundo. Em outras palavras, a poesia não trata do mundo, mas de exprimir sentimentos. E ela não pretende ter conteúdo teórico sobre o mundo e, portanto, as afirmações da poesia não precisam ser verificáveis. O conteúdo das afirmações da metafísica possui a mesma função daquelas provindas da poesia, o que, em si mesmo, não é defeito algum. O problema da metafísica é que ela pretende ter função informativa, falar sobre a verdadeira essência do mundo não apreensível pelos sentidos. É por essa pretensão que a metafísica é rejeitada na filosofia do Círculo de Viena. Os integrantes desse grupo entendem que só possuem sentido teórico (conteúdo informativo sobre o mundo) as proposições verificáveis e que possibilitam a derivação de proposições que preveem efeitos futuros também verificáveis.

As sentenças da filosofia só podem ser, então, sentenças da lógica, que têm por função estabelecer, como já dito, as condições de derivação entre proposições, bem como esclarecer as regras de possibilidades de combinação dos signos para que eles se tornem significativos, ou seja, as regras de produção e combinação interna da linguagem. Isso torna a linguagem possível antes da sua relação concreta com o mundo e mostra que a relação é possível. É o que se chamou de sintaxe lógica da linguagem. As confusões que a falta de diferenciação entre o uso comum da linguagem e a sua verdadeira forma lógica causam podem ser dissipadas pela sintaxe lógica. Carnap chama a maneira comum de usar a linguagem de “modo material do discurso” (*material mode of speech*) e o uso da estrutura dada pela sintaxe lógica de “modo formal do discurso” (*formal mode of speech*).

O modo material refere-se ao mundo, mas pode dar a entender que há algo oculto que está além da realidade empírica. O modo formal explicita qual a real estrutura da sentença assertiva e a que ela se refere de fato. Isso é essencial para diferenciar sentenças enganadoras. O exemplo mais claro de Carnap é com relação a expressões que designam qualidades de uma rosa: “A rosa é vermelha” é uma sentença que designa uma qualidade do objeto designado pela palavra “rosa”, mas dizer “a rosa é uma coisa”, apesar de ter a mesma estrutura gramatical da sentença anterior, não dá uma qualidade real da rosa. Ser uma coisa

não é qualidade. O modo de dizer é enganador e faz parecer que há algo além no “ser uma rosa”. Esse é o problema do modo material do discurso, ele leva a incompreensões que podem dar margem a pseudoproblemas filosóficos, como se, no caso, a rosa tivesse essência não captável por meios sensíveis. No entanto, a expressão “a rosa é uma coisa”, transformada para o modo formal do discurso, seria algo do tipo “a palavra ‘rosa’ é uma palavra que designa um objeto”¹⁰⁷. Isso quer dizer que não há nenhuma essência oculta, mas apenas que na sentença “a rosa é uma coisa” está-se referindo à função de substantivo de “rosa”, de ser um signo que designa um objeto, mas de modo enganador.

Pode-se dizer, diante de tudo isso, que a filosofia, como análise lógica da linguagem, lida apenas com a sintaxe, ou seja, com a forma que a linguagem é usada e controlada, enquanto a ciência lida com o que é empírico, e deve usar a linguagem livre dos elementos metafísicos que a lógica é capaz de indicar. Disso decorre que o sistema científico é baseado no sistema linguístico que permite a sua descrição do mundo. O controle lógico permite rigor conceitual, ou seja, uso preciso, claro e sem ambiguidade dos signos e regras de derivação de sentenças analíticas, quer dizer, sentenças cujo critério de correção depende apenas das regras de derivação de sentenças que são o marco zero da linguagem utilizada. A ciência precisa lidar com as afirmações de conteúdo semântico, quer dizer, aquelas que são sintéticas e, portanto, o conteúdo não é determinado pelas regras de formação e derivação da linguagem (mas não podem violar tais regras).

Eliminada a metafísica e todos os seus campos de pretensão conhecimento, tudo o que resta é o mundo físico, só ele pode ser objeto de conhecimento real, o que se dá por meio da linguagem. Mas a questão da verdade não deixa de ser problemática apenas por causa do recurso ao empirismo. Aliás, a grande novidade da filosofia, sua redução à linguagem por meio da lógica, torna-se a maior fonte de dificuldades sobre a ideia de verdade. Schlick vê nas leis gerais das ciências regras para o uso da linguagem científica, ou seja, regras para a transformação da linguagem (GEYMONAT, 1974). Já Carnap, no primeiro momento, entende essas leis como expressões com conteúdo proposicional que pode ser verificado. Isso se dá pela derivação de proposições singulares que poderiam ser diretamente verificadas (CARNAP, 1935 e SANTOS, L. H. L., 1988). Mas, como a proposição simples pode ter as mais diversas formas de verificação, a proposição nunca pode ser considerada completamente verificada, o que quer dizer que uma lei da natureza também não pode. As duas posturas podem levar (e o desenvolvimento das discussões da lógica de fato levou) à

¹⁰⁷ Carnap usa a expressão *thing-word* (CARNAP, 1935, p. 62).

perda do critério de verificação como garantia da verdade. Para Schlick, as leis da natureza, em si, não são verdadeiras ou falsas, mas regras para adequação da descrição dos fatos. Já Carnap defende que a própria verificabilidade mostra a presença da incerteza. Toda essa problemática fica clara na discussão entre Schlick, Carnap e Neurath (outro destacado participante do Círculo de Viena) sobre a questão dos enunciados protocolares.

Em ensaio escrito originalmente em 1934, Schlick (1988a) procura manter a observação como o critério último de certeza da ciência e, portanto, de todo o conhecimento. Diante da disputa dos neopositivistas sobre o *status* das proposições, esse autor alemão tenta diferenciar proposições fatuais de proposições de observação, no intuito de afastar o relativismo epistemológico¹⁰⁸: as primeiras seriam as sentenças que se referem a fatos, sobre as quais se funda o edifício teórico do conhecimento científico; as segundas seriam o conteúdo da percepção direta dos fatos, mas que, ao serem enunciadas em formas linguísticas, são transformadas em sentenças fatuais, que podem ser verdadeiras ou falsas e sobre as quais se perde a certeza da veracidade.

As proposições de observação não podem ser transformadas em sentenças da linguagem, pois elas são as percepções presentes e imediatas do fato. Quando transformadas em linguagem, perdem o conteúdo da certeza, já que a estrutura lógica da sentença faz com que não se possa mais contar com o sentimento de satisfação ou decepção sobre a percepção, por meio do acesso imediato aos fatos, de o conhecimento anterior ser verdadeiro ou falso. Esse sentimento advindo do contato direto com o fato é o que Schlick chama de confirmação, que não pode ser expresso linguisticamente, pois, como sentença, não mantém as características que trazem o sentimento da certeza.

As proposições de observação estariam, assim, no começo e no final da construção do edifício do conhecimento jurídico. No começo, porque é da sensação de certeza

¹⁰⁸ O próprio Schlick (1988b) procura esclarecer que a verificabilidade não é condição empírica, mas lógica. Isso significa que a exigência de que o sentido da proposição sejam as condições de sua verificação quer dizer que a proposição deve ser verificável, o que decorre da sua estrutura lógica, e não que tenha de ser verificada, ou seja, que empiricamente se possa alcançar a sua verificação. É plenamente dotada de sentido a proposição que logicamente seja verificável, mas que empiricamente, dentro das condições fáticas do mundo, nunca possa ser realmente verificada. Assim, o que o critério de verificabilidade exclui, conforme explicou Carnap na apresentação geral das teses principais do Círculo de Viena, é a utilização de sentenças que têm a aparência de conteúdo proposicional, mas que, na verdade, excluem qualquer possibilidade lógica de relação com o mundo. Esse tipo de proposição funciona como tautologia e é por esse motivo condenada como carente de sentido, pois não só não se refere ao mundo, mas não pode se referir a ele logicamente. Schlick, inclusive, nesse texto de 1936, fazendo referência expressa a suas conversas com Wittgenstein (que já estava em processo de transformação da filosofia apresentada no *Tractatus*), afirma que a possibilidade de formação desse tipo de sentença com aparente conteúdo proposicional é fruto do uso dos signos da linguagem fora da gramática lógica que o *contexto* dos seus usos permite. De toda forma, fica claro que a verificabilidade da proposição não é suficiente para a afirmação científica da verdade do mundo.

da constatação do fato que parte o impulso para a busca da estruturação do conhecimento. No final, porque é com esse tipo de proposição que se realiza a atividade mais importante de qualquer ciência: a confirmação ou a refutação das leis científicas gerais. Em qualquer caso, elas não têm valor lógico, mas o valor de gerar o sentimento de certeza quanto aos fatos. Uma vez percebidas, como a certeza só vem da apreensão imediata, perdem qualquer valor para a ciência, pois a memória pode gerar dúvidas sobre o que foi apreendido e a linguagem não permite tirar delas o caráter de meras hipóteses, como qualquer outro conteúdo proposicional enunciado por meio de sentenças, que sempre podem ser ou verdadeiras ou falsas. Enquanto proposição, a observação imediata não pode ter a sua verdade contestada, não há dúvida sobre a correção do fato pelo cientista individual que a observa, ela é sempre verdadeira, como a sentença analítica de cuja verdade não se pode duvidar. A diferença é que a sentença analítica é formalmente verdadeira e a proposição de observação é materialmente sempre verdadeira.

A tentativa de Schlick de aproximar as observações diretas da verdade inquestionável (daí a comparação com as proposições analíticas) ao mesmo tempo em que reconhece que o conhecimento enunciado em linguagem não pode ter essa característica pela condição lógica de sua estrutura é a tentativa extrema de manter a defesa da possibilidade de alcance de conhecimento verdadeiro por parte da ciência. No entanto, mesmo a diferença entre proposição fática e proposição de observação (que não pode ser enunciada pela linguagem) não impede a relativização do conhecimento científico. As proposições de observação, aquilo que gera os sentimentos de satisfação pela verificação ou de decepção pelo falseamento, não são intersubjetivamente compartilháveis.

Mas é de notar que Schlick (1988b), no texto “Sentido e verificação”, rejeita expressamente o solipsismo como postura filosófica e defende que a condição de significabilidade é a potencialidade de ser verificável, ou seja, que a verificabilidade seja condição lógica, mesmo que empiricamente ela possa ser impossível. Isso significa que, se para determinado cientista singular a proposição é inquestionavelmente verdadeira naquele momento específico em que tem certeza da verificação (pois, posteriormente, só resta a memória expressa em linguagem e a lembrança do sentimento de satisfação), para todo o resto da prática científica só sobram as proposições fatuais, o que quer dizer que, para a ciência (exceto para o cientista que sentiu a satisfação da verificação), todas as proposições têm o caráter de meras hipóteses. Além disso, como a condição de significabilidade é ser logicamente verificável, mas não necessariamente do ponto de vista empírico, a ciência pode muito bem conviver com o conhecimento que, apesar de cumprir o requisito da

verificabilidade imposto pelo Círculo de Viena, pode nunca vir a possibilitar que cientistas singulares sintam a satisfação da verificação ou a decepção do falseamento. Em outros termos, a ciência precisa conviver com proposições que, em qualquer condição e em qualquer tempo, mostram um conhecimento cuja precariedade jamais (por condição empírica) será afastada.

Por sua vez, Carnap (1988a) mantém que o conhecimento científico não pode ser definitivo nem mesmo com relação às proposições que se referem a fatos simples e acrescenta que a justificação do conhecimento é sempre relativa epistemologicamente. O fundamento para isso é importante com relação aos resultados para este estudo. O conhecimento empírico ocorre por meio da redução ao conhecimento já sabido, o que permite o uso de conceitos estabelecidos e informações que vêm de percepções da experiência. Quando há a experiência (para abreviar a expressão “percepção da experiência”), nós a recebemos como um todo, e não em partes. Contudo, podemos, racionalmente, fracioná-las em partes. Isso é o que Carnap chama de redução epistemológica.

Ocorre que, quando recebemos uma experiência do mundo, podemos saber o que ela significa com base em conhecimentos anteriores que já possuímos. Sendo assim, alguns conteúdos da experiência são suficientes para lhes atribuímos os significados que têm, pois inferimos a partir da união desse conteúdo da experiência com o conhecimento anterior. Daí, na análise epistemológica que nos permite separar os conteúdos da experiência, pode-se identificar esse conteúdo suficiente e um conteúdo dispensável. A experiência que permite tal separação dos seus conteúdos em suficiente e dispensável pode ser chamada de “sobredeterminada”. Mas o conteúdo sobredeterminado pode influenciar a nossa percepção da realidade: dependendo de como ele nos é dado, pode ser que seja necessário que o levemos em consideração na formulação do conhecimento empírico que temos.

A percepção de que essa experiência é diferente daquela parte do nosso conhecimento anterior, pode nos levar a modificar essa experiência. Contudo, é muito importante notar que, para Carnap, nada impede que mudemos a descrição da experiência para que seja mantido o conhecimento geral anterior que permitiu a inferência¹⁰⁹. Isso quer dizer que, como se trata do uso da linguagem, podemos manter o conhecimento geral anterior

¹⁰⁹ Por exemplo, uma barra de cobre em equilíbrio em uma haste, se aquecida por uma chama, vai pender para o lado que recebeu o calor. No entanto, se – na experiência concreta realizada – isso não ocorrer; se, por hipótese, o lado aquecido se elevar, além da possibilidade de mudar a lei de que o cobre nem sempre se dilata quando aquecido, pode-se dizer que aquele metal na verdade não é cobre, que a chama não aquecia ou que a elevação da haste não significa uma diminuição, como aparenta.

em vez de adequá-lo à experiência. O uso da linguagem determina o conhecimento empírico, não é o conhecimento empírico que determina, necessariamente, o uso da linguagem. Nada impede, portanto, que, diante da necessidade de mudança no sistema de conhecimento geral, a opção se dê no sentido de alterar o mínimo possível as leis já estabelecidas¹¹⁰. Mas, é de notar que os conteúdos da natureza não podem se contradizer, são independentes entre si no sentido lógico. Ou seja, “... não existe sobredeterminação do conteúdo total das experiências: eles são sobredeterminados somente em relação às regularidades empírico-dedutivas” (CARNAP, 1988a, p. 149).

Muitas vezes, confundem-se as percepções da realidade e elas não são diferenciadas analiticamente, como indicado acima, o que causa problemas filosóficos, na verdade, pseudoproblemas. Junto com as percepções podem vir representações que são ou não redutíveis ou associadas à percepção da experiência. Assim, pode-se ter a percepção tátil de objeto conhecido e, junto com ela, ter a representação mental da cor do objeto, pois a percepção tátil juntamente com o conhecimento anterior disponível permite que essa representação da cor surja na mente. É nesse sentido que Carnap fala em conteúdo suficiente e conteúdo dispensável da experiência. No caso, como a representação visual não foi fruto da experiência concreta, mas representação mental em virtude do conhecimento de experiência anterior, a percepção tátil é suficiente para o conhecimento sobre a chave, enquanto a representação visual é dispensável. Pode-se dizer, então, que a representação visual é redutível à experiência da sensação tátil e, portanto, está epistemologicamente contida nesta.

Ora, como a experiência é vivenciada de maneira completa, não em partes ou em sequência cronológica, importa separar os elementos da experiência que são relevantes para o conhecimento daqueles que não o são. Assim, quando alguém diz que o banco é pequeno, os conteúdos relevantes sobre o mundo que a proposição traz são o objeto banco e o seu tamanho. Pouco importa se, ao ouvir a frase, o ouvinte tem a representação de banco verde, ou de felicidade em razão de algo que lhe aconteceu em algum banco durante a

¹¹⁰ Em ensaio de 1936, Carnap (1988b) aponta a mudança no requisito de sentido da sentença da verificabilidade para a de confirmabilidade, menos exigente com relação ao rigor da comparação com os dados empíricos. A verificabilidade exigia que todas as proposições derivadas da linguagem científica escolhida pudessem ser verificadas, enquanto a confirmabilidade exige que as proposições não verificáveis possam permanecer no sistema enquanto possam ser mantidas pelo grau de confirmabilidade de outras sentenças com elas relacionadas. Assim, existem proposições no campo da ciência que são indeterminadas, mas são potencialmente confirmáveis, sem que sejam verificáveis empiricamente. Com isso, o sistema de linguagem da ciência torna-se mais elástico, aumentando o grau de possibilidades de escolha por parte do cientista. A exigência empirista é que a linguagem da ciência tenha relação com aspectos possíveis do mundo empírico, mas não que *todo* conhecimento seja empírico. O que não se pode admitir são proposições que não tenham relação alguma com a realidade empírica, como as da metafísica.

infância. Essas representações do verde e da felicidade precisam ser eliminadas na análise epistêmica e, quando isso não ocorre, aparecem as típicas confusões da filosofia tradicional, os pseudoproblemas que a nova filosofia da lógica busca eliminar. Essas confusões podem fazer valores éticos estarem relacionados com as representações, mas esses valores em nada influenciam o conteúdo sobre a verdade ou a falsidade a que se refere o conhecimento do fato em análise. “Os valores éticos entram em jogo, mas não há nenhuma conexão com a verdade ou falsidade” (CARNAP, 1988a, p. 166)¹¹¹.

A eliminação, contudo, dos chamados pseudoproblemas da filosofia e a tentativa de manutenção apenas de uma linguagem referente aos fatos para que possa ser verificável não impede os problemas trazidos pelo uso da linguagem e as opções que se tem de fazer. Como indicado acima, diante de afirmações fatuais que sempre podem ser verdadeiras ou falsas, fica difícil estabelecer quais afirmações devem ser mantidas em prejuízo das outras a serem eliminadas. A incerteza da linguagem, mesmo de linguagem logicamente trabalhada para lidar apenas com fatos, mostra que o conhecimento é sempre incerto.

Em outros termos, Carnap ameniza o problema, tentando mostrar que é possível algum controle da linguagem científica para o conhecimento dos fatos controlável intersubjetivamente, mas não supera o ponto central da dificuldade do uso da linguagem precisa, tal como sugere Neurath no texto que motivou exatamente a tentativa proposta acima. Neurath (1965) defende o uso do que os neopositivistas chamaram de “linguagem fisicalista”: linguagem para unificar todas as ciências com base em termos redutíveis a dados físicos de percepção com a consequente eliminação de termos com conteúdos que pudessem ser tidos por metafísicos.

A questão é, segundo o economista do Círculo de Viena, que todas as formas de uso da linguagem sempre precisam ser definidas em termos da própria linguagem,

¹¹¹ Continua Carnap (1988, p. 166): “As teses ‘A comporta-se simplesmente como se tivesse consciência, ao passo que na realidade não tem qualquer consciência’ e ‘A realmente tem consciência’ são portanto somente pseudoteses; não são enunciados (no sentido teórico); não podemos julgá-las como ‘verdadeiras’ ou ‘falsas’. No entanto podemos responder afirmativa ou negativamente dependendo se consideramos ou não que essas palavras expressam uma posição prática que desejamos adotar. (Entretanto, é ainda questionável se um enunciado, em outras palavras, uma forma de palavras que normalmente tem conteúdo teórico, é a maneira mais apropriada de expressar tal orientação prática)”. Essa passagem é interessante para a discussão desta pesquisa porque mostra exatamente onde está o ponto em que a filosofia da linguagem e, principalmente, a do direito, terão de fazer a mudança de foco: sair da discussão do uso da linguagem sobre a representação de fatos para a filosofia da ação, em que a escolha sobre o agir não se dê com base em meras representações individuais, que são percepções pessoais, e passar para a discussão sobre como a linguagem determina ações e como, então, justificar a tomada de decisão sobre a criação de normas coletivas que possam ser justificadas como vinculantes para todos os envolvidos.

de modo que sempre ocorrem expressões que não podem ser definidas, pois são exatamente as utilizadas para as definições necessárias. Neurath já reconhecia a vagueza natural da linguagem. É conhecido o argumento intitulado de “prancha de Neurath”: a linguagem é como o navio que se tem de consertar em alto-mar, é necessário que se use os materiais já disponíveis sem poder desmantelá-lo. Sempre restam conglomerados (termos não analisados) linguísticos que não podem ser definidos, a vagueza nunca desaparece por completo. É que, mesmo com uma linguagem altamente científica, ainda restam termos que necessitam da linguagem comum para serem definidos. Neurath tira como consequência que, mesmo para o conhecimento científico altamente especializado, não há uma *tabula rasa* de onde partir, o que quer dizer que não dá para estabelecer as sentenças protocolares como pontos de partida seguros para o conhecimento.

Além disso, um protocolo não pode ser garantia de segurança e estabilidade no edifício da ciência porque ele nunca pode ser absolutamente seguro. Ao enunciar um protocolo, o cientista tem de compará-lo com os anteriores, de modo que, mesmo que seja a sua linguagem, ela tem de funcionar intersubjetivamente, sob pena de ele mesmo não compreendê-la. Mas isso implica que o protocolo anterior será recebido como protocolo de um estranho, não existindo a certeza pessoal sobre a verdade do protocolo, de forma a torná-lo não verificável e sempre verdadeiro. Em caso de contradição, o cientista terá de decidir qual protocolo vai manter como verdadeiro e qual abandonará como falso. Assim, Neurath fez Carnap mudar de opinião sobre o *status* dos protocolos (NEURATH, 1965).

Essa percepção já vinha sendo apontada por Karl Popper (2010) nas suas discussões com os membros do Círculo de Viena. Importa destacar que, apesar de discordar da redução feita pelos neopositivistas da filosofia à lógica da linguagem e se posicionar contra a percepção indutivista do progresso científico, Popper compreende desde cedo¹¹² que não há, na ciência, enunciados privilegiados para a construção do sistema científico e, portanto, enunciados que não possam ser colocados em questão pela própria observação.

Mas Popper vai além do que Neurath e Carnap apontam como problemas para a definição de linguagem que permita o sistema científico. Segundo ele, não só não existem meios de determinar os enunciados seguros dos quais partir para a construção de um sistema científico (os protocolos são escolhas derivadas ainda de sentenças de percepção),

¹¹² A primeira versão da obra “Lógica da pesquisa científica” de Karl Popper data de 1934, quando Carnap já estava revendo sua percepção sobre as bases da indução e da linguagem com relação à estrutura do edifício lógico da ciência.

como essa concepção pressupõe que a ciência se organiza por meio da indução. Segundo o autor da “lógica da pesquisa científica”, a indução é impossível logicamente, pois os enunciados singulares reunidos não permitem que se derive deles enunciado universal. Assim, o princípio de indução, que justificaria a passagem de enunciados singulares (por exemplo, os protocolos dos neopositivistas) para universais, não poderia ser analítico, mas teria de ser sintético, já que não se trata de mera derivação ou inferência, mas de regra de procedimento. Ora, como tal, precisaria ser também justificado, já que, sendo um enunciado sintético, pode ser verdadeiro ou falso. Todavia, a justificativa também precisaria ser justificada, a assim por diante numa regressão ao infinito. Para o autor, mesmo a ideia da probabilidade não resolveria o problema da indução, pois o grau de probabilidade acerca da verdade da “inferência indutiva” teria de ser justificado da mesma forma, o que mantém a dificuldade da regressão ao infinito (POPPER, 2021, p. 27-30).

Observe-se que a recusa da certeza e do privilégio das proposições protocolares e do princípio de indução causa problema ao verificacionismo como critério de demarcação entre ciência e metafísica. É que a verificação, mesmo no esquema abrandado pelos neopositivistas a partir da segunda metade da década de 1930, é pressuposto mais forte de aproximação da verdade¹¹³. Ela exige que tanto negações quanto afirmações possam ser contraditadas, enquanto, defende Popper, basta ao sistema científico que afirmações possam vir a se mostrar falsas. As afirmações da ciência seriam enunciados “estritamente universais”¹¹⁴, ou seja, se referem a qualquer posição no espaço-tempo, de modo que não são verificáveis por definição, pois é impossível conceber a varredura de todas as possibilidades lógicas do universo. Mas podem se mostrar falsas um dia com a descoberta de fato cuja descrição contradiga a afirmação universal que anteriormente era aceita (POPPER, 2010, p. 64-66).

Diante das críticas ao indutivismo dos membros e simpatizantes do Círculo de Viena, Popper propõe novo critério de demarcação entre ciência e metafísica. Segundo ele, o enunciado científico não precisa ser verificável, mas sim *falsificável* (POPPER, 2010, p. 34-44). A diferença está em que esse filósofo entende que a ciência parte de afirmações estritamente universais, cabendo ao cientista buscar a falsificação de tais enunciados, e não a

¹¹³ Carnap buscou, após a publicação da obra de Popper, diminuir o seu grau de exigência e substituiu a verificabilidade pela confirmabilidade (veja-se nota 91). Aceita a presença de proposições não verificáveis no sistema, mas que sejam mantidas pelo seu “grau de conformação” a partir da compatibilidade de outras proposições que se mantêm ao longo de testes que não as afastam (CARNAP, 1988b).

¹¹⁴ Popper opõe estes enunciados aos “numericamente universais”, que abrangem uma universalidade de eventos, mas que se restringem a um ponto determinado do espaço-tempo, de modo que, em princípio, poderiam ser determinados e substituídos pelo conjunto de afirmações singulares que os descrevessem.

sua verificação, pois nunca será possível saber se o enunciado estritamente universal seja sintético (quer dizer, que não seja tautologia), foi definitivamente verificado, mas a demonstração de sua falsidade é definitiva.

Com essa postura, Popper inverte o critério de criação das leis científicas: não há a indução, mas apenas a dedução no processo do conhecimento científico. O cientista parte do conhecimento geral, de enunciado de caráter estritamente universal. O controle da ciência está no fato de este enunciado poder ser, ao longo da prática científica, falsificado a qualquer momento: essa a conhecida tese falsificacionista de Popper. Com relação à proposição universal, Popper não estabelece critério para a sua origem nem pensa que essa busca deva ser parte da pesquisa epistemológica. Para ele, a criatividade, a intuição ou mesmo a metafísica podem ser o início da criatividade que orienta a atividade científica¹¹⁵. O fundamental é que, para que se torne ciência (como algo diferente da metafísica), o conteúdo criativo tenha estrutura de enunciado sintético, portanto vinculado à realidade, seguindo o critério de demarcação da falsificabilidade, conforme descrito.

Nesse sentido, importa à ciência que suas leis gerais sejam falsificáveis e que o cientista siga determinado método de análise, que Popper entende ser método crítico por colocar sempre em questão o conhecimento dado (a ciência nunca pode se transformar em qualquer tipo de dogmatismo). É necessário que o edifício científico esteja pautado em linguagem falsificável, que o cientista não se valha de recursos de ajustes *ad hoc* dos enunciados para salvar o sistema científico em questão, deixando-o imune à crítica, e que existam regras de inferência para o controle da formação de enunciados singulares de previsibilidade com base nos enunciados gerais. Essa abordagem permite a construção de um sistema de enunciados axiomatizado (axiomas entendidos como hipóteses refutáveis e não como meras convenções estabelecidas), do qual se derivam as proposições singulares. Diz o autor:

Pode-se dizer que um sistema teórico foi axiomatizado caso se tenha

¹¹⁵ Popper se recusa aceitar a redução da filosofia à filosofia da linguagem, em qualquer das duas vertentes de análise: a da linguagem comum e a da lógica. Com relação à primeira, entende que a filosofia da linguagem ordinária reduz seu campo de estudo ao conhecimento comum e se vê como incapaz de contribuir para a compreensão e desenvolvimento do conhecimento científico, como se esses filósofos conhecessem suficientemente toda a cosmologia para dizer que nenhum conhecimento filosófico não pode ajudar no conhecimento científico, quando é um fato que as mais importantes descobertas científicas vieram de inspirações indubitavelmente metafísicas. No que tange aos filósofos da lógica, também a tentativa pura e simples de eliminar a metafísica (e até mesmo de ironizá-la) e buscar uma linguagem totalmente formalizada que dê conta de toda racionalidade científica é fracassada, pois precisam estabelecer dogmas de funcionamento da ciência e produzem modelos de linguagem artificiais que sempre são simplificados demais para se lidar com as verdadeiras complexidades dos problemas genuinamente científicos. Popper, assim, se recusa a ser um filósofo da linguagem e a reduzir a epistemologia a esse tipo de filosofia (POPPER, 2010, p. 535-543).

formulado um conjunto de enunciados (os axiomas) que satisfaça os quatro requisitos fundamentais seguintes: (a) o sistema de axiomas deve estar *livre de contradição* (seja a autocontradição, seja a mútua contradição). Isso equivale a exigir que não seja possível deduzir, dos axiomas, todos os enunciados arbitrariamente escolhidos; (b) o sistema deve ser *independente*, isto é, não conter qualquer axioma deduzível dos demais axiomas. (Em outras palavras, um enunciado só será denominado axioma se não for deduzível, junto com o resto do sistema.) Essas duas condições dizem respeito ao sistema axiomático como tais; no que concerne à relação do sistema axiomático para com o todo da teoria, os axiomas devem ser (c) *suficientes* para a dedução de todos os enunciados pertencentes à teoria a ser axiomatizada; (d) *necessários*, para o mesmo propósito; o que significa que eles não devem incluir pressupostos supérfluos (POPPER, 2010, p. 75).

Como se pode ver, a questão, uma vez feita a diferença com relação aos neopositivistas no que tange à indução e à mudança do requisito de verificabilidade para o de falsificabilidade, volta a se aproximar das expectativas sobre o que deve conter a linguagem do sistema científico. Embora Popper não se veja como filósofo da linguagem, entendendo que a filosofia deve trazer condições para pensar problemas os mais diversos sobre a vida (o que inclui dar valor à metafísica)¹¹⁶, sua tese permite inscrevê-lo nesse campo. Afinal, propõe que o sistema da ciência demanda linguagem sintética (já que a metafísica pode inspirar o cientista, mas não pode dar conhecimento sobre o mundo empírico), mas dotada de regras para inferências válidas, sejam as de caráter sintático (para derivações meramente formais, portanto, lógicas), sejam as que permitem enunciados de transformação de conteúdos empíricos para a previsibilidade, tais como proposto por Carnap¹¹⁷.

A proposta de Popper permite o controle estritamente empírico do sistema científico, pois são os testes dos cientistas que dirão se a teoria é ou não sustentável. Nessa linha de raciocínio, a teoria ganha mais confiança quanto mais ela resiste aos testes de falsificação. Ao mesmo tempo, elimina-se o problema das afirmações protocolares e da construção indutiva do edifício de proposições científicas. Porém, o resultado sobre a verdade não é muito diferente daquele indicado por Carnap e Neurath quando eles reconhecem que não há conjunto de proposições privilegiadas para a ciência, bem como quando entendem que isso se dá pela impossibilidade de formalização total da linguagem.

Note-se, contudo, que Popper avisa, desde o início, que a sua proposta de análise da teoria da ciência não permite que se alcance qualquer tipo de verdade, mas apenas que haja uma aproximação dela. Ainda assim, não se pode saber o quão próximo se chegou da verdade,

¹¹⁶ Confira-se a nota 96.

¹¹⁷ Após a passagem citada logo acima, o próprio Popper que os critérios estão em conformidade com o que diz Carnap (POPPER, 2010, p. 75 – nota (2)).

somente é possível saber com certeza quando a teoria falhou, pois os testes demonstraram que era falsa (POPPER, 2010, p. 548-549). Por mais que ele entenda não ser isso pessimismo ou ceticismo, mas otimismo quanto às reais possibilidades da ciência, o fato é que, desde os neopositivistas e, depois, com ele, a verdade é, no máximo, uma aproximação.

Com essas constatações sobre a abertura cognitiva da ciência, Quine, o aluno mais proeminente de Carnap se vê obrigado a afirmar que a ciência é a continuidade do conhecimento que adquirimos no nosso processo de formação pelo senso comum conforme o contato que temos com a realidade empírica e o nosso aprendizado do uso da linguagem. A diferença é que a ciência busca sistematizar esse conhecimento, colocando-o à prova e tentando organizá-lo com base em evidências que sejam intersubjetivamente compartilhadas (QUINE, 1957).

Seguindo esse caminho, Quine (1963) recusa o que chamou de “dois dogmas do empirismo”: a diferença entre sentenças analíticas e sintéticas e o reducionismo linguístico (a crença de acordo com a qual é possível criar asserções segundo critérios lógicos que apreendam a experiência imediata). “Analiticidade”, sustenta o autor, depende do uso prévio da linguagem comum (não pode ser definida em termos lógicos da linguagem comum) e a da aceitação de sinônimos derivados de usos também já aceitos. Pode ser derivada da tautologia ou de definição artificial, mas, afora esses casos, a equivalência de expressões que permite a verdade analítica só é possível por meio do uso fatural da linguagem comum. O reducionismo refere-se ao verificacionismo e é enganoso porque faz parecer que a verdade depende dos fatos se a asserção se refere à experiência imediata. A asserção sempre verdadeira é, então, analítica, em retorno ao problema da analiticidade.

Ocorre que a linguagem nos é dada como um conjunto ordenado de proposições, e é ela que usamos para nos aproximarmos das experiências externas por nós percebidas, fato possível porque a compartilhamos intersubjetivamente. Portanto, ela é adequada para nos referirmos a essas experiências, que – para simplificar – passamos a tratar como objetos. Não há como prová-los: há como adequar a linguagem às necessidades de percepção sensorial que recebemos e compartilhamos. Os objetos científicos são mitos que criamos para darmos conta dessas experiências. A ciência é uma tentativa de dar coerência a essas experiências, criando sistemas que organizam as suas compreensões. Nesse contexto, qualquer sentença pode ser afastada ou mantida no sistema, no intuito de manter a coerência sobre as percepções da realidade extralinguística; qualquer sentença pode ganhar a função “analítica”, no sentido de se converter em verdade inafastável em determinadas condições. A

ciência depende do uso pragmático da linguagem (QUINE, 1963).

A ciência para Quine, então, por ser continuidade do conhecimento que apreendemos socialmente, é um empreendimento social: a atividade científica só pode ser compreendida em seu escopo quando já é atividade social estabelecida e funcional. Daí decorre, segundo o filósofo americano, que a ciência, por mais que se empenhe em conhecer a realidade como algo externo à linguagem, não pode aspirar à neutralidade linguística. A linguagem científica pode até ser depurada para fins de clareza, mas ela não é algo à parte ou diferente da linguagem comum, mas um fragmento seu (QUINE, 1957, p. 7-8). Abre-se, assim, a porta para o entendimento da ciência como atividade social.

3.2 O conhecimento científico como prática social institucionalizada: paradigmas como jogos de linguagem

A esta altura, parece já estar claro o motivo para a simplificada apresentação da teoria da ciência feita acima: por meio da filosofia da linguagem, busca-se entender como o positivismo normativista do século XX chegou ao problema do decisionismo. Foi visto que Kelsen lançou mão de modelo descritivo apenas de normas, apontando a condição de verificação na relação do enunciado descritivo da norma com a própria norma e as condições de validade. Ross, por seu turno, trouxe a proposta de levar o verificacionismo para a relação entre a norma e suas condições de eficácia, indicando ser necessário ver a relação da norma com a sua efetiva observância ou desobediência na prática dos tribunais. Finalmente, Hart entendeu o direito como forma de vida estabelecida pelas regras de um jogo de linguagem.

O resultado foi impactante para a teoria do direito contemporânea: não é possível sustentar critérios de justiça externos ao próprio sistema jurídico, muito menos critérios condicionantes da validade do ordenamento positivo. Nesses termos, a falta de conteúdo objetivo desvincula direito e moral e deixa clara a lacuna entre a norma e a certeza de seu conteúdo para a decisão judicial. A abertura da linguagem e a impossibilidade do conhecimento moral, visto como uma das formas da metafísica¹¹⁸, levam ao decisionismo, à impossibilidade – por parte de quem vê o direito de fora, mas com condições de entender os movimentos desse “jogo” social específico – de identificar um critério único de decisão justa, ou mesmo da decisão que seja a única possível. Em suma, a tese de que a decisão judicial,

¹¹⁸ Em outros termos, eliminando-se a metafísica, elimina-se a ética como teoria condicionante de comportamento com base no critério sobre o bom e o justo.

quando chega o momento da escolha entre as possíveis, não pode ser controlada racionalmente.

É contra essa afirmação sobre a irracionalidade da escolha decisória que se opõe Alexy, buscando superá-la por meio de uma teoria da argumentação e da compreensão sobre princípios que permita mostrar a relação intrínseca entre direito e conteúdo moral e a ligação disso com a racionalidade do processo decisório. Para tanto, Alexy recupera o problema da visão interna do direito, com base em Hart, que opera a virada pragmática na filosofia do direito para falar exatamente dos âmbitos interno e externo do direito, mas sem deixar de criticá-lo. De acordo com Alexy, autor da proposta da teoria da proporcionalidade, Hart continua se posicionando como observador externo, já que não leva em consideração a necessidade que o julgador tem de parecer coerente e justo dentro da sua comunidade, além de ter de respeitar o critério da pretensão de correção: a percepção de que está julgando em estrita conformidade com o que determina o ordenamento, e não inventando aleatoriamente o conteúdo da decisão. Este seria, segundo Alexy, o ponto de vista interno que condiciona a percepção de todo jurista que tem de decidir dentro do sistema, e não analisar como observador.

A relação entre a discussão jurídica e a teoria da ciência justifica-se, portanto. O ponto de vista positivista e seu dito “pessimismo” sobre a correção das decisões jurídicas só ocorre com a influência que a virada linguística causa na epistemologia e são as suas exigências metodológicas que condicionam a maneira como Kelsen e Ross veem as possibilidades da ciência do direito. E foram as limitações que a virada pragmática impôs às pretensões científicas que levaram Hart a identificar o direito com o conceito de “jogo de linguagem” de Wittgenstein, mostrando que a abertura inerente da linguagem e as relações dos pontos de vista interno e externo permitem a compreensão pragmática da dinâmica jurídica, mas é impossível determinar os resultados dos processos de decisão.

Contudo, Alexy pretende mostrar que a visão interna do direito, levada a sério, permite encontrar a lógica da decisão moral e da correção dentro do ordenamento positivado. De acordo com o teórico, são os critérios dados pelo sistema, a sua generalidade, que permitem superar o ceticismo do positivismo normativista a respeito da racionalidade do resultado do procedimento decisório dentro do direito. Em outras palavras, é a maneira de perceber o próprio direito, dentro de suas normas, agora divididas em regras e princípios, que garante a racionalidade da decisão, impedindo qualquer aleatoriedade ou discricionariedade.

Pois bem, essa percepção de Alexy está relacionada com a ideia de “verdade

normativa” dependente do funcionamento pragmático do sistema. Em suma, a discussão sobre o princípio da proporcionalidade e a tese da argumentação jurídica como caso especial da argumentação geral está diretamente relacionada com as consequências epistemológicas retiradas das transformações filosóficas propiciadas pela análise da linguagem. Da mesma forma, o decisionismo normativista também está vinculado a teses epistemológicas assumidas como certas pelos seus defensores. Importa ver, então, em qual modelo a teoria da proporcionalidade se enquadra.

Ora, o relativismo das teorias de Kelsen e Ross é proveniente da “morte” da metafísica iniciada pelo neopositivismo. Já a teoria de Hart inspira-se na própria relativização do conhecimento ocasionado pela filosofia da linguagem ordinária, com Wittgenstein, na sua segunda fase, e John L. Austin, com a teoria dos atos de fala. Se, para os dois primeiros, a verdade descritiva é possível, mas não a verdade da ética, para o maior representante do positivismo inglês, a verdade, seja descritiva, seja a ética, é dependente dos modos de encarar a linguagem em formas de vida diversas.

Assim, a verdade científica não é melhor ou mais segura do que outras, mas o resultado de determinada forma de uma instituição social lidar com a realidade que lhe concerne. Como Alexy reconhece e assume os resultados mais abrangentes dos dois modelos de filosofia da linguagem, ele precisa buscar um critério de verdade que possa ao mesmo tempo ser controlado e generalizado para o direito¹¹⁹ e que seja fruto da própria prática institucional da comunidade jurídica na autopercepção da sua atividade cotidiana.

Para fazer a relação de Alexy com um modelo de teoria da ciência, antes é preciso levar em consideração, rapidamente, a radicalização dos limites do conhecimento tal como procedida por Paul Feyerabend. Esse filósofo da ciência considera os limites reconhecidos pelos positivistas e por Popper para a apreensão da verdade e os leva ao extremo, defendendo que não há qualquer verdade a ser estabelecida. Isso não quer dizer, segundo ele, que a realidade não exista, mas que ela é tão múltipla e variada que não pode ser totalmente apreendida, apenas percebida de acordo com os limites cognitivos e culturais que nos são impostos (FEYERABEND, 2001).

A ciência, de acordo com Feyerabend, seria apenas uma forma possível de perceber a realidade, não sendo, portanto, uma forma de conhecimento privilegiado a ponto de poder suplantar todas as outras. E a pretensão de ser o único conhecimento válido

¹¹⁹ Conforme a exigência do neoempirismo e, levando-se em conta as considerações acima, com a inclusão de Popper.

transforma-a em dogmatismo religioso e perigosa arma política. Ao recuperar historicamente grandes feitos científicos, Feyerabend também esclarece que a história da ciência mostra que os seus grandes progressos se deram exatamente quando as concepções metodológicas e dogmáticas foram rompidas, ou seja, quando os cientistas procederam justamente contra o que se dizia que era o método da ciência. Por esse motivo, Feyerabend advoga o anarquismo metodológico, não necessariamente um vale-tudo irracional, mas o uso dos mais diversos métodos em ciência sem a pretensão dogmática de encontrar um único método correto que a defina como tal, como fizeram os positivistas e Popper (FEYERABEND, 1977).

No entanto, essa visão radical de Feyerabend não percebe que, no dia a dia da ciência, o cientista se vê premido por regras de procedimento e axiomas que não pode negar, sob pena de não ser reconhecido como tal. Essas exigências são cogentes, o cientista não pode ignorá-las quando se vê atuando em situações normais. Caso as viole, não é visto como revolucionário, mas como mau cientista, alguém que não domina as exigências técnicas de sua área (algo similar acontece com o jurista que, em situações cotidianas, ignora os recursos e exigências da dogmática e pretende que sua criatividade seja simplesmente aceita pelos seus pares). Há, assim, na normalidade da vida científica, uma forma de reprodução do que é esperado, uma (por que não dizer?) pretensão de correção exigida na prática do cientista.

Esse é o modelo de descrição da ciência tal como proposto por Thomas Kuhn, outro filósofo da ciência que causou impacto com suas teorias e que perturbou as crenças sobre as práticas da ciência que já tinham se tornado senso comum. Kuhn mostrou, com sua obra “A estrutura das revoluções científicas”, que aquilo que os teóricos esperavam da ciência como postura intelectual não correspondia com a verdadeira prática do bom cientista comum.

Segundo Kuhn (2001), o que Feyerabend alega que descreve as verdadeiras mudanças na ciência ou a postura imaginada por Popper como o ideal de comportamento científico só acontece em situações extremas, não sendo correto tomar essas situações extraordinárias como padrões com base nos quais se pode compreender o funcionamento institucional da ciência. Para ele, é bem verdade que o cientista, como afirma Popper, parte de hipóteses suas para testá-las e abandoná-las quando as vê como equivocadas.

Entretanto, diferentemente do que afirma o criador do modelo falsificacionista, Kuhn argumenta que as hipóteses testadas pelos cientistas são afirmações gerais que o cientista testa como corretas ou não dentro do quadro geral que ele toma como

válido: os modelos teóricos com os quais ele aprendeu a trabalhar e que toma como certos. Apenas excepcionalmente, ele põe em questão esse conjunto de referências que compõe as regras do seu jogo. Nesse sentido, o que Popper vê como atividade científica cotidiana (modelos teóricos como hipóteses testadas a partir do esforço de falsificação individual dos cientistas) quando muito integra situações extraordinárias na história da ciência (KUHN, 1979).

Para Thomas Kuhn, a ciência não se desenvolve a partir de tentativas de derrubadas abruptas de seus sistemas teóricos, mas sim dentro das possibilidades dadas dentro do paradigma. Esse é o conceito central da proposta de descrição do funcionamento da ciência feita por Kuhn. Pode-se dizer que, para ele, paradigma é o conjunto de crenças, valores, generalizações teóricas e métodos compartilhados pela comunidade científica¹²⁰. Em outras palavras, é a forma de vida institucionalizada pela prática científica e que, ao mesmo tempo, condiciona essa prática numa forma de reprodução assumida como válida por todos os que se pretendem inseridos na comunidade.

Kuhn refere-se expressamente à ideia de jogo de linguagem de Wittgenstein: as regras institucionalizadas que reproduzem uma forma de vida social institucionalizada e que determina a validade (bem como o sentido) das ações nela praticadas. Como tal, não são regras fixas, mas abertas, e não podem estabelecer as condições de sua própria aplicação, podem sofrer mudanças ao longo da prática social. Não são, ao menos não em sua totalidade, regras postas e conscientes, mas regras que determinam e identificam as condições de significabilidade de determinada forma de vida. Daí a assertiva de que o paradigma é como os óculos que o cientista usa para enxergar a realidade.

De acordo com Kuhn (2001), uma área do conhecimento só se torna científica quando os seus adeptos compartilham o paradigma. Antes disso, ela não produz um conhecimento estável que gera confiança entre os membros do grupo. Mas o paradigma, no sentido exposto acima, não se reduz a uma teoria, esta, na verdade, está inserida naquele. Há, então, novidade na teoria da ciência: não é a lógica interna, o método ou a relação estrita com a realidade empírica que determinam o conhecimento científico. De fato, o conhecimento

¹²⁰ Após a constatação de Margaret Masterman (1979) de que poderiam ser encontrados 21 sentidos diferentes da palavra “paradigma” na “Estrutura das revoluções científicas”, Kuhn (2001) escreve um posfácio em que tenta reduzir a acepção da palavra a dois sentidos básicos: um sentido mais estrito, em que se refere aos modelos teóricos aceitos e que condicionam as pesquisas nos diferentes ramos da ciência e que não influenciam necessariamente nos outros ramos; outro mais abrangente, que passa a denominar de “matriz teórica”, pois abrange a visão de mundo da ciência como um todo e condiciona, portanto, as concepções de todos os que fazem parte da sua comunidade científica.

científico é fruto de condições sociais que não podem ser controladas *a priori* por uma racionalidade que possa ser classificada como propriamente científica.

Nesse sentido, não há fator lógico ou racional determinante para que certo modelo de pensamento se torne o aceito pelos praticantes do que virá a ser a ciência. São as condições sociais concretas de determinado momento histórico que determinam a “vitória” de um modelo de visão de mundo concorrente com os demais. Entre esses fatores sociais podem-se incluir a coerência interna e a capacidade de explicação empírica da realidade, embora, muitas vezes, mais de um modelo de pensamento apresente essas virtudes tão caras aos cientistas atuais. Assim, elementos como valores compartilhados (éticos e estéticos), crenças (o que caracteriza o verdadeiro conhecimento e qual deve ser sua forma) e necessidades sociais concretas (econômicas, tecnológicas, formas de relacionamento) participam do processo de afirmação de uma proposta de descrição da realidade sobre as demais concorrentes.

De toda sorte, como o paradigma é a afirmação institucional do conhecimento que fundamenta a forma de ver a realidade, ele passa a condicionar a visão de mundo daqueles que nele estão inseridos. Assim é que as hipóteses testadas pelos cientistas são as afirmações gerais dentro do quadro de conhecimento preestabelecido, como já se referiu acima. As afirmações gerais sobre possíveis fatos singulares previsíveis são dependentes desse conjunto de saberes compartilhados e não contestados, de modo que o fracasso na comprovação da hipótese deve, na prática geral da ciência, ser creditada ao cientista, e não ao modelo teórico em si. Quando há fracasso sobre o lançamento de hipótese em ciência, geralmente isso se deve a falha individual, e não ao paradigma (KUHN, 1979).

Nesse sentido, pode-se dizer que o cientista aprende a dominar as possibilidades de ação de acordo com o que é permitido pelas regras do seu jogo de linguagem, e estas – ao mesmo tempo em que determinam os movimentos possíveis – são compreendidas a partir da visualização e da prática desses movimentos. A ciência (bem como o direito, conforme se viu no primeiro capítulo) é um jogo de linguagem socialmente institucionalizado, não uma prática regida apenas pela racionalidade lógica abstrata, mas depende das condições sociais de reprodução e transformação da própria ciência.

A descrição de Kuhn (2001) sobre a atividade dos cientistas no paradigma é, de maneira geral, a que segue: após a saída do estado pré-paradigmático para o paradigmático (em que o paradigma se afirma, como dito, a partir de condições sociais, valorativas e mesmo de concepções estéticas), forma-se o conjunto de saberes generalizados que são aceitos como

a única forma correta de compreender a realidade tal como ela se nos apresenta. Esse conjunto de saberes generalizados forma a identidade da comunidade científica. Os pensadores que não se adaptam ou não assumem a visão paradigmaticamente estabelecida não são reconhecidos como membros da comunidade nem, portanto, como cientistas no sentido estrito do termo. Para ser cientista o indivíduo deve exercer sua prática profissional em conformidade com as regras do jogo de linguagem da ciência tal como o fazem os demais praticantes (Kuhn chega a dizer que, numa universidade moderna, aquele que não aceita as regras do paradigma só poderia lecionar no departamento de filosofia).

No interior do paradigma, o cientista produz o que Kuhn denomina de “ciência normal”, que é a ciência do dia a dia, atividade em que o cientista não procura derrubar o corpo de saberes que aprendeu, mas procura aplicá-lo à resolução dos problemas que surgem, chamados por Kuhn de “enigmas” ou “quebra-cabeças” (*puzzle*). São enigmas porque, quando se apresentam ao cientista prático, eles geram a dúvida que move a pesquisa, cuja resposta deve sair das possibilidades de ação reguladas pelas regras do paradigma. Em outros termos, a questão é enigma porque o cientista entende, desde o início, que ele tem uma resposta, só depende de sua habilidade para encontrá-la a partir do seu conhecimento e controle do paradigma.

Isso quer dizer que o fracasso em encontrar uma resposta possível é, em princípio, demonstração de falta de habilidade de ver todas as possibilidades de ação permitidas pelo próprio paradigma. Tal ocorre porque o problema, colocado como enigma, só pode ser visto e compreendido como tal pelo paradigma. Não fosse o conhecimento da realidade propiciado pelo paradigma, o problema não poderia ser percebido ou compreendido. Por isso, o fracasso é encarado como falha pessoal inclusive pelo próprio cientista. Ele foi capaz de enxergar o problema em razão do seu domínio do paradigma como conjunto de possibilidades de ação dentro do campo da sua área de formação e deveria ter sido capaz de solucioná-lo com base nas regras do jogo que aprendeu a jogar. Nessas circunstâncias, vê-se que o paradigma não é colocado de forma alguma em questão. Ao contrário, ele é visto como a própria possibilidade de resposta. É a conjectura pessoal saída da teoria que deve ser afastada, e não a teoria como um todo. Eis aí uma das principais falhas que Kuhn aponta na descrição da atividade científica feita por Popper.

A ciência normal, então, é caracterizada pela atividade cotidiana do cientista de tentar resolver enigmas que ele identifica com base no seu conhecimento paradigmático. Quanto mais complexos e mais reconhecidamente importantes forem os problemas, mais

destaque o cientista adquire em sua comunidade. Quando é bem sucedido ou fracassa na resolução do enigma, o cientista divulga os seus resultados, para que a comunidade científica possa deles tomar ciência e debatê-los. Muitas vezes, o enigma não resolvido por um cientista é resolvido por outro que trilha diferentes caminhos paradigmáticos possíveis. Isso mostra que não é todo o modelo teórico que está em jogo, mas a capacidade de descrição do mundo com base na matriz teórica compartilhada. De novo, vem à mente a afirmação de Kuhn de que o paradigma é como os óculos que o cientista usa para enxergar a realidade: sem ele, o cientista prático não atribui sentido ao mundo empírico. Assim também se justifica a sua comparação com a ideia de jogo de linguagem de Wittgenstein: o paradigma dá as condições de ação do cientista. Quando ele não consegue lidar com as regras para resolver a questão que se lhe surge, não sabe como agir.

Pode ocorrer, contudo, que um enigma não consiga ser resolvido por vários integrantes reconhecidos da comunidade científica. Se a comunidade perceber no enigma algo de realmente complexo e inusitado, pode ser que o enigma ganhe importância tal que toda a comunidade científica, inclusive seus membros mais destacados, busquem resolvê-lo. Pode ser que o enigma seja resolvido. Mas, caso o paradigma se mostre insuficiente para elucidá-lo, o enigma se vê transformado em anomalia.

A anomalia pode mobilizar a comunidade científica, e traduz o reconhecimento de que algo está fora do normal e de que as regras do paradigma podem não ser suficientes para a solução. Quando tal ocorre, duas são as possibilidades: pode ser que a resolução saia do próprio paradigma, o que demanda grande esforço e criatividade dos membros da comunidade científica, e, quando isso ocorre, é provável que conceitos e regras de funcionamento do paradigma sejam revistos, para serem adequados às novas necessidades de compreensão. Também é possível que a anomalia seja deixada para depois, na expectativa de que as novas gerações de cientistas tragam alguma solução adequada ao problema, desde que isso não impeça o progresso cotidiano da prática científica. Contudo, há situações em que a solução pelo paradigma demanda mais dificuldades que o imaginado e de não é mais possível adiar a solução da anomalia.

Quando um ramo da ciência se vê nessa situação, pode-se dizer que ela está em crise. É nesse momento que a comunidade científica passa a colocar em questão a capacidade de compreensão da realidade tal como propiciado pelo paradigma. É na crise paradigmática que o cientista age de forma aproximada à descrição feita por Popper. Diante do enfraquecimento das regras e métodos do paradigma, os cientistas dispõem-se a usar a

criatividade para repensar toda a condição epistemológica em que estão inseridos. Assim, propõem hipóteses gerais com conteúdo teórico abrangente, que levam à experimentação e tendem a mantê-las quando elas sobrevivem aos testes ou a descartá-las quando não se sustentam. Nesse caso, sim, o cientista levanta a própria matriz teórica como hipótese, colocando-a em questão e buscando ver se ela resiste à refutação.

Mesmo na crise, a criatividade dos cientistas pode levá-los a encontrar resposta paradigmática à anomalia. Quando isso ocorre, o paradigma é revisto em suas principais bases (tudo o que Popper dizia que não poderia acontecer na ciência), mas mantém as concepções valorativas e as crenças que moldam a unidade da comunidade científica. Contudo, a situação mais drástica acontece quando a proposta vencedora, tanto em criatividade quanto em capacidade de explicação da realidade conforme as necessidades atuais do conhecimento, afasta o paradigma vigente e faz entrar em vigor novo paradigma.

Essa situação, segundo Kuhn, denomina-se “revolução científica”. Ela traz nova forma de ver a realidade. Quando se chega a esse ponto, é porque a anomalia presente no corpo da ciência deixava em questão a própria capacidade de compreensão da realidade, que não pode mais ser vista com os óculos anteriores, pois novas condições exigem novas lentes. A mudança de paradigma faz com que a realidade seja vista de maneira inteiramente nova, incompatível com a anterior. O paradigma de antes pode até ser compreendido historicamente em suas causas, mas não faz mais parte do universo de formação dos novos cientistas, que não têm a possibilidade de se colocarem na posição dos cientistas de outrora. Trata-se, portanto, de dois universos incomensuráveis.

Uma vez estabelecido o novo paradigma, a ciência volta à normalidade, podendo-se dizer que as regras que regiam aquela *praxis* institucional foram alteradas e as ações no seu interior ganham novas condições de significabilidade. Do mesmo modo que Wittgenstein entende não serem os jogos de linguagem estáticos, mas dinâmicos, pois as regras não são fixas, apenas condições semânticas que dotam os fatores pragmáticos de interação significativos, as regras do jogo de linguagem não determinam as ações, mas atribuem significados a elas enquanto forem daquela forma. A linguagem depende da pragmática social, de modo que ela decorre das condições de percepções intersubjetivas dos participantes, de como eles veem suas práticas a partir da perspectiva interna. Isso acontece com o paradigma: a revolução científica implica na transformação da autopercepção da comunidade científica na sua prática cotidiana, mas essa transformação só pode ser percebida a partir de um ponto de vista externo, ou seja, daquele que conhece as regras do jogo, mas não

se põe a interagir, apenas a descrever o que se passa.

3.3 Proporcionalidade como resultado da visão paradigmática normativista

As questões levantadas nos tópicos 3.1 e 3.2 são essenciais para as comparações apontadas nos dois primeiros capítulos. Seguindo as relações já indicadas, o modelo de ciência adotado por Kelsen e Ross, como bem se vê pela maneira que estão preocupados com as condições de verdade para a descrição do fenômeno jurídico, procurando traçar os limites para uma abordagem estritamente científica do direito, é o modelo dos positivistas lógicos, pois tentam limpar a linguagem do direito de acepções metafísicas (principalmente de conteúdo moral) e propõem a formulação de conceitos meramente descritivos para a compreensão sintática das regras que vinculam as ações.

Hart, por sua vez, percebe o direito como um fenômeno dinâmico, em que as ações ganham um significado propriamente jurídico ao cumprirem determinados critérios de juridicidade. Já esses critérios devem ser estabelecidos de forma a regularem condutas dentro dos padrões daquilo que os componentes da sociedade reconhecem como regras dotadas de coercitividade para todos, independentemente de concordarem ou não com seus conteúdos. Esse conjunto de padrões que determinam o âmbito e os limites do direito é chamado por Hart de regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento tem o caráter de definir e moldar as condutas que ganham conteúdo jurídico dentro do jogo de linguagem do direito.

Neste ponto, pode-se dizer que Hart aceita a virada pragmática da linguagem e a direciona à compreensão do direito, aceitando, com John Langshaw Austin, que é necessário um domínio de conceitos mais próximos dos usos ordinários para uma compreensão mais acurada da realidade. Além disso, assume que a linguagem é própria condição da ação social, de modo que a descrição acurada é apenas uma das formas de ação social linguisticamente possíveis. Os atos de fala são as formas de agir dentro do universo linguístico, e são institucionalizados na medida em que só podem ser afortunados ou desafortunados de acordo com as condições pragmáticas de uso dadas pela própria linguagem.

Isso o leva à teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein, assumindo que as ações ganham significado numa praxe institucional regida por regras que condicionam a sua significabilidade, mas que sofrem transformações de acordo com a evolução dos modos

de se perceber as formas de agir. O direito é um jogo de linguagem, na medida em que a sua validade depende de as visões normativas serem vistas internamente como de acordo com as condições gerais aceitas como geradoras de exigibilidade. Quando essas condições se transformam, a compreensão da validade também se transforma, podendo-se falar em uma mudança da regra de reconhecimento.

De acordo com a descrição e as discussões traçadas no segundo capítulo, vê-se que a proposta de Alexy é esclarecer as condições de inferência de um determinado ordenamento jurídico. Para tanto, Alexy assume o ponto de vista de uma ordem interna que depende de regra de derivação para conclusões normativas dentro do ordenamento, assumindo a ideia de norma fundamental de Kelsen¹²¹, mas incluindo um conteúdo de preocupação valorativa como parte do conteúdo a ser derivado, não apenas a sintática deôntica que a norma fundamental possibilita para inferências normativas (ALEXY, 2004).

O propósito de Alexy, portanto, é superar os limites apontados pelo normativismo positivista. Com esse intuito, opta pela perspectiva interna, no sentido de se colocar no lugar de como os atores do jogo de linguagem do direito apresentam a autocompreensão de sua atividade, de seus limites e obrigações. Na descrição a partir do ponto de vista interno, Alexy busca mostrar a existência de elementos de conteúdo material que não podem ser afastados da racionalidade jurídica: o sentimento de justiça formal e a pretensão de correção. Além disso, o juiz teria a vontade de parecer justo e correto para a sociedade. Em verdade, nada diferente do que Ross já havia descrito sobre a atividade judicial, conforme visto no item 1.2.

De acordo com esse ponto de vista, Alexy tenta superar o ceticismo positivista sobre a racionalidade dos juízos de decisão a partir do ordenamento jurídico tal como posto. Os positivistas, ao assumirem os limites da racionalidade da forma como impostos pela filosofia analítica da linguagem, chegaram à conclusão de que é impossível o controle racional da decisão de modo a garantir a única resposta justa ou correta. Deslocaram essa questão para o campo da subjetividade e assumiram o decisionismo como condição da

¹²¹ Alexy critica a ideia de regra de reconhecimento de Hart sob o pressuposto de que ela não explica adequadamente a passagem do ser da prática institucional (uma questão de existência) para o dever ser de se aceitar tal prática como obrigatória (uma questão de validade) (ALEXY, 2004, p. 117). A crítica soa estranha, pois Alexy, que tanto insiste que a compreensão do papel da moral no direito só pode se dar a partir do ponto de vista interno, coloca-se como observador externo para demandar um recurso cognitivo de caráter normativo, quando a regra de reconhecimento pressupõe uma visão interna de uma prática social que apenas se segue, no sentido da colocação de Wittgenstein segundo a qual uma hora a pergunta sobre o por quê ajo assim deve parar, quando se diz que é assim que ajo. É quando atingimos a “rocha dura” na explicação dos motivos de nossas ações (WITTGENSTEIN, 1999, § 217: “Se esgotei as justificações, então atingi a rocha dura e minha pá entortou. Estou, então, inclinado a dizer: ‘é assim que eu ajo’”).

prática jurídica.

O que Alexy faz é tentar recuperar o ponto de vista dos juízes preocupados com a correção de suas respostas e orientar essa racionalidade para um modelo argumentativo que permita o seu controle de forma intersubjetiva. Se isso for possível, então o positivismo está errado, e as atividades de interpretar e decidir podem ser descritas e direcionadas como atividades racionais.

O esforço de Alexy, portanto, é tentar reorganizar a estrutura do sistema jurídico para mostrar como é possível procedimento argumentativo racional que faça jus à pretensão de correção dos juristas e à vontade de tomar decisões justas. Nessa perspectiva, Alexy precisa de um sistema de pensamento que permita regras de derivação da linguagem e do conteúdo do sistema jurídico, em outras palavras, regras de inferência sintática e semântica, no sentido manter os conteúdos empíricos já aceitos (aquilo que foi colocado por Carnap como condição para ter um sistema científico funcionando). Alexy tenta, como se percebe, criar as condições derivação do sistema tentando restabelecer suas condições lógicas e empíricas, o que foi desmontado pelos positivistas.

O jurista de Kiel, assim, assume os limites da metafísica colocados pela filosofia da lógica e por juristas como Kelsen e Ross, que aplicaram esses pressupostos ao estudo das normas. Mas reconhece que essa abordagem só lhe permite entender critérios sintáticos que podem ser minimamente compartilhados intersubjetivamente. Precisa, então, acrescentar que o conteúdo semântico depende de uma prática institucional aceita, tal como percebida a partir de uma visão interna do sistema, conforme explicitado pela filosofia da linguagem ordinária, principalmente na linha de autores como Wittgenstein, Austin e Hart. Ainda assim, Alexy quer ir além do que viu Hart com relação ao direito, para mostrar que é possível inferir normas singulares (a decisão jurídica nada mais é do que isso, nessa forma de encarar o direito) a partir de um controle racional interno. Por mais que se admita que todo sistema lógico é aberto, ainda mais um sistema jurídico, é possível estabelecer parâmetros para a escolha das proposições/normas passíveis de serem aceitas como integrantes do sistema.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy é consequência dessa tentativa. A teoria argumentação geral traça as possibilidades de inferência de conteúdos morais dentro de um padrão de justiça pragmático que todos podem compartilhar. Pragmático porque diz respeito a condições formais determinantes da participação de todos os participantes do jogo da discussão. Não pretendem ser condições teóricas colocadas como axiomas, mas descrições

de regras que decorrem da percepção da prática geral do jogo da argumentação. Regras, inclusive, que permitem ver os desvios, o erro, porque podem ser intersubjetivamente compartilhadas e aceitas como definidoras da atividade por qualquer participante. Assim como as regras de um jogo de linguagem são os critérios que permitem ver o erro e a violação, sem as quais não seria possível atribuir sentido às ações sociais. As regras gerais da argumentação são as regras do jogo de linguagem da argumentação racional, e, na medida em que são intersubjetivamente compartilhadas, permitem controlar os erros e os acertos das ações.

Nessa linha de ideias, a tese de Alexy de que a argumentação jurídica é caso especial da argumentação geral nada mais é do que a concepção de que a argumentação jurídica é tipo de jogo a ser jogado a partir das regras do jogo mais geral da pragmática argumentativa. Assim, as “leis” que Alexy tira da teoria da argumentação e as inferências que faz para enunciar as regras da argumentação jurídica (que não acrescentam pressupostos lógicos, mas apenas conteúdo empírico aceito na prática do direito), formam o corpo de um sistema lógico de inferências a partir de regras de criação de novas linguagens com os conteúdos que devem corresponder aos conteúdos já tidos como certos pelos juristas. Em outros termos, a teoria da argumentação, tal como exposta por Alexy, estabelece as regras de inferência semântica exigidas por Carnap para que um sistema possa ser tido por científico (seriam as regras de derivação dos conteúdos empíricos assumidos como certos recepcionados no corpo de uma ciência). A argumentação jurídica estabelece o conteúdo moral possível dentro da prática institucional do direito e, nessa perspectiva, o conteúdo moral equivale ao conteúdo empírico que pode ser aceito ou não em uma ciência descritiva.

Mas as regras de argumentação não podem, sozinhas, dar conta de todos os problemas de coerência surgidos no interior de um sistema de normas. Isso porque as normas têm uma dinâmica própria para suas inferências. A argumentação jurídica deve respeitar os limites de um sistema normativo para a derivação de outras normas. Ela pressupõe, dessarte, não só as regras que determinam um conteúdo concreto a ser inserido, mas as possibilidades de criação de normas a partir de outras normas, para se poder fazer, junto com isso, as derivações de conteúdos. Não basta o conteúdo semântico, são necessários também os critérios sintáticos.

Os critérios sintáticos são dados por uma teoria das normas que diga como funções normativas podem ser inferidas de outras normas, de modo que uma estrutura ou outra seja mais ou menos adequada para certa situação, mas podendo ser reduzida às

condições lógicas básicas do sistema. É o que Alexy faz na sua teoria das normas, em que, a partir das funções deontológicas básicas, pretende demonstrar que toda a linguagem formal do direito pode ser delas derivadas (tal como visto em 3.2). Alexy cria definições formais para as funções normativas (proibir, obrigar ou permitir) e os pares de redução das demais estruturas normativas¹²² (mais uma vez o modelo de Carnap aparece).

No entanto, os conteúdos concretos admissíveis com os quais o jurista tem de lidar não podem ser determinados pela teoria da argumentação. Esta só indica aqueles que estão disponíveis, mas são as circunstâncias concretas de dada sociedade e de certo ordenamento jurídico que as definem. As derivações semânticas, no modelo da teoria da argumentação jurídica de Alexy, estabelecem as regras de participação dos processos de decisão, para que elas não sejam irracionais ou arbitrárias e para levarem em consideração as participações de todos os possíveis interessados. Delas não decorrem conteúdos concretos. Estes derivam da forma como cada comunidade jurídica produz e vivencia suas normas, de sorte que a argumentação jurídica tem de trabalhar e organizar os pressupostos valorativos (empíricos) já disponíveis no sistema, pois elas derivam de decisões já anteriormente tomadas. Os conteúdos absurdos já são reduzidos, seja pelas exigências da argumentação geral, que identifica os abusos e permite as demandas por alteração, seja pela pretensão de correção, da conformidade com um padrão mínimo de justiça e da tentativa de aplicação do direito em conformidade com os seus próprios pressupostos para atingir decisão racional.

Desse modo, é a prática cotidiana do direito e as forma de auto percepção jurídica daqueles que trabalham com o sistema que determinam os conteúdos exigíveis no ordenamento. Por isso Alexy insiste na discussão a partir apenas do ponto de vista interno. Se a teoria da argumentação traz os critérios semânticos e as teorias da norma e do ordenamento os critérios sintáticos, a discussão sobre o conceito e a validade do direito estritamente sob o ponto de vista do participante é a garantia de que é a pragmática da linguagem jurídica que determina os outros dois.

Alexy consegue assim, um sistema jurídico axiomatizado, no qual o conteúdo valorativo não depende de qualquer indução a partir da vida social, mas de conteúdos previamente disponibilizados a partir de uma prática institucional já em funcionamento e que se reproduz. Todavia, longe de ser um modelo que exige qualquer teste

¹²² Por exemplo, quando Alexy define a função de atribuição de competência como uma forma de permissão para agir que transforma uma posição jurídica, ou quando diz que o direito subjetivo é permissão para exigir o cumprimento de uma obrigação. Alexy transforma toda estrutura normativa em pares de redução a partir das funções deontológicas de permitir, obrigar e proibir (ALEXY, 2002).

de eficácia das normas para ver se se sustenta como verdadeiro ou falso (o que seria uma tentativa de pensar o direito a partir do falsificacionismo de Popper), Alexy pretende dar os parâmetros de uma prática institucionalizada que se reconhece como jurídica. O apelo à visão interna é um apelo à prática da comunidade jurídica e a tentativa de racionalizar e regular os as possibilidades de inferência em um ordenamento jurídico (o que está à prova é a inferência do jurista particular e não o sistema como um todo) mostra que o modelo de Alexy pretende ser a identificação de uma racionalidade paradigmática do direito, cujas possibilidades não foram contempladas pelos positivistas normativistas do século XX¹²³.

Alexy pretende, em suma, a compreensão de como o jurista raciocina, de como ele se movimento na sua comunidade, e de quais são os instrumentos disponíveis que condicionam os significados (se não de suas descobertas) de suas decisões para os casos particulares. Por mais que as circunstâncias sejam duvidosas, sempre é possível, caso se entenda a proposta de Alexy como um modelo paradigmático, que o magistrado encontre alguma resposta de acordo com os pressupostos dados pelo sistema e aceitos e compartilhados pela comunidade científica.

Mas, nessa visão do sistema do direito como paradigma que condiciona as respostas possíveis aos casos concretos, Alexy necessita mostrar que os axiomas, os de conteúdos empíricos e as regras tidas por válidas, não entram em conflito. Isso porque os conteúdos empíricos no direito advêm de fatores extrajurídicos, decisões políticas ou formas de vida sociais. Ao mesmo tempo, eles formam as condições de regulação do próprio direito, de forma a não se tornarem contraditórios. Precisam, em outros termos, ser vistos como adequados ao bom e ao justo tal como percebido pela comunidade dos participantes do jogo de linguagem do direito. Em consequência, se em situações concretas esses conteúdos empíricos aceitos podem se apresentar em conflito, em abstrato eles mantêm a harmonia.

Os princípios são, portanto, axiomas empíricos de onde se derivam conteúdos normativos singulares, direcionando o raciocínio jurídico, mas que podem levar a inferências contraditórias em decisões singulares. Todavia, se em um sistema científico é possível a escolha de qual conteúdo deve permanecer ou qual enunciado particular manter, no direito é necessário estabelecer regras para a escolha da decisão particular, pois não é dado ao jurista excluir conteúdos previamente determinados para o sistema, porque ele tem o domínio

¹²³ Nessa linha de uma reorganização paradigmática do pensamento jurídico, o autor alemão afirma que o conceito de direito não diz respeito apenas a elementos naturais ou a algum objeto. Ele é conceito paradigmático do tipo não natural relacionado com conceitos do tipo natural, de modo que a discussão sobre o conceito de direito tem, além do valor prático, um valor teórico (ALEXY, 2008, p. 284).

da sua execução, mas não, pelo menos não totalmente, o de sua criação.

Essa a razão da importância do princípio da proporcionalidade no pensamento de Alexy. Esse princípio é, na verdade, uma regra metodológica de controle das inferências possíveis a partir dos princípios (encarados como axiomas que condicionam os conteúdos das inferências normativas – daí serem vistos como normas de otimização). O princípio da proporcionalidade determina a distribuição dos ônus argumentativos que vão condicionar, no caso concreto, qual decisão singular (que é enunciado normativo particular) mantém a coerência interna do sistema. Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade é regra metodológica de controle das respostas possíveis a enigmas de maior dificuldade.

Toda essa construção mantém o sistema funcionando com base em normas, que podem ser regras que determinam condutas objetivas ou princípios que sustentam a vinculação às normas com base em critérios de justiça. Ora, por mais que as teorias jurídicas a partir do século XIX tenham se voltado para a realização das normas jurídicas postas, elas sempre estão vinculadas a alguma compreensão de justiça¹²⁴. O modelo de Alexy pretende retomar, a partir da filosofia analítica do século XX, as potencialidades de resposta de uma metodologia jurídica que permita interpretações de normas controladoras da racionalidade e da subjetividade dos aplicadores e promotoras dos critérios de legitimidade aceitos em sociedade. Alexy não muda a forma de pensar o direito, mas tenta renovar este modo de ver o fenômeno jurídico, qual seja, a percepção de que o direito é um conjunto de normas justas que se sustenta pelos critérios de legitimidade modernos: racionalidade lógica e coerência com valores sociais (as curvas de preferência sobre valores nada mais são do que isso).

Tal tentativa de recuperação do paradigma da racionalidade jurídica moderna fica bem clara ao se perceber que, ao tratar a argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática geral, o proponente do princípio da proporcionalidade deriva das regras pragmáticas da argumentação moral quase que os mesmos cânones de interpretação já aceitos na dogmática jurídica contemporânea, o que explicita o fato de Alexy estar, na verdade, tentando restabelecer as bases do paradigma colocado em crise pelos positivistas que procurou combater¹²⁵.

¹²⁴ Mesmo a Escola da Exegese, conforme indicado em 1.1, pretende ser a garantia do critério de legitimidade da primazia do legislador como forma de manter a concepção de liberdade conquistada após as revoluções liberais. Com relação às demais escolas de pensamento jurídico, elas tendem a se transformar em teorias sobre o método jurídico, quer dizer, teorias sobre como a interpretação jurídica pode manter o critério de legitimidade aceito à sua época. A evolução das escolas mais importantes pós-Exegese pode ser vista em LARENZ, 1997.

¹²⁵ Habermas (1998, p. 231) critica a tese do caso especial de Alexy, afirmando que a tese da indeterminação do discurso moral decorre do fato de que as presunções e procedimentos para qualquer processo próprio de

Todavia, o que Alexy parece não se dar conta é de que os positivistas apontaram uma anomalia grave no paradigma normativista¹²⁶. Segundo eles, a própria estrutura da linguagem mostra que é impossível qualquer critério (lógico ou metodológico) para se determinar, dentre as respostas cabíveis tal como permitidas pelo próprio sistema, qual é aquela que deve ser mantida em detrimento das demais. A ponderação de valores, como metodologia voltada para a decisão jurídica, apenas estabelece os ônus argumentativos e, como os valores se tornam princípios, que são axiomas condicionantes de todo o sistema, eles não têm hierarquia entre si, de modo que a ponderação indica a necessidade da argumentação a partir de parâmetros, mas não é capaz de determinar o conteúdo da decisão. Isso porque ela só pode indicar, como mostra a estrutura já descrita da ponderação (item 3.2), como os argumentos seriam, em abstrato, mais fortes que outros, mas não pode determinar, no caso concreto, qual conteúdo de um argumento é mais forte do que outro.

Ao tirar a questão do peso dos valores para transferi-la para o peso dos argumentos, por mais que Alexy evite assumir a ordem concreta de valores, ele só adia o problema, porque os argumentos têm como conteúdo empírico exatamente os valores em questão, de modo que o peso, a importância do argumento continua sendo uma questão de decisão, assim como é uma questão de decisão saber qual proposição corretamente inferida, mas incompatível com sistema científico, vai ou não permanecer. É bem verdade que a proporcionalidade pode eliminar absurdos, mas o próprio Alexy admite, por diversas vezes, que não há método ou regra em direito que possa indicar a inferência da única decisão correta. O que se pode fazer é evitar que a decisão seja fruto de um total subjetivismo, extremo ao qual entende terem chegado os positivistas.

É importante notar por que os positivistas chegaram ao extremo do decisionismo. Perceberam, assim como Alexy, que não há um critério último para decisões singulares, assim como na teoria da ciência não há critério último para determinar, entre duas proposições singulares possíveis, qual vai permanecer no sistema. Isso é questão de escolha.

argumentação não são seletivos o suficiente para demandar decisões singulares corretas. Não bastaria, assim, mostrar similaridades com os cânones já aceitos, mas desenvolver estruturalmente como os princípios jurídicos procedimentais e as máximas de interpretação são meramente a especificação das regras universais do discurso prático moral. Habermas entende que Alexy apenas apontou brevemente similaridades estruturais, sem desenvolver o que deveria provar.

¹²⁶ A ideia aqui defendida é a de que os positivistas, como Kelsen, Ross e Hart, não inventaram o normativismo nem reduziram o direito às normas, mas perceberam a insustentabilidade de critério transcendental como suporte para o direito e a consequente relativização dos demais critérios de legitimidade promovida pelas transformações sociais do século XX. Entenderam, assim, que a única fonte para compreender o direito sem cair na falácia naturalista (derivação de um dever ser a partir de um ser) ou em critério dogmático de justiça era vê-lo como sistema normativo. Ao fazê-lo, levaram as suas possibilidades ao limite, mostrando a insustentabilidade dos modelos tradicionais de pensar o direito.

Mas os positivistas foram além e aceitaram aquilo que Alexy recusou admitir como sendo possibilidade plausível quando se adota o ponto de vista interno do sistema.

Os positivistas se deram conta de que sistemas baseados em normas apresentam critérios para a validação de absurdos que ocorrem no seu interior, seja em razão do poder do juiz e das regras formais de validade do sistema como em Kelsen, seja em razão da eficácia jurídica que podem ganhar empiricamente de acordo com Ross, seja porque podem passar a fazer parte do modo como a comunidade identifica, na sua *praxis*, os critérios sobre o que pode ser denominado como direito, o conceito de direito, como diria Hart. Entretanto, esses absurdos só entrarão de fato no sistema se este estiver em uma situação de incerteza sobre alguns dos seus limites paradigmáticos de aceitabilidade. Os positivistas não buscaram atribuir ou reconhecer qualquer poder aos aplicadores, mas mostrar que a decisão é sempre um processo com algum grau de arbítrio. De certa forma, desmascararam a crença de que o sistema jurídico é logicamente fechado e seguro, o mesmo que a epistemologia, com autores como Kuhn e Feyerabend, fez com o pensamento científico.

Em última instância, Alexy pretende salvar um paradigma em que o direito tenha de lidar apenas com os problemas da interpretação e aplicação do direito, baseado em conteúdos formais e valorativos que compõem um sistema de normas, sejam elas regras ou princípios, adiando o problema da decisão como uma questão de força e ônus argumentativo. Já os positivistas compreenderam que, em um sistema informado por uma lógica normativa, a anomalia aparece na decisão, pois a escolha não responde a uma gramática jurídica, mas sim à gramática da política, sobre a qual o direito pode fazer muito pouco. Em outros termos, Alexy pretende adiar a solução de uma anomalia que não pode mais ser adiada para se pensar o direito e devolver a sua coerência racional.

Conclusão

O direito moderno é marcado pela mudança de perspectiva sobre a norma, que, mesmo quando geral, pretendia regular a manutenção do passado, marcando a necessidade de estabilidade social. Para fazer isso, reproduz os valores compartilhados em comunidade. Aceitando-se a descrição de Ernest Gellner (1981), a sociedade moderna – pós-Revolução Industrial – deixa de ser uma sociedade face a face para se tornar uma sociedade de massa em que seus componentes não se encontram, não convivem. O direito reflete essa mudança, e torna-se um sistema racional de normas que regulam situações futuras. A certeza sobre a norma que limita as possibilidades de ação é que se torna o critério de estabilidade: a chamada segurança jurídica.

Os valores, que eram tidos como certos a partir do costume e da tradição, passam a ser valores a serem alcançados pelo esforço comum, e a comunidade, como elemento de coesão social, acaba substituída pela nação, um grande contingente populacional que busca elementos compartilhados de identidade, em um contexto composto por indivíduos de diferentes características culturais¹²⁷. Esses valores comuns a serem alcançados e que refletem a identidade nacional estão presentes nos textos constitucionais. Nessas circunstâncias, o direito constitucional tem de lidar com as garantias individuais em equilíbrio com os anseios coletivos sobre a percepção do bem-viver.

Essa situação transfere os limites de aplicabilidade do direito para o direito constitucional. Não que as outras esferas do direito não apresentem o mesmo problema, mas, como a relação entre direito e valor se apresenta de maneira clara e direta no texto e nas expectativas constitucionais, é no direito constitucional que as dificuldades de aplicação das normas se apresentam de maneira mais drástica. Desse modo é possível visualizar como a relação entre direito e moral perpassa todo o direito.

Ocorre que a filosofia da linguagem contemporânea mostrou a impossibilidade de discursos morais (no sentido de valores) pautados na racionalidade universal. Além disso, demonstrou que mesmo os valores tidos por comuns não podem se sustentar sob um argumento racional, sendo fruto de decisões políticas. Isso gera instabilidade sobre a certeza do conteúdo jurídico, que não pode mais ser determinado simplesmente pelo

¹²⁷ Sobre diferentes esforços para gerar essa ideia de unidade em sociedades de formação plural, com o objetivo de criar uma identidade compartilhada, veja-se HOBBSBAWN, 1997.

processo de subsunção ou a partir da identificação clara dos interesses comuns a serem alcançados. A hermenêutica jurídica tem as suas bases de racionalidade contestadas.

Como visto no primeiro capítulo, a função do direito é determinar condutas, dando estabilidade e certo grau de certeza às relações sociais. O direito moderno surge com a preocupação de determinar condutas futuras, de modo que todos saibam como se comportar e quais os limites das respectivas liberdades. O direito é encarado, nessa perspectiva, como um conjunto de normas emanadas de uma autoridade legitimada a determinar as condutas obrigatórias, as proibidas e as livres. Seria com base nessas normas que os indivíduos deveriam pautar suas ações em sociedade, cabendo aos magistrados apenas dizer se as normas foram ou não violadas. As complexificações e transformações da sociedade liberal logo mostraram as insuficiências desse modelo.

Kelsen, Hart e Ross reduziram o direito à normatividade, questionando os critérios de validade dessas normas e suas influências sobre a ação das pessoas e na forma de definir o poder. Conseguiram mostrar as incoerências da tentativa de vincular o direito e a moral numa perspectiva de direito natural, típica de uma postura metafísica na compreensão do direito. Para isso, criaram teorias jurídicas que não levavam em consideração qualquer conteúdo moral, primando pela capacidade de descrição acurada da estrutura normativa ou da atividade jurídica em geral. Por isso, apesar de grandes divergências teóricas, foram classificados como normativistas.

As consequências dos modelos teóricos dos positivistas são avassaladoras. O direito só pode ser encarado como uma estrutura normativa formal, na qual cabe qualquer conteúdo e, mesmo aqueles que não são transcendentais, mas fruto de uma pretensa visão compartilhada de mundo, não podem se sustentar, pois a incerteza sobre os valores e a abertura da linguagem jurídica permitem indefiníveis redefinições do conteúdo normativo colocado em questão. A impossibilidade de um discurso racional sobre a ética e a abertura semântica das normas leva-os à conclusão inescapável de que a decisão não pode ser controlada, em todas as suas facetas, por critérios estritamente racionais.

Kelsen, Ross e Hart não são positivistas no sentido de reduzir o direito à norma, são positivistas no sentido de entenderem que a gramática própria do direito é uma gramática de normas. Mas acrescentam que as normas não podem dar soluções precisas para responder à sobre como agir e por que obedecer. A obediência é fruto simplesmente de uma prática social aceita, o que pode ser alterado a qualquer momento. O como agir depende de interpretações pessoais que estão sujeitas à revisão pelos responsáveis pela aplicação da

norma, que não dispões de um conjunto de ferramentas que os tornem agentes privilegiados do conhecimento jurídico. Não existe, de acordo com os positivistas do século XX, saber epistemológico ou metodológico capaz de direcionar a interpretação para uma única resposta correta.

Para superar o decisionismo, a saída é tentar restabelecer as condições para um discurso moral racional, não mais pautado numa visão metafísica da realidade, nem em uma afirmação de força baseada apenas no critério da maioria para o que se entende como justo, mas que estabeleça as condições para todos participarem dos processos de decisão que envolvem as mais diversa formas de vida. Uma teoria da moral, portanto, que considere o pluralismo como condição pragmática das relações sociais, no sentido de permitir que os valores concretos sejam entendidos como formas de vida particulares. Além disso, é preciso transpor essa teoria da argumentação moral para a esfera da prática jurídica, no intuito de compreender como esse modelo pode ser aplicado ao direito levando-se em consideração os pressupostos dados do sistema, que não podem ser simplesmente afastados ou ignorados.

Essa é a tentativa de Alexy, conforme descrito no segundo capítulo. O professor de Kiel busca mostrar a argumentação jurídica como processo racional de controle dos processos de decisão derivado das exigências da teoria da argumentação geral, considerando a presença de premissas que fazem parte de decisão prévia sobre como deve ser o direito. Entende que todo aplicador do direito busca o critério de justiça formal, que impede tratamentos desiguais injustificados; a pretensão de correção, no sentido de que eles pretendem dar decisões que estejam em conformidade com o ordenamento; e têm a expectativa de serem bem vistos pela sua comunidade. O direito, nessa ótica, estaria intrinsecamente ligado à moral.

Nesse sentido, é possível dizer que a argumentação jurídica é caso especial da argumentação comum, permitindo o controle epistemológico das produções discursivas nos procedimentos decisórios. Isso permite que a arbitrariedade seja eliminada, apesar de não ser possível a definição de respostas únicas a partir do sistema. Para Alexy, a possibilidade de se demonstrar a produção de discursos racionais que não ignoram as exigências intrínsecas do direito mostra que a decisão não é fruto de uma escolha irracional, mas o resultado de um método racional de justificação dos seus conteúdos.

Em que pese a descrição de Alexy sobre a racionalidade do discurso jurídico e suas regras, ele tem de lidar com o problema de valores aceitos que não estão em posições hierárquicas distintas (caso contrário, seriam fruto de arbitrariedades que impedem o

pluralismo como valor democrático). Esses valores são abstratos, e dizem respeito a critérios compartilhados sobre a boa-vida, não mais no sentido de uma comunidade fechada, mas aquilo que é aceito por todos, em princípio, como elementos necessários para a convivência em sociedade das diversas formas de vida. Mas, como não há hierarquia entre eles e como podem ser apropriados por pretensões distintas, são muito genéricos, de modo que não determinam condutas (como o fazem as regras), apenas direcionam a racionalidade da compreensão do que está em jogo para ser decidido no caso concreto, otimizando o que pode ser realizado (são, portanto, princípios quando encarados do ponto de vista jurídico).

A falta de concretude e de hierarquia entre princípios leva à possibilidade de decisões divergentes, inclusive incongruentes, no sistema jurídico. O modelo da argumentação jurídica não é suficiente, pois permite que os argumentos valorativos apresentem um caráter racional, mas não a escolha entre valores que, ao exigirem vinculação do conteúdo das decisões, levam a decisões contraditórias. Como um sistema jurídico não pode ser estabelecido só por regras, pois não teria a flexibilidade necessária para a composição de decisões intrassistêmicas que não podem ser retiradas diretamente das regras, que, por definição, apresentam uma estrutura mais fechada, ou seja, determinam condutas de maneira objetiva. O problema é que as regras, como bem aponta Wittgenstein, não podem regular suas próprias condições de aplicação. O reconhecimento dos princípios como normas que demandam aplicação seria, inclusive, uma maneira de responder aos positivistas no sentido de dizer que o sistema sempre direciona as respostas, mesmo quando há sérias dúvidas sobre a aplicação das regras¹²⁸.

Se o modelo da argumentação jurídica não é suficiente para sanar as contradições advindas da aplicação dos princípios, pois a argumentação pode mostrar a racionalidade de se aceitar o princípio, mas não pode determinar a escolha de qual vai prevalecer em um caso concreto, então é necessário um método que direciona as argumentações a respeito de princípios distintos. Esse é o método do princípio da proporcionalidade, que, como visto, não trata exatamente da ponderação de valores em seus pesos ou importâncias, mas da racionalidade de se favorecer determinados *argumentos* em favor de um princípio em lugar de outro, pois, no caso concreto, há maiores razões para que a decisão realize determinados valores em lugar de outros. Entretanto, também quando se refere à ponderação de valores Alexy admite não ser ela capaz de levar à resposta única, apenas

¹²⁸ O problema dos positivistas seria a maneira como reduzem o direito a regras e, quando falam dos princípios, não o encaram como valores passíveis de defesa racional (como feito por uma teoria do discurso), mas como conteúdos concretos insuscetíveis de sustentação racional.

permite o controle racional das escolhas argumentativas que prevalecerão. Assim, Alexy pretende demonstrar que a escolha não é irracional, mas ainda há escolha.

A pergunta que permanece é: se há escolha e não há critérios de decisões concretas únicas, isso não quer dizer que a escolha final não é propriamente jurídica? Ao que tudo indica, a falta de conteúdo valorativo que determine derivações únicas faz com que a retomada da moral na racionalidade jurídica não vá além do limite decisionista indicado pelos positivistas, a ponderação de valores apenas adia o problema da decisão, tentando transformá-lo em uma questão de fundamentação intrassistêmica. A tentativa de explicar essas afirmações foi a proposta do terceiro capítulo deste estudo.

O último capítulo tenta mostrar que os limites do conhecimento apontados pela filosofia da linguagem que levam ao decisionismo no direito são os mesmos que levam à relativização das possibilidades do conhecimento científico pautados por critérios de verdade sustentados pela relação da linguagem com o mundo. Se a própria linguagem científica não estabelece as condições para uma descrição precisa, de modo que a realidade é apenas uma das formas possíveis de se apreender linguisticamente os fatos empíricos, então a verdade é uma questão de condições admitidas para o uso da linguagem dentro de um sistema que permite a sua descrição a partir de regras de inferência sintática e semântica.

Mas, se tal é o caso, esses sistemas não respondem apenas a uma lógica interna própria, mas a condições sociais que tornam os conteúdos científicos determinados pragmaticamente, isto é, conforme a maneira que os cientistas encaram as possibilidades de ação no jogo de linguagem no qual participam. Essa é a noção de paradigma de Thomas Kuhn. Não é que a ciência deixa de ser um sistema linguístico axiomatizado para inferências lógicas e empíricas, mas é que esse sistema responde à autopercepção da atividade tal como a comunidade em questão se reconhece. Isso quer dizer que a prática científica é o conjunto de movimentos dentro do jogo de linguagem da ciência, em que os movimentos realizados estão em questão, e não o jogo em si.

Nessa linha de ideias, pode-se entender que o que Alexy tenta com a teoria da argumentação e a teoria das normas é restabelecer os critérios de inferência racional do sistema jurídico tal como colocados em suspenso pelos positivistas, que chegaram ao limite de dizer que as decisões de aplicação da norma não dependem das condições de inferência preestabelecidas pelo sistema jurídico. A teoria da argumentação daria os critérios de derivação semântica do sistema, enquanto a teoria das normas daria o critério sintático. O sistema do direito, como conjunto normativo de regras (formadoras das estruturas sintáticas) e

princípios (definidores dos conteúdos semânticos) seria um sistema axiomatizado que permite o controle das inferências com relação às afirmações singulares de previsibilidade, as decisões singulares, no caso do direito. O problema é que, como visto, mesmo os sistemas axiomatizados podem levar a inferências válidas contraditórias ou simplesmente diferentes, demandando um critério de escolha sobre qual afirmação permanecerá no sistema ou se será necessário alterar uma hipótese geral de modo a permitir a manutenção de um resultado singular que não está fora das possibilidades dos axiomas. Daí Kuhn afirmar que, na ciência normal, o que está em jogo são as hipóteses levantadas pelos cientistas, e não o sistema em si.

Não é diferente no direito, pensando-o a partir do modelo teórico proposto por Alexy. No caso de inferências inconsistentes, mutuamente possíveis ou contraditórias, a decisão deveria ser guiada pelos princípios e, no caso desses levarem a contradições, a ponderação de valores seria o método para a manutenção de respostas paradigmáticas. Alexy preserva o paradigma normativista, no sentido de manter a relação de valores racionalmente sustentáveis em conjunto com a pretensão de vinculação das regras, sem que a questão dos valores leve à irracionalidade do sistema. Assim, a anomalia que tem de resolver é o problema do controle racional das decisões como resultados de inferências controláveis internamente.

Os positivistas sustentaram ser essa uma anomalia que sem resposta pelo paradigma normativista, caso se quisesse sustentar as premissas de racionalidade aceitas epistemologicamente. Alexy pretende mostrar que a anomalia é fruto de uma má compreensão das condições paradigmáticas, tentando resolvê-la ainda pelo paradigma¹²⁹. Isso porque, em Alexy, o problema da interpretação ainda decorre de uma visão de aplicação de norma, com estrutura sintética e conteúdo empírico de valor, e não como prática que caracteriza a própria atividade jurídica.

No entanto, conforme visto, o método que viabilizaria esse controle paradigmático apenas adia o enfrentamento da solução do problema da decisão, jogando para a disputa argumentativa o critério de racionalidade. Todavia, a determinação dos argumentos “vencedores” ainda é questão de escolha, que não pode ser determinada pela estrutura de uma lógica argumentativa racional. Isso é percebido pelo próprio Alexy, que não pode deixar de se colocar na posição de observador externo para reconhecer que mesmo a racionalidade jurídica, apesar de eliminar abusos e absurdos, não permite critérios de inferência únicos,

¹²⁹ Thomas Kuhn (2001) admite que, mesmo nos momentos de crise, uma revisão estrutural do paradigma de forma a manter as bases provedoras da identidade da comunidade científica (crenças e valores, basicamente) pode ser resposta ainda paradigmática.

permanecendo a necessidade da escolha. Isso ocorre porque o jurista alemão vê na teoria do discurso um *método* para aplicar normas (regras e princípios)¹³⁰ e, como tal, não é capaz de superar a crítica positivista relacionada à condição de compreender o direito como estrutura de normas, uma crítica de caráter epistemológico que põe em questão as próprias condições limítrofes do paradigma.

Ora, o decisionismo não é a afirmação da irracionalidade do direito, mas o reconhecimento dos limites paradigmáticos do normativismo, limites esses que a proporcionalidade, tal como proposta por Alexy, não supera, apenas adia o enfrentamento. O que os positivistas dizem pode ser colocado em metáfora baseada no esporte mais conhecido dos brasileiros (em lugar de fazer a analogia com o xadrez ou o bridge): os indivíduos interessados são os jogadores de futebol, que usam as regras de acordo com os fins que querem atingir (que podem ser variados, pois nem sempre se joga apenas pela vitória – por exemplo, às vezes a derrota por determinado placar é suficiente para um título). Os magistrados são os árbitros, que precisam dizer se as jogadas estão em conformidade com as regras. Mas os árbitros também são parte do jogo, não estão fora dele. Todo aquele que conhece o jogo pode se colocar na posição de comentarista (mesmo os jogadores, porque não deixam de observar o jogo durante a partida), discutindo se o árbitro errou em algum lance, se as escolhas dos jogadores e técnicos foram as melhores, etc. Na perspectiva do comentarista, sempre é possível ver que uma decisão não foi a melhor ou, simplesmente, que poderia ter sido outra ou que havia muitas outras opções a serem tomadas¹³¹. Essa perspectiva do comentarista de modo algum transforma o jogo em irracional, apenas reconhece a falibilidade e a necessidade de escolha por parte dos participantes. Aceitar a forma como Alexy coloca o problema, com base apenas no que ele delimita como visão interna do direito, não é apenas dizer que o papel do comentarista é inútil, é dizer que é impossível.

¹³⁰ Enquanto autores como Dworkin e Habermas veem no modelo discursivo as bases para compreensão do direito e, a partir delas, reconstruir, em seu âmbito, as questões referentes à normatividade jurídica. Neles, ao que tudo indica, a teoria da argumentação não é um método para se aplicar o direito, mas traz as condições para a repensar o direito.

¹³¹ Devo a analogia com o futebol ao amigo Daniel Vila-Nova Gomes.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garçon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- _____. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.
- _____. On the concept and nature of law. *Ratio Juris*, n. 3, sep. 2008, p. 281-299.
- _____. On constitutional rights to protection. *Legisprudence*, vol. III, n. 1, 2009, p. 1-17.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2003,
- APEL, Karl-Otto. *Transformação da filosofia I – filosofia analítica, semiótica, hermenêutica*. Trad. Paulo Astor Soethe, 1.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
- AUSTIN, John Langshaw. En defensa de las excusas. In: WHITE, Alan R. (Org.). *La filosofía de la acción*. Trad. Sonia Block Sevilla, 1. ed. México: Fondo de Cultura Economica, 1976.
- _____. *Como hacer cosas con palabras*. Trad. Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, 3. reimpresión. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.
- _____. *Sentido e percepção*. Trad. Armando Manuel Mora de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BULYGIN, Eugenio. Sobre la regla de reconocimiento. In: ALCHOURROUN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- CARNAP, Rudolf. *Philosophy and logical syntax*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd., 1935.
- _____. Pseudoproblemas na filosofia. Trad. Pablo Rubén Mariconda. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. *Schlick/Carnap*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988a (Coleção Os Pensadores).
- _____. Testabilidade e significado. Trad. Pablo Rubén Mariconda. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. *Schlick/Carnap*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988b (Coleção Os Pensadores).
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, n. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, maio 1999, p. 473-486.
- _____. Requisitos paradigmáticos da interpretação sob o paradigma do estado democrático

de direito. In: *Notícia do Direito Brasileiro* – nova série (Revista da Faculdade de Direito da UnB), n. 6 (jul./dez. 1998), Brasília: Editora UnB, 2000.

CHAUVIRÉ, Christiane. *Wittgenstein*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges, 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

COSTA, Cláudio Ferreira. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

ENDICOTT, Timothy. Herbert Hart and the semantic sting. In: COLEMAN, Jules. *Hart's postscript: essays on the postscript to The Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001.

FASSÓ, Guido. *La filosofia del diritto dell'ottocento e del novecento*. Nuova edizione aggiornata a cura di Carla Faralli e Gianfrancesco Zanetti. Bologna: Il Mulino, 1994.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Trad. Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

_____. Ao término de um passeio não-filosófico entre os bosques. In: _____. *Diálogos sobre o conhecimento*. Trad. Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2001.

FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência. In: _____. *Lógica e filosofia da linguagem*. São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1978.

_____. O pensamento: uma investigação lógica. In: _____. *Investigações lógicas*. Trad. Paulo Alcoforado. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

GELLATELY, Robert. *Apoiando Hitler: consentimento e coerção na Alemanha nazista*. Trad. Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro: Record, 2011.

GELLNER, Ernest. *Nacionalismo e Democracia*. Trad. Vamireh Chacon et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

GEYMONAT, Lodovico. Moritz Schlick fra realismo e neo-positivismo. In: SCHLICK, Moritz. *Tra Realismo e Neo-Positivismo*. Trad. Eva Picardi. Bologna: Il Mulino, 1974.

GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martin. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Transl. William Rehg. New Baskerville: MIT Press, 1998.

HALLER, Rudolf. *Wittgenstein e a filosofia austríaca: questões*. Trad. Norberto Abreu e Silva Neto. São Paulo: Edusp, 1990.

HART, Herbert L. A. *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*. Org. e trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962.

_____. *O conceito de direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HINTIKKA, Jaakko e HINTIKKA, Merrill B. *Uma investigação sobre Wittgenstein*. Trad. Enid Abreu Dobranszky. Campinas: Papirus, 1994.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HOBBSAWN, Eric e RANGER, Terence (Orgs.). *A invenção das tradições*. Trad. Celina Cardim Cavalcanti. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

KELSN, Hans. A competência da Assembléia Nacional Constituinte de 1933/34 (um texto de Kelsen sobre o Brasil). *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, jun. 1996.

_____. Sobre a teoria da interpretação. Trad. Raíssa R. Mendes. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 1997.

_____. O que é justiça? In: _____. *O que é justiça*. Trad. Luís Carlos Borges e Vera Barkow, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

_____. *O problema da justiça*. Trad. João Baptista Machado, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

_____. *General theory of norms*. Transl. Michael Hartney. New York: Oxford University Press, 1991.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

_____. Lógica da descoberta ou psicologia da pesquisa? In: LAKATOS, Imre e MUSGRAVE, Alan. *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*: quarto volume das atas do Colóquio Internacional sobre filosofia da ciência, realizado em Londres em 1965. Trad. Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix e Editora da Universidade de São Paulo, 1979.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago, 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MASTERMAN, Margaret. A natureza do paradigma. In: LAKATOS, Imre e MUSGRAVE, Alan. *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*: quarto volume das atas do Colóquio Internacional sobre filosofia da ciência, realizado em Londres em 1965. Trad. Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix e Editora da Universidade de São Paulo, 1979.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. 2000.

MORENO, Arley R. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem – ensaio introdutório*. São Paulo: Moderna e Editora da UNICAMP, 2000.

NEURATH, Otto. Propositiones Protocolares. In: AYER, A. J. *El Positivismo Lógico*. Trad. L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1965.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. *Legal studies: the Journal of the Society of Public Teachers of Law*. v. 10, n. 2, July 1990.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. 1. ed. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado, 2 vols. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1987.

_____. *A Lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 17. ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

QUINE, Willard V. O. The scope and language of science. *The British Journal for the Philosophy of Science*, v. 8, n. 9, may 1957, p. 1-17.

_____. Two dogmas of empiricism. In: _____. *From a logical point of view: Logico-philosophical essays*. 2nd. ed. New York: Harper & Row Publishers, 1963, p. 20-46.

RAZ, Joseph. Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison. In: COLEMAN, Jules. *Hart's postscript: essays on the postscript to The Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001.

RICOEUR, Paul. *O Justo*. Trad. Ivone Benedetti, vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

_____. *Tû-tû*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Luiz Henrique Lopes dos. A essência da proposição e a essência do mundo. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos, 2. ed. São Paulo: Edusp, 1994.

_____. Vida e obra de Schlick e Carnap. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. *Schlick/Carnap*. Trad. Luiz João Baraúna e Pablo Rubén Mariconda, 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988 (Coleção Os Pensadores).

SCHLICK, Moritz. La svolta della filosofia. In: SCHLICK, Moritz. *Tra realismo e neopositivismo*. Trad. Eva Picardi. Bologna: Il Mulino, 1974.

_____. O fundamento do conhecimento. Trad. Luiz João Baraúna. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. *Schlick/Carnap*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988a (Coleção Os Pensadores).

_____. Sentido e verificação. Trad. Luiz João Baraúna. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. *Schlick/Carnap*. 3. ed., São Paulo: Nova Cultural, 1988b (Coleção Os Pensadores).

SHECAIRA, Fábio Perin. "A quem cabe a escolha?" Sobre a importância de distinguir os métodos alternativos de interpretação jurídica. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 36, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/1shecaira36.pdf>. Acesso: 04.05.2011.

SIMON, Henrique Smidt. Solidariedade e democracia: a solidariedade como característica do Estado democrático. In: MILOVIC, Miroslav; SPRANDEL, Maia; COSTA, Alexandre (Orgs.). *Sociedade e Diferença*. 1. ed. Brasília: Casa das Musas, 2005.

_____. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006.

_____. Aborto de anencéfalo e interpretação exegética: uma discussão à luz da decisão do STJ no HC n. 32.159/RJ. *Atena: revista integrada dos cursos jurídicos IESB e Metropolitana*, v. 1, 2008. Disponível

em: http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Henrique%20Smidt%20Simon.pdf. Acesso: 04.05.2011.

_____. O decisionismo como possibilidade de abertura para o diálogo. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 5, n. 1, 1º quadrimestre de 2010a. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso: 04.05.2011.

_____. Soberania como problema de Teoria da Constituição. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 15, n. 2567, 12 jul. 2010b. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/16966>. Acesso: 10.05.2011.

_____. Constitucionalismo e abertura constitucional: o debate Habermas-Gadamer e as limitações da tradição como modelo para pensar o direito. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 36, jan./jun. 2010c. Disponível em <http://publique.rdc.puc-rio.br/direito/media/4simon36.pdf>. Acesso: 04.05.2011.

SOLER, Sebastián. *La interpretación de la ley*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

SPANIOL, Werner. *Filosofia e método no segundo Wittgenstein: uma luta contra o enfeitamento do nosso entendimento*. São Paulo: Edições Loyola, 1989.

STAVROPOULOS, Nicos. Hart's semantics. In: COLEMAN, Jules. *Hart's postscript: essays on the postscript to The Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 2001.

WAISMANN, Friedrich. *Ludwig Wittgenstein y el Círculo de Viena*. Ed. B. F. McGuinness. Trad. Manuel Arbolí, 1.ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

_____. *O direito e sua linguagem*. (com a colaboração de Leonel Severo Rocha), 2. ver/2. ed. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos, 2. ed. São Paulo, Edusp, 1994.

_____. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores).