

UMA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE VALOR

Francisco Meton Marques de Lima¹

Resumo: A argumentação constitui a principal ferramenta dos profissionais do Direito, com o fito de obter convergência de opiniões e formar convicções. Na decisão judicial, porém, é que a argumentação assume compromisso com a verdade e com a ideia de justiça. A argumentação de valor consiste na aplicação dos métodos valorativos dos fatos e dos textos normativos, legitimando-os pela diuturna atuação de sentido e de objetivos. Destarte, o legislador normatiza para o futuro, razão pela qual sua valoração estaca no tempo, fossiliza, tornando-se, no estado original, impotente para continuar resolvendo os casos futuros. A decisão judicial cumpre a função de declarar a norma jurídica de todo e cada dia, calcada no princípio ativo inseminado em cada enunciado normativo. A fundamentação se faz em cadeias argumentativas e esta estriba-se em razões, justificativas ou explicativas. As formas especiais de argumentos jurídicos compreendem, na metodologia jurídica, recursos como a analogia, o argumento em contrário, o argumento *a fortiori* e o argumento *ad absurdum* manifestam-se sob forma de inferências válidas, o que lhes permite duas vantagens: tornar compreensível sua forma lógica e aclarar o seu conteúdo não lógico. Essas formas de argumento servem para decantar a justificação racionalmente mais aceita. O mal uso desse método poderá produzir discursos sofisticados ou falácias. Os valores entram nesse processo cumprindo funções densificadora, atualizadora de sentido, conformadora e informadora. A função densificadora destaca-se como a principal e consiste no suprimento de conteúdos suficientes a preencherem os espaços verificados entre o enunciado e a norma de concreção, vencendo as distâncias temporais, axiológicas, geográficas, contextuais e finalísticas.

Palavras-chave: Argumentação. Justificação. Valor. Decisão. Prudência.

1. Colocação do tema

Decidir é valorar e argumentar é desfiar as múltiplas valorações. A argumentação almeja persuasão, assentimento, convergência; ou objetiva formar convicção. Para tanto, tem seus métodos racionais. Mas a argumentação de valor vai além da racionalidade, ancora-se em valores, que tem a intuição por sua matriz. No Direito, a argumentação constitui a principal ferramenta do profissional. Os postulantes em juízo, mediante seus argumentos, alvitram o convencimento do juiz. Mas é na decisão que a argumentação, a partir da dialética travada, assina compromisso com a verdade e com a justiça, tomando contornos normativos. As decisões ancoram-se e legitimam-se na fundamentação e esta tem suporte nas razões, que são explicativas ou justificativas.

O Direito tem uma justificação interna e outra externa. A primeira diz respeito à observância lógica das *premissas* que se aduzem como fundamentação, enquanto a externa tem por objeto a *fundamentação (e correção)* das premissas. Na primeira, emprega-se a pura dogmática jurídica tradicional; à segunda recorrem os fundamentos do próprio saber humano. *Mutatis mutandis*, equivalem aos discursos de justificação e de aplicação do direito.

¹ Professor Associado da UFPI.

A justificação se faz mediante a argumentação. Atienza distingue os conceitos “decidir”, “argumentar”, “explicar” e “justificar”. A argumentação declina as razões que suportam a decisão; as razões são explicativas ou justificativas: as primeiras tratam do porquê, para quê e qual a finalidade; as segundas adjudicam a legitimação e/ou a correção da decisão.¹ Como a argumentação deita-se sobre enunciados normativos e fatos e estes, juridicamente, não existem senão depois de valorados, a instância dos valores constitui o instrumento de materialização dos fatos e principal insumo de quem argumenta.

A argumentação de valor consiste em adensar os conceitos jurídicos que encontram-se *in abstracto, apenas ocamente lógicos*, com os ingredientes antropológicos, deontológicos, sociológicos e axiológicos. Ou seja, imantar os conceitos cada vez mais vagos e porosos do Direito com esses ingredientes não mais periféricos.

Nos últimos tempos a nossa pesquisa vem se centrando na teoria dos valores. Dedicamos, ao tema a Tese de Doutorado perante a UFMG.² Um dos capítulos alberga a matéria epigrafada, à qual retornamos, agora, com outros enfoques da inexaurível fonte axiológica na argumentação jurídica, simplificando-a para uma compreensão mais democratizada da ideia.

Ao contrário do que se pensa, a argumentação de valor não efemera o sentido dos conceitos. Defende-se aqui uma linha de estabilidade conceptual fundada nos valores hirtos da sociedade e que representem um movimento ascensional da qualidade humana. Nesse modelo, os valores negativos os costumes deletérios e as práticas macabras, além de não servirem de fundamento, são rechaçados.

Isto porque o conceito de «homem», no seu sentido teleológico, compreende as qualidades de uma pessoa normal, boa, que preenche todos os seus papéis sociais de bem servir. O mal deve ser tratado como uma exceção, uma degeneração, uma negação do ser.

Assim, a *estabilidade* é ancorada nos fundamentos axiológicos consistentes e a *evolução* se processa na racional, progressiva e planejada flexibilização dos conceitos. Com isso, o sistema se protege contra as avalanches modais apologéticas de valores negativos e corrosivos. Por outro lado, contra a estagnação se oferece um modelo racional, planejado e ativo de injeção de valores espirituais e materiais positivos.

¹ ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*, pp. 31-38.

² Da qual nasceu o livro *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como «ser-moralmente-melhor»*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

Para tanto, parte-se do pressuposto de uma interpretação ativa (ou proativa), construtiva, e não passiva e meramente descritiva. É o que se defende na obra já citada.

Nessa evolução, não existe argumentação neutra, mesmo a fundada em elementos que suportam uma pretensa objetividade. Toda argumentação é posicionada, de algum ponto em vista a um outro ponto. Cumpre identificar alguns marcos desse posicionamento para um mínimo de objetividade da argumentação. Esses marcos são identificados na teoria dos valores jurídicos, os quais evitam a livre navegação cerebrina, ou uma navegação à deriva na argumentação.

Os valores, juridicamente considerados, não se confundem com os modismos nem com a comoção pública, pois estes são inconstantes. Ao contrário, os argumentos de valor impõem-se como instrumentos de estabilidade, ora demolindo tabu ultrapassado, ora resistindo às histerias públicas, as mesmas que crucificaram Cristo e coroaram Hitler.

Quando o Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal do Brasil, concedeu *habeas corpus* a um acusado de estupro presumido contra uma menor de doze anos, disse que sempre adota nas suas decisões os padrões do homem comum. Aqui, S. Exa. seguiu o conselho de Ihering, para quem o Direito só se revela em movimento. Ou seja, o direito estático é uma coisa, em movimento é outra. Até porque, segundo a *Tópica*,¹ não existe direito isolado do problema. Assim também procedem os hermeneutas concretistas, para os quais o enunciado normativo não se confunde com a norma, pois no seu estado textualizado é mero preceptivo, tornando-se norma só após a interpretação, após o devido adensamento.² Ou seja, a situação dita a norma preconizada no texto.

Especificando o caso, o acusado mantivera conjunção carnal consentida com uma menor de 12 anos, que não era mais virgem. Processado, a sentença condenatória saiu cinco anos depois, quando ele já era casado e pai de um filho. “*Condená-lo por um crime hediondo e prendê-lo em regime fechado se mostrou outro paradoxo. Por que ele e não qualquer dos outros rapazes que haviam mantido relações antes com a moça?*”, argumenta o Ministro.³

No caso, a presunção legal de violência abrigada no direito estático foi relativizada no direito em movimento, porque mais próxima da realidade. Assim, se a menor consente na

¹ A *tópica* foi teorizada por Aristóteles, a partir de estudos já desenvolvidos na Ásia Menor; Cícero também, partindo de Aristóteles, elaborou o seu código de verdades consagradas ou *topois*; no século XVII, Vico retorna ao tema e na segunda metade do século passado Theodor Viehweg fez muito sucesso com a sua *Tópica e Jurisprudência*.

² J.J. G. Canotilho, Konrad Hesse, Peter Häberle, Müller e outros.

³ A matéria foi amplamente comentada em todos os meios de comunicação. A transcrição foi extraída da entrevista do Ministro citado à *Revista Isto É*, nº 1392, que circulou em 5/6/96, pp. 5 a 7.

conjunção carnal, tem aparência de 14 anos de idade ou mais, confessando ela em juízo a ausência de qualquer coação, conforme o caso, pode-se elidir a presunção cega de violência. Diz o Ministro em seu voto que nos tempos atuais (na década de 90), com a televisão e outros meios de comunicação, não se pode presumir a desinformação da menor sobre o sexo, ao nível da década de 1940, quando foi feito o Código Penal brasileiro.

O caso supra é um típico julgamento de valor, contra o dogma cego da «justiça formal». Na verdade, é sabido que a prostituição adulta nem sempre, mas a infantil é famélica. Então, não é recolhendo em regime fechado os homens que praticam sexo com as menores soltas na rua que se resolve o problema da prostituição infantil. Primeiro deve-se atacar o problema de base, de ordem social. O Direito Penal como fator de consertação social deve ser a última *ratio*.

Por sua vez, a doutrina da presunção absoluta de violência, na hipótese sob comento, é tão disparatada e desconforme com a atualidade que, se o namorado, de 18 anos, *transa* com sua namorada de 13 anos e 11 meses, por puro amor e paixão, consentido e curtido, poderá ser punido severamente tal qual por assassinato.¹

2. Funções do valor na argumentação

Com efeito, os valores, atuando como densificadores do enunciado de lei, são responsáveis pela diuturna legitimação da norma. Destarte, a valoração do legislador esgotou-se na formulação do enunciado normativo. Este, para continuar legítimo e atual, vindica permanente reavaliação. Os valores exercem, assim, funções densificadora, atualizadora de sentido, conformadora e informadora.

A função densificadora destaca-se como a principal e consiste no suprimento de conteúdos suficientes a preencherem o espaço verificado entre o enunciado e a norma de concreção. Esse espaço a ser preenchido decorre de vários fatores, valendo destacar:

- a) a distância temporal – em virtude do tempo decorrido entre a positivação do texto e a proclamação da norma;

¹ Os arts. 213 e 214, com a redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.90 (Crimes Hediondos), já alterada pela Lei 8.930, de 6.9.94, comina pena de seis a dez anos para os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. E o art. 224 preceitua: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de quatorze anos;” enquanto o art. 121 preceitua: “Matar alguém: Pena: de seis a doze anos de reclusão”.

¹ BRASIL - Ministério da Justiça. *O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Apresentação de Afonso Arinos de Melo Franco.

- b) a distância axiológica verificada entre o texto e a norma, ou mudança do eixo ideológico-político;
- c) a extensão geográfica – como uma lei federal no Brasil a ser cumprida linearmente do interior do Acre ao centro de São Paulo;
- d) a distância entre a hipótese abstrata e o caso concreto;
- e) a distância entre o texto e o contexto.

A função atualizadora consiste na perseguição da *mens legislatoris* e da *mens legis*: a primeira no sentido da vontade dinâmica do legislador, ou seja, a que ele teria no momento da concretização da norma; e a *mens legis* diz respeito ao sentido autônomo que a norma deve assumir, sem vinculação à vontade que produziu o texto interpretando. Por legislador, entenda-se o órgão legisferante competente e não os indivíduos que o integram. Assim, um decreto vigente, subscrito por Getúlio Vargas na década de 1930, entenda-se como a vontade do Congresso Nacional atual, de todo dia.

A função conformadora dos valores diz respeito à harmonização da norma no corpo do sistema jurídico.

E a função informadora inspira e monitora constantemente o sentido final, tendo em vista os fins sociais e o compromisso com o melhor, com a justiça.

Esse processo de legitimação é que dá consistência à norma, que lhe diminui a tensão do caso sob exame. Assim, o preceptivo oriundo do poder autoritário legitima-se na democracia pela mudança do discurso de justificação; o antigo, pela atualização de sentido; todos, o novo e o antigo, de quaisquer fontes, pela constante reorientação valorativa; e até o de origem democrática, para manter-se eficazmente, sofre adaptação valorativa, mesmo porque, os bens jurídicos que o suportaram na origem podem haver cedido espaço para outros na hierarquia teleológica.

Porém, volta-se a lembrar, a navegação jurídica no oceano dos valores não é livre nem lúdica, mas atada a âncoras matrizes, de consistência temporal, geográfica e ideológica. Com isso, previne-se contra correntezas sazonais dos modismos e das propagandas ideológicas. É o que se denomina paradigma, cuja orientação só cede diante de outra que a mina subterraneamente até suplantá-la.

É a valoração que assegura a efetividade dos direitos, modificando o conteúdo de aplicação de regras antigas e até revogando regras ultrapassadas.

O concubinato, p. ex., já foi muito hostilizado. Até que o Supremo Tribunal Federal, sem que a lei houvesse mudado, passou a interpretar o direito da união de fato em favor da

concubina, reconhecendo-lhe direito a pensão do falecido companheiro. Posteriormente, o Direito Previdenciário evoluiu para também admitir-lo. Até que a Constituição de 1988 atribuiu pleno efeito à união de fato. A mudança operou-se no campo dos valores. Por fim, o Supremo Tribunal Federal já proclamou a legitimidade da união estável entre homossexuais, e a Previdência Social já lhes confere direitos previdenciários.

Em outro caso – desta vez sem argumento de valor – um rapaz solteiro casou-se com uma moça que já tinha um filho não reconhecido pelo pai. Num gesto nobre, ele registrou a criança como seu filho, dando-lhe, portanto, nome e pai. Um promotor de justiça da região, de ofício, sem provocação, processou-o pela prática de ato ilegal. Pior: o juiz condenou-o. Ora, o problema do menor no Brasil de hoje não é excesso de pai, é falta. Aqui, a letra fria do texto violentou o Direito, o direito mais sagrado do amparo à família (arts. 226 e 227, da Constituição Federal). A interpretação dada à lei pelas autoridades supra atesta uma «hipoformação jusfilosófica crônica».

Como o valor é atributo do ser, a simples verbalização do enunciado da norma não tem qualquer consistência, porque é oca, é corpo sem alma, é lei sem eficácia. Tudo é simples questão de paradigma, o qual se revela segundo a carga valorativa. A Constituição de 1824 já adotava no seu art. 179 o elenco de quase todos os direitos civis e políticos de hoje, embasados “na liberdade, na segurança individual e na propriedade”: liberdade de pensamento e de crença; inviolabilidade de domicílio; prisão só em flagrante delito ou por ordem judicial; igualdade perante a lei; irretroatividade da lei; abolição das penas cruéis (como tortura, marca de ferro quente, açoites etc.); sigilo de correspondência; direito de petição; instrução primária gratuita.

Entretanto, sob essa Constituição, o país conviveu com toda sorte de arbítrio, de agressão à liberdade, à dignidade humana, e o pior de tudo, com a escravidão durante 64 anos.¹

Tudo isso mudou pouco sob o aspecto filológico. Não há negar a melhoria de texto nas Constituições da República, mas de nada adiantava, era pregação no deserto, semente boa sobre lajedo. Sob a vigência dessas declarações de direitos, o desmando e a arbitrariedade oficial campearam acintosamente.

¹ BRASIL - Ministério da Justiça. *O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Apresentação de Afonso Arinos de Melo Franco.

Santo Tomás de Aquino pontua que a lei contrária aos princípios e à natureza humana não obriga a consciência, por isso é lícita sua desobediência.

Na verdade, o que ocorreu na atualidade foi a adubação axiológica da terra, provocando um giro radical, mediante a nutrição do novo paradigma – agora o de prioridade da pessoa humana – o qual direciona o novo sentido das regulações sociais exteriorizadas nas expressões normativas. Se na esfera dos direitos públicos a mudança de fato foi radical, no campo do direito privado deu-se uma verdadeira revolução dos valores. Basta ver a situação da posse, da propriedade, do comércio, da família. Tudo absolutamente transformado sob a égide do mesmo texto normativo.

O julgamento de valor sem conhecimento da teoria dos valores, por sua vez, pode selecionar segundo os estamentos sociais, o que é um dado negativo. Cinco jovens de classe média alta e filhos de altos burocratas da República divertiram-se ateando fogo num índio da tribo Pataxó que dormia em um banco de praça. O ato envolveu requinte de crueldade, em que um dos rapazes comprou álcool, outro o despejou sobre o cobertor do índio, outro riscou os fósforos e outro dirigiu o veículo na fuga. A MM. Juíza do caso desclassificou o delito de homicídio para lesão corporal grave seguida de morte, ao argumento de que não houve intenção de matar. Eles disseram que só queriam divertir-se.¹ Ao que parece, o risco de vida de uma pessoa não deve constituir folguedo de ninguém. Logo, esse julgamento inverteu o valor.

Indaga-se: considerando a tendência do juiz brasileiro, se os fogueteiros fossem pobres, negros e incultos, teria sido essa a sentença? Na verdade, pesquisas revelaram que a população carcerária compõe-se basicamente de pobres e negros e que há mulheres nas penitenciárias cumprindo dois anos de prisão pelo furto de um pacote de fraudas. Por crime de aborto, só pobres.

3. Sem valor, o texto fica e a história passa

Manter o texto da lei estacado no tempo é negar-lhe efetividade. É como separar o vagão da locomotiva. A história vai e o texto fica. A justificação valorativa não agride o ordenamento jurídico. Antes, alimenta-lhe diuturnamente a positividade. É o que Radbruch, reportando-se a Hobbes, denomina interpretação de acordo com a vontade mutante do legislador, que é o Estado, na figura da autoridade do momento e não daquela que fez o

¹ Sobre o tema, a Revista Veja que circulou em 20/8/97, p 30 a 33, faz uma boa reportagem, inclusive com declarações da juíza do caso, Sandra de Mello.

preceito. Assim, a vontade do legislador funcionaria como um fim e não um meio da interpretação. Daí dizer-se ser a lei mais inteligente do que seus autores.¹

Os bens jurídicos são quase invariáveis. Porém, axiologicamente considerados, movem-se dentro da moldura primordial. Cada categoria de bens assume maior ou menor importância na escala de valores de cada época. O Código Penal brasileiro, v. g., concebido em 1942, supervaloriza a patrimonialidade, sancionando com rigor a apropriação patrimonial do alheio. Supervaloriza, de igual modo, a conduta sexual. Enquanto isso, aos delitos imputados ao administrador público é parcimonioso. Por sua vez, percebe-se ali uma hipervalorização na pena privativa de liberdade, sem mínimo questionamento dos valores postergados na execução dessa pena, que deveria ser a última *ratio*.

Hodiernamente, o giro valorativo aponta para os crimes ecológicos, os hediondos, os do colarinho branco e os praticados contra os princípios de administração pública.² Novamente o perigo de a cegueira desses paradigmas atropelarem outros valores que, em situações tópicas, deveriam superpor-se, a exemplo do cidadão humilde que foi flagrado numa reserva ecológica extraíndo a raspa de uma árvore considerada medicinal para fazer um chá para sua esposa. A polícia florestal agiu com rigor, prendeu-o, conduziu-o à delegacia de polícia, onde ele foi autuado em flagrante e ficou preso. O bem maior de uma pessoa, que é a saúde, a boa-fé, os antecedentes que o qualificavam de bom cidadão, a insignificância do dano causado, nada foi levado em conta. Ora, bastava uma ligeira repreensão da guarda. Mas não entulhar o aparelho estatal com processos dessa natureza.

À míngua das considerações de valor, inúmeros casos infestam a injustiça da Justiça. Outro exemplo de rigor formal na aplicação da lei ambiental, com a postergação dos valores, envolveu um pacato camponês analfabeto no interior do Ceará que capturara alguns passarinhos para trocar por alimento na feira livre da cidade de Sobral. A polícia autuou-o em flagrante e o prendeu. Sem defesa, a justiça o condenou e o enviou para a penitenciária. Lá, ele enlouqueceu antes do cumprimento. Libertado, agora louco furioso, assassinou a esposa e cometeu outros desatinos. Sua família desestruturou-se totalmente, com as filhas se prostituindo e os filhos perambulando pelas ruas. Enquanto isso, não se sabe sob quais

¹ RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*, p. 44.

² Conforme conteúdo das Leis nº 9.605, de 12.02.98 (crimes ambientais), 8072/90, alterada pela 8.930/94, que tipifica os crimes hediondos, como seqüestro, tortura, estupro, cujas penas são elevadas e cumpridas integralmente em regime fechado, sem os benefícios de fiança, da liberdade provisória, da anistia, do indulto, da graça e só por decisão fundamentada o juiz permitirá ao réu recorrer em liberdade condicional; e Lei 8.429/92, que sanciona os atos de improbidade administrativa.

¹ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación jurídica*, p. 89.

artifícios, toneladas e toneladas de madeira trafegam livremente nas estradas brasileiras em caminhões velhos, cuja descarga libera fumaça e fuligem que cegam as autoridades, e as grandes imobiliárias promovem toda sorte de agressão à natureza.

A justificação de valor é que ameniza os excessos das regras abstratas, que fixa os paradigmas e ao mesmo tempo flexibiliza-os, numa constante correção de rumos. Procede-se a essa operação a partir de uma escala de valores previamente identificados, classificados e hierarquizados.

4. Classificação dos valores

Os valores podem ser classificados em materiais e espirituais. Os primeiros dizem respeito ao ser humano como ser na natureza; os segundos, como ser cultural. Entre os espirituais, interessa evidenciar os éticos, como o amor, a humildade, a honestidade, a bondade, a dignidade; os estéticos ou do belo; os lógicos e os religiosos; dentre os materiais, os vitais compõem o topo da pirâmide, ocupando a vida o cume, daí derivando a integridade moral e física, a saúde, a segurança; e os patrimoniais vêm em segundo plano. Mas até estes sobem na espiral quando compõem o piso da dignidade, como a moradia e os bens que a garantem, tornados impenhoráveis pela Lei nº 8.009/90.

5. O Direito como Prudência

A ciência persegue a verdade. A prudência é uma virtude que consiste em proceder às melhores escolhas. O Direito, caracterizado pelos juízos de razoabilidade, enquadra-se na prudência, pois o escolher é da sua essência. Vigo lembra que o saber oferece os graus filosófico, científico e *prudencial*. Sob essa perspectiva, o objeto natural da gnoseologia jurídica é sempre uma decisão a tomar em uma circunstância concreta,¹ cabendo à prudência identificar os elementos que devem compor determinada conduta e por fim determiná-la.

Portanto, o Direito, visto sob a perspectiva do problema concreto, é prudência e não ciência.² A filosofia e a ciência jurídicas auxiliam, sem substituir a prudência. A lógica, na

¹ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación jurídica*, p. 89.

² GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, pp.30/34. Afirma Grau que o Direito não é ciência, mas prudência, segundo o conceito aristotélico declinado na *Ética a Nicômaco*. Para ele, o que há é uma ciência que estuda o Direito; Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*. Também prefere falar de *jurisprudência* em vez de *jurisciência*.

Wandyck Nóbrega de Araújo faz o seguinte escárnio: “Então, comecei a raciocinar sobre o caráter científico do Direito e cheguei à conclusão de que o Direito não é ciência, como desejava a vaidade, tola

maioria das vezes, é incompatível com a solução jurídica, por isso, o Direito tem a sua própria lógica. Com efeito, *“deliberação e juízo de eleição são os dois atos que constituem o momento cognoscitivo da prudência e é através deles também que se cumpre a interpretação jurídica”*,¹ consistente na investigação, busca, valoração, medição, exame e opção.

A prudência tem duas dimensões, averba Vigo, uma cognoscitiva e outra preceptiva. A primeira se verifica quando se trata de conhecer e valorar os diversos meios; a segunda manda ou aconselha aquela conduta que se determina como a melhor.

De fato, só faz sentido estudar o Direito sob uma perspectiva problemática e dialética. Viehweg define problema como *“toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução”*.²

Nessa perspectiva, tratando o Direito como o instrumento de resolução de problemas que têm de ser solucionados, agora não só pelo argumento de autoridade, mas, sobretudo, pelo de razoabilidade, a axiologia interpõe-se como timoneira.

6. A norma hipotética fundamental de valor

Guerra Filho, após referir-se ao sistema normativo piramidal de Kelsen, propõe um corte epistemológico, para estudar o topo da pirâmide, não na *“norma hipotética fundamental”*, mas nos princípios constitucionais, *“dentre os quais se incluem as normas de direito fundamental”*³. Na mesma linha, afirma Bonavides que os princípios gerais de direito albergados nas constituições fazem as vezes do direito natural.

Contudo, a dimensão dos princípios parece ainda muito rasa. Os princípios, na verdade, são apenas os veículos de atuação dos valores, pois estes, imantados naqueles, indicam-lhes o grau de normatividade. Assim, o valor constitui a dimensão mais profunda a partir da qual se pode proceder a uma hermenêutica mais próxima da realidade, pois a Constituição sintetiza os valores reinantes de cada povo – desde os mais sólidos aos mais maleáveis à erosão do tempo.

e sem fundamentação filosófica e lógica, de muitos juristas.” Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito, p. 59.

¹ VIGO. *Op. cit.* p. 88.

² VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, p. 34.

³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 47.

Já se afirmou que valorar é tomar posição, é preferir, é escolher dentre várias opções a que, no momento, porém dentro de uma perspectiva duradoura, seja objetivamente melhor. E na aplicação do Direito esse postulado é revelador, dado que toda decisão jurídica tem suporte, assumido ou veladamente, na valoração.

A simples operação silogística consiste em primeiro estabelecer as premissas, a legal e a de fato. Ora, ambas pressupõem valoração, dado que a norma da primeira premissa encontra-se por detrás do texto a partir do qual a interpretação a revela, e o fato a ser enquadrado também passa por dupla valoração – consistente a primeira numa prévia escolha por aproximação da fôrma legal enquadrável, e a segunda no trabalho de lapidação para a exata conformação. A valoração do fato pelo aplicador da norma parte das respostas às clássicas indagações: *quis* (quem)? *quid* (que coisa)? *ubi* (onde)? *Quibus auxiliis* (partícipes)? *cur* (por quê)? *Quomodo* (de que maneira)? *Quando*? É o que se denomina justificação interna (decisão coerente com as premissas que se aduzem como fundamentação) e justificação externa (correção dessas premissas) do Direito, adiante analisadas.

Até Kelsen, o arauto do normativismo, na sua teoria da “moldura jurídica” admitiu uma faixa de “direito livre”, identificada na multiplicidade de decisões possíveis que um mesmo texto suscita para o mesmo fato, cabendo ao julgador escolher a mais coerente.¹ Contrário a esse ponto de vista, Dworkin desenvolve a teoria da única decisão correta,² sob o argumento de que a unidade e a coerência do sistema não se coadunam com múltiplas opções decisivas.

Certo que, na maioria dos casos, a aplicação das normas não suscita dúvidas, resolvendo-se no plano da literalidade dos textos. Porém, os casos levados a juízo caracterizam-se pela multiplicidade de interpretações possíveis e plausíveis. Nos regimes totalitários, resolve-se tudo pelo argumento de autoridade, sob fórmulas estreitas engendradas em regras positivas. Eis porque esses regimes têm a preocupação de primeiro normatizar as situações para decidirem sob o apanágio da legalidade. Mas nos regimes democráticos, a justificação transcorre primordialmente no campo da legitimidade.

¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 466. Paulo Bonavides traz uma referência de Aftalión, segundo a qual “a fundamental diferença entre o voluntarismo da Escola do Direito Livre e o de Kelsen consiste em que o daquela é um voluntarismo amorfo ou informe (Cossio), porquanto deixa tudo entregue livremente à vontade do juiz. Em compensação, o voluntarismo kelseniano se acha estruturado de fora (voluntarismo estruturado), no sentido de que o juiz não está livre de ataduras e que o seu ato de vontade deve discorrer dentro dos marcos conceituais – tipos, figuras, standards – enunciados pelas normas gerais”. *Curso de Direito Constitucional*, p. 411.

² *I diritti presi sul serio*; contestada a viabilidade fática dessa “única decisão” por Wróblewyski e por Alexy.

7. Requisitos da argumentação

Por seu turno, o aprimoramento dos regimes democráticos enseja maior abertura na construção do Direito, exigindo mais rigor na sua justificação, para prevenir o arbítrio. Como o Legislativo e o Executivo já se louvam na legitimidade originária, é a decisão judicial por excelência a sede da *justificação*, pela qual se legitima, constituindo o paradigma da argumentação jurídica.¹ Já advertia Carnelutti que a sentença que decide bem mas fundamenta mal merece ser juridicamente desqualificada. Logo, a justificação apropriada legitima tanto o agente como a norma.

Vigo qualifica de apropriada a justificação estribada nos requisitos da coerência, da universalidade, da sinceridade, da eficiência, da suficiência, da controvérsia, da contextualização. A seguir, declina que a justificação cumpre as funções legitimadora, b) de controle por parte das instâncias revisoras; c) informativo-explicativa; d) persuasiva, e e) pedagógica.²

Daí a inevitável atuação dos juízos de valor e a conseqüente necessidade de se fixarem critérios de valoração.

Assim como o ser nunca se revela por inteiro, o texto não revela o conteúdo da norma que ele mesmo anuncia no seu enunciado. Ou seja, a norma³ não se subordina à literalidade que a objetiva. O texto fornece apenas o ponto de partida do intérprete. O seu real conteúdo subjaz nas instâncias periféricas do Direito. Assim, *mutatis mutandis*, como o valor é a progressiva revelação do ser, a norma é a progressiva revelação do texto. Pela interpretação, o texto revela-se progressiva e inexoravelmente, ou seja, a interpretação funciona como uma estrada (ora curta, ora longa) que liga o texto à norma a ser pronunciada.

Canaris injetou o elemento “axiológico-teleológico” no sistema jurídico⁴ que teorizou, como forma de justificar-lhe a unidade e a coerência ante as constantes investidas das decisões de justiça contra a literalidade e os argumentos de “segurança jurídica”.

¹ ABELLÁN, Marina Gascón. *La técnica del precedente y la argumentación racional*, p. 9.

² VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Jurídica*, pp. 37 e 38.

³ Por norma traduzimos a idéia de cada enunciado que, a partir do texto cotejado, resulta adequado na solução de cada caso. Assim, entenda-se por norma o enunciado produzido como resultado da intermediação entre o texto da lei e os fatos, entre o conteúdo filológico e o sociológico. Aliás, Häberle já terá afirmado que não há norma, senão norma interpretada; e Canotilho distingue enunciado, proposição e norma, para afirmar que o enunciado é o objeto da interpretação e a norma o resultado.

⁴ CANARIS. Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*.

Na mesma linha, Juarez Freitas define sistema jurídico como “*sendo uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e valores jurídicos*”¹. De fato, só uma visão axiológico-teleológica do sistema garante-lhe simultaneamente a higidez e a porosidade imprescindíveis à segurança e à justiça, uma vez que, por um lado, a disposição sistemática dos textos da lei, analisada do ponto de vista apenas de uma lógica estática, não oportuniza se efetuem pela via interpretativa as correções de rumo que a história impõe aos textos, e por outro lado, as “decisões de justiça”, sem balizamento numa justificação racional, desnatura a idéia de sistema.²

Alexy, partindo do pressuposto de que o julgador deve orientar suas decisões em um sentido juridicamente relevante e de acordo com valorações moralmente corretas, deduz que a jurisprudência não prescinde de valoração. Entretanto, identifica pontos tormentosos da atuação desta, para com isso estabelecer critérios objetivos que, como diques, impeçam a invasão do Direito pela avalanche das livres convicções morais do julgador. Esses critérios consistem em indagar: qual o momento em que devem ser necessárias as valorações, como deve ser determinada a relação delas com os métodos de interpretação e com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica, e como podem ser racionalmente fundamentadas.

A seguir, declina e julga-as insuficientes, três das múltiplas vias de objetivação das valorações, que tradicionalmente são invocadas com escopo de prevenir contra o subjetivismo dos juízos morais: a) primeiro, é plausível que quem decide tem que se ajustar aos valores da coletividade ou de círculos determinados – base em convicções e consensos faticamente existentes, assim como em normas não jurídicas faticamente vigentes ou seguidas; b) em segundo lugar, o julgador não deve ser indiferente às convicções daqueles em cujo nome fala, já que, “se decide como juiz, sua decisão é pronunciada em nome do povo” – refere-se a valorações que, de alguma maneira, podem ser extraídas do material jurídico existente (incluídas as decisões anteriores); c) uma terceira via consistiria em o julgador apelar para uma ordem valorativa objetiva, como os enunciados do Direito natural objetivamente reconhecíveis (com existência independente do Direito ou identificado na Constituição, no conjunto do ordenamento jurídico), como têm admitido o Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo –

¹ *A Interpretação Sistemática do Direito*, p. 44.

² Willis Santiago Guerra Filho registra essa tendência na seguinte passagem: “*Os estudos de metodologia jurídica têm por isso ocupado um lugar central na filosofia do direito contemporâneo, em busca de como explicar o fenômeno jurídico sem abdicar de sua dimensão valorativa, nem cair no subjetivismo irracionalista que se costuma apontar como consequência do desrespeito da neutralidade axiológica.*” In: *Ensaio de Teoria Constitucional*, p. 78.

que recorrem a princípios suprapositivos. A estes, acrescenta ainda o apelo aos conhecimentos empíricos.

8. Argumentação racional

Sob o argumento básico de que na sociedade moderna os consensos fáticos são raros, Alexy considera todas as vias citadas, isolada ou cumulativamente, insuficientes para resolver o problema da fundamentação das decisões jurídicas.¹ E, a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (que, interpretando o art. 20, apartado 3, da Lei Fundamental, diz que “o Direito não se identifica com o conjunto das leis escritas”, entretanto o juiz deve atuar sem arbitrariedade e descansar sua decisão em uma argumentação racional e que a plenificação dessas lacunas – axiológicas – deve obedecer aos critérios da razão prática e às concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade), desenvolve a sua teoria da argumentação propondo-se a dissecar os contornos conceituais das terminologias “*argumentação racional*” na fundamentação da decisão judicial.

Por argumentação racional é de entender-se aquela que se pauta por critérios objetivos logicamente concatenados, elaborados e/ou escolhidos como premissas a partir das quais se desenvolve um discurso. Atienza recorda que a argumentação pode ser vista como atividade e como resultado dessa atividade. Em qualquer caso, reúne no mínimo os seguintes elementos: a) uma linguagem, no amplo sentido do termo; b) uma conclusão ou ponto em que se deve encerrar a argumentação; c) uma ou várias premissas; e d) uma relação entre as premissas e a conclusão. Distingue ainda os conceitos “decidir”, “argumentar”, “explicar” e “justificar”, conforme já comentamos no início.

Atienza distingue ainda três concepções de argumentação: formal, material e pragmática.

a) A *formal* é característica dos lógicos, aqueles que definem um argumento, uma inferência, como um encadeamento de proposições. Esta não se adapta à argumentação jurídica, senão apenas oferece esquemas para o disciplinar e controlar a correção dos argumentos.

b) A *material* é própria ao arazoamento jurídico, encontrada de alguma forma na tópica de Viehweg, na distinção usual entre justificação interna e justificação externa, ou na teoria de Raz e outros das razões para a ação. Já se comentaram a tópica e a justificação externa e interna em várias oportunidades. Na teoria das razões, as premissas não são simplesmente

¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, pp. 28-33.

enunciados, mas razões e as razões são fatos. Aqui, um razoamento – prático ou teórico – não seria puramente uma inferência regida por regras formais, mas um procedimento para resolver um conflito de razões (“entre razones prácticas, razones para la acción, o entre razones teóricas, razones para creer em algo”). Esse método de razoamento prático pode encontrar-se nas concepções de Dworkin, Nino e Summers. Este último elaborou um catálogo de *boas razões*, encontradas nos casos resolvidos pelos juízes da *common law*: razões substantivas, autoritativas, factuais, interpretativas e críticas. As substantivas, à sua vez, podem ser razões finais (como “la promoción de la armonía familiar”) ou razões de correção (como “la obligación de restituir por enriquecimiento injusto”).

c) A concepção *pragmática ou dialética* considera a argumentação como um tipo de ação ou interação linguística. Aqui, a argumentação é ato de linguagem complexo, tendo por lugar situações determinadas. É o método encontrado em Toulmin, Habermas, na nova retórica de Perelman e na teoria da argumentação de Alexy.¹

Como se vê, não há acordo. Muitos são os enfoques e fortes as razões de convencimento de cada um, fato que mais justifica o caráter prudencial da argumentação jurídica, a qual sorve de cada um, em cada caso, aquilo que mais aproveita à solução do problema dado.

Assim, como o discurso jurídico é um caso especial de discurso racional prático, cumpre sintetizar primeiro as regras gerais, depois as específicas. Antes, porém, é oportuno declinar as principais vias de fundamentação das regras do discurso.

8.1. Métodos de fundamentação das regras do discurso prático geral

Destarte, o discurso racional geral prático pauta-se por regras e estas têm que ser fundamentadas. Alexy declina os principais métodos de fundamentação das regras, assim sintetizados:

- a) a via técnica, seguida por Lorenzen, consistente em considerar as regras do discurso como regras técnicas, assim compreendidas as que prescrevem os meios para determinados fins;
- b) a via empírica, consistente em mostrar que determinadas regras regem de fato, isto é, são seguidas realmente em medida suficiente, ou cujos resultados combinam com nossas convicções;

¹ ATIENZA. *Op. cit.* pp. 39-50.

- c) a via definitória, consistente em analisar o sistema de regras que define um jogo de linguagem e propõe a aceitação do sistema de regras elaborado desta maneira.;
- d) a pragmático-universal, consistente em mostrar que a validade de determinadas regras é condição de possibilidade da comunicação lingüística.

Todos esses métodos, para Alexy, são úteis e necessários, porém nenhum deles é suficiente e perfeito. Assim, a fundamentação técnica deve pressupor fins não justificados, porém existe sempre o perigo de que os fins sejam demasiado abstratos ou que contenham as regras a fundamentar; o método empírico é muito limitado, por tomar a práxis existente como medida do racional; o definitório é arbitrário, pode tratar-se apenas de jogos de linguagem existentes de fato ou hipoteticamente, e o pragmático-universal serve, no melhor dos casos, para fundamentar poucas regras fundamentais.¹

8.2. Regras fundamentais do discurso prático geral

Postos os métodos de fundamentação das regras do discurso, o mesmo autor declina as *regras fundamentais* e as *regras de razão* do discurso prático geral, este que é pressuposto do discurso especificamente jurídico:

- a) nenhum falante pode contradizer-se;
- b) todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo crê;
- c) todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer outro objeto igual a A em todos os aspectos relevantes, ou seja, o falante só pode emitir aqueles juízos de valor e de dever que afirmaria em todas as situações nas quais afirmara que são iguais em todos os aspectos relevantes;
- d) distintos falantes não podem usar a mesma expressão com distintos significados, ou seja, numa comunidade de falantes, as expressões devem ter idêntico significado.

8.3. Regra geral de razão

Para estabelecer as regras de razão, Alexy parte do pressuposto de que “*nos discursos práticos se trata da justificação da asserção de enunciados normativos. Nas discussões de tais*

¹ *Idem*, pp. 178-184.

asserções se estabelecem de novo asserções, etc.” Logo, o ato de fala assertivo rege-se pela seguinte regra geral de razão:

“Todo falante deve, quando solicitado, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem o rechaçar uma fundamentação.”

Porém a *regra* já é fixada graças a um suporte de argumentação já consolidada. Logo, só está obrigado a fundamentar quem argumenta contra a regra.

8.4. Regras de distribuição da carga da argumentação

Enquanto isso, as regras de distribuição da carga da argumentação¹ podem assim resumir-se:

- a) quem pretende tratar uma pessoa A de maneira distinta de uma pessoa B está obrigado a fundamentar, ou seja, as regras de razão fundamentam uma presunção em favor da igualdade;
- b) quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para isso;
- c) quem aduziu um argumento só está obrigado a fornecer mais argumentos em casos de contra-argumentos;
- d) quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se refira como argumento a uma anterior manifestação, tem, se solicitado, que fundamentar porque introduz essa afirmação ou manifestação;
- e) diríamos que não há necessidade de argumentar o se decide conforme os dogmas.

8.5. Regras de fundamentação

Continuando sobre as *regras de fundamentação*, Alexy formula dois grupos de proposições, um baseado em Hare, Habermas e Baier² e outro dele próprio, que, pela carga axiológica que encerram, convém expô-los, sinteticamente:

8.5.1. No primeiro grupo, o princípio de universalidade de Hare assim se enuncia:

¹ Está sujeito ao ônus da argumentação todo aquele que apresenta um discurso divergente do que ordinariamente se verifica. Como se diz em processo: o ordinário se presume, a exceção se prova.

² HARE, R. M. *The Language of Morals*, London/Oxford/New York, 1952. *Apud* Alexy, *Op. cit.* P. 73; HABERMAS, Jürgen. *Wahrheitstheorien en: Wirklichekeit und Reflexion*. *Apud* Alexy, *op. cit.* P. 111; BAIER, K. *The Moral Point of View*, Ithaca/London, 1958. *Apud* Alexy, *op. cit.*, p. 103.

“Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as conseqüências da dita regra também no caso hipotético de ele vir a encontrar-se na situação daquelas pessoas.”

8.5.2. Também no primeiro grupo, o mesmo enunciado, sob o princípio da generabilidade de Habermas, assim pode ser expresso:

“As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos.”

8.5.3. Ainda no primeiro grupo, a regra de abertura e sinceridade das proposições, segundo Baier:

“Toda regra deve poder ensinar-se de forma aberta e geral.”

Todavia, por considerar que tais regras não oferecem garantia de um acordo racional, Alexy formula novas regras do discurso, a saber:

8.5.4. As regras morais que sirvam de base às concepções morais do falante devem poder passar pela prova de sua origem histórico-crítica. Uma regra moral não suporta a prova quando: a) ainda que originariamente pudera justificar-se racionalmente, tenha perdido, empós, sua justificação; b) originariamente não se pode justificar racionalmente e, empós, não se podem aduzir razões suficientes.

8.5.5. As regras morais que servem de base às concepções morais dos falantes devem suportar a prova da sua formação histórica individual. Não suporta essa prova se se estabeleceu sobre a base de condições de socialização não justificáveis, assim entendidas aquelas que levam a que o interessado não esteja disposto a, ou não possa, tomar parte no discurso.

8.5.6. Há que respeitar os limites de realizabilidade realmente dados, o que pressupõe um razoável conhecimento empírico. Ou seja, o discurso prático deve conduzir a resultados que possam também ser levados à prática.

8.6. Regras de transmissão

Por fim, por considerar que nos discursos práticos surgem muitos problemas insolúveis pela via das regras da argumentação prática, motivados por questões lingüísticas e de fato, sugere o recurso às seguintes *regras de transição*, que o falante possa utilizar para passar de um discurso a outro:

- a) para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico;

- b) para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise de linguagem;
- c) para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso.

9. Argumentação jurídica

Os discursos jurídicos variam de acordo com as suas diversas vertentes: a do processo legislativo, a dos tribunais, a dos juízes, a das academias, a doutrinária etc. Assim, ou o discurso é mais livre ou mais limitado. o discurso no processo judicial é o mais limitado e o científico o mais livre. Essa pluralidade de discursos dificulta a fixação de regras uniformes de justificação. Exatamente por isso, não é pacífica a tese da especialidade do discurso jurídico em relação aos discursos de justificação e de aplicação morais.

Porém, o ponto de convergência de todos é a matéria jurídica, que reúne características próprias a fundamentar a tese da especificidade do discurso jurídico. O primeiro ponto distintivo diz respeito à *razoabilidade* e à *autoridade* que encerram o Direito; segundo, e por conseqüência, à *vinculatoriedade* da fundamentação jurídica ao direito vigente. De fato, toda argumentação jurídica assenta sobre um lastro de direito vigente, discutindo a justeza ou a iniquidade de suas regras, bem como a correção de rumos que se queira implementar pelas vias legislativas e interpretativas.

Por sua vez, distinguindo-se do discurso prático geral, averba Alexy, no discurso jurídico, não se pretende que o enunciado normativo seja mais racional, mas tão-somente que no contexto de um ordenamento jurídico possa ser racionalmente fundamentado. Assim, sobre um mesmo fato, as teses do réu, do autor e da autoridade enunciam-se diversamente, mas todas lastreadas em concatenações lógicas do sistema. E a correção dos juízos individuais subjetivos exsurge da objetivação das conseqüências e da respectiva fundamentação alavancada a partir de regras objetivas.

Lembra ainda Alexy que “*nos discursos jurídicos se trata de justificação de um caso especial de proposições normativas, as decisões jurídicas*”.¹ Essa justificação é interna e externa. A interna diz respeito a observância lógica das premissas que se aduzem como fundamentação, enquanto a externa tem por objeto a correção dessas premissas.

É o equivalente aos discursos de justificação e de aplicação, de que trata Klaus Günther, segundo circunstanciada exposição de Oliveira. Os discursos de justificação referem-

¹ *Idem*, p. 213.

se à validade das normas, à sua capacidade de universalização dos interesses; enquanto os discursos de aplicação referem-se à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto.¹

Pois bem, se o objeto do discurso jurídico são as decisões jurídicas, cumpre se proponham algumas regras de racionalização desse discurso.

Atienza, diz que o Direito não é só razão ou argumentação: é também burocracia e violência institucionalizada, em menor ou maior grau, mas sempre perceptível. Após lembrar os dualismos do Direito, como fato valor e norma e validade, eficácia e justificação, fala de um quarto enfoque: o *Direito como técnica* para a solução de determinados problemas práticos. Trata-se de uma visão instrumental, pragmática e dinâmica. Assim, conecta esse quarto enfoque do Direito com a argumentação e diz que ele leva em maior medida que os outros a consideração do Direito como argumentação. Isto porque a solução dos problemas de conflitos sociais passa necessariamente pelas quatro instâncias, a saber: legislativa; jurisdição; técnico-dogmática e filosófica. Cada uma a exigir seu método e todas unidas para o mesmo fim.²

Adverte ainda que uma teoria da argumentação não deve proporcionar unicamente critérios para identificar os bons argumentos, mas também, e sobretudo, os falsos, e particularmente os insidiosos maus argumentos, aqueles que parecem bons. A estes denomina *falácias*, que classifica em *formais* (como a mudança sutil do sentido das premissas), *materiais* (refuta um fato sem apoio numa boa razão) e *pragmáticas* (como a negação de uma prova que termina por prejudicar a quem devia favorecer).³

10. Justificação interna

Como já referido, a justificação interna trata de ver se a decisão se segue logicamente das premissas que se aduzem como fundamentação. Tradicionalmente, a primeira regra

¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Prestação Jurisdicional e Estado Democrático de Direito: Contribuição para uma Compreensão Constitucionalmente Adequada da Jurisdição. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, no. 85, jul/97. Belo Horizonte-MG: Editora da UFMG, pp. 103-123, p. 108. Para ele, os discursos de justificação apóiam-se na versão “Frac” do Princípio da Universalização, assim caracterizada:

“Uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais, que decorram como resultado da sua observância geral, sob circunstâncias invariáveis, para os interesses de cada indivíduo, puderem ser aceitos por todos.”

E os discursos de aplicação apóiam-se no Princípio da Adequabilidade, assim expresso:

“O critério formal de adequabilidade só pode ser a coerência da norma com todas as outras e com as variantes semânticas aplicáveis na situação.”

² ATIENZA, Manuel. *Derecho y argumentación*, pp. 22, 23 e 26/31.

³ *Idem*. Op. cit. pp. 60/69. Aqui o autor relata casos cuja solução a seu juízo envolveram as falácias citadas.

empregada manifesta-se sob a forma de silogismo jurídico: (1) o soldado deve dizer a verdade em assuntos de serviço; (2) o senhor M é soldado; (3) logo, o senhor M deve dizer a verdade em assuntos de serviço. O princípio de universalidade (3) serve de base ao princípio de justiça formal, consistente na obrigação de tratar da mesma maneira a todos os seres de uma mesma categoria. Para a concreção do princípio da universalidade, Alexy propõe as seguintes regras:

- para a fundamentação de uma decisão jurídica deve aduzir-se pelo menos uma norma universal;
- a decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto com outras proposições.

A seguir, a partir de fórmulas expressas sob o modelo algébrico, aduzidas do Código Penal tedesco, infere várias sentenças, das quais convém transcrever três:

- sempre que exista dúvida sobre se A é um T ou M, há que aduzir uma regra que decida a questão;
- são necessários os passos de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão já não seja discutível;
- há de articular-se o maior número possível de passos de desenvolvimento.

A articulação em cada caso deve obedecer a uma seqüência lógica e sistêmica, nos limites das premissas pré-estabelecidas, segundo o ordenamento jurídico vigente. Essas premissas são de distintas ordens, como regras de direito positivo, enunciados empíricos e regras que não se vinculam a enunciados empíricos nem a regras de direito positivo.

Mas aqui se trata só da estrutura formal da fundamentação jurídica, razão por que podem denominar-se de regras e formas da justiça formal.

11. Justificação externa

Na justificação interna, objetiva-se conduzir a decisão segundo as premissas previamente estabelecidas, enquanto a justificação externa vai mais fundo, ocupando-se da fundamentação (e correção) das premissas. Poder-se-ia ligar essas duas colocações às correntes hermenêuticas: a primeira é objeto da hermenêutica formal, segundo o modelo de Betti, que prega a correta aplicação da norma; enquanto a segunda ocupa-se a hermenêutica material, de Gadamer, que, antes da aplicação correta da norma, perquire qual é a norma correta.

Das regras de direito positivo, dos enunciados empíricos e das premissas que não são nem uma nem outra, a justificação externa diz respeito à terceira hipótese.

Alexy propõe as regras da justificação externa sob seis grupos, a saber: regras e formas de interpretação, a argumentação dogmática, o uso dos precedentes e as formas de argumentos jurídicos especiais, duas das quais merecem detalhar, como se faz abaixo.

11.1 As formas especiais de argumentos jurídicos compreendem, na metodologia jurídica, recursos como a analogia, o argumento em contrário, o argumento *a fortiori* e o argumento *ad absurdum*. Manifestam-se sob forma de inferências válidas, o que lhes permite duas vantagens: tornar compreensível sua forma lógica e aclarar o seu conteúdo não lógico. Essas formas de argumento servem para depurar a justificação racionalmente mais aceita. O mal uso desse método poderá produzir discursos sofisticados.

11.2 Regras e formas de argumentação empírica (*empiria*). Sua importância consiste em que quase toda forma de argumentação, prática geral ou jurídica, incluem enunciados empíricos, assim também, por meio da regra de transmissão, segundo a fórmula: “Qualquer falante pode em qualquer momento passar a um discurso teórico (empírico)”. Mas com isso, longe está de reduzir-se o direito a discurso empírico. Este apenas soma com as demais regras de justificação externa daquele.

Claro que o renomado jurista não terá encontrado a regra de ouro que conduza à segurança jurídica, contra os juízos morais subjetivos.¹ Com efeito, a atividade jurídica consiste basicamente em perseguir a verdade no seu sentido lógico e, como tal é inatingível, proclama-se por aproximação. A partir da verdade assestada e “apriorada”, persegue-se a regra de justiça, também inatingível como valor absoluto, porém proclamada pela maior aproximação.

Como não se quantifica o valioso, mas intui-se por apreensão e percepção o que vale mais, não se vislumbra possível aplicar algebricamente os critérios gerais e abstratos da argumentação jurídica na justificação da decisão judicial, porque se corre o risco de esbarrar em contradições insuperáveis. Contudo, invocam-se esses critérios, *a fortiori*, dado que iluminam a escura estrada e apontam caminhos de aproximação da justiça. Destarte, o intérprete oficial deve, para cada caso difícil, estabelecer premissas com base nas quais desenvolverá o seu discurso de justificação. Uma teoria para resolver cada caso que exija a intervenção de recursos periféricos – posta em prática pelo juiz Hércules, de que fala Dworkin.

Vigo, de maneira simplificada, qualifica de apropriada a justificação estribada nos requisitos da: a) coerência ou ausência de contradição; b) universalidade ou igual aplicação aos

¹ As suas intrincadas regras, como sói acontecer com as metodologias científicas, conduzem a um fim em si próprio – a teoria da argumentação girando em círculo em torno de si mesma, sem descer ao fim de que deveria apenas ser meio.

casos iguais; c) sinceridade, no sentido de evitar argumentos sofisticados; d) eficiência, ou direcionada à resolução do caso; e) suficiência, ou que expresse todos os argumentos fortes; f) controvérsia, no sentido de que enfrenta os argumentos contrários; g) contextualização, no sentido de que alinha os seus argumentos fiel à idéia de sistema. A seguir, declina que a justificação cumpre as seguintes funções: a) legitimadora, tanto do resultado como do sujeito intérprete; b) de controle por parte das instâncias revisoras; c) informativo-explicativa; d) persuasiva, e e) pedagógica, no sentido de que contribui à análise do conhecimento jurídico.¹

Habermas dedica o capítulo VI do seu livro – Faticidade e Validade – à “Justiça e Legislação: sobre o Papel e a Legitimidade da Jurisdição Constitucional”, onde retoma a discussão da teoria dworkiniana sobre o problema da racionalidade da jurisdição, cujas decisões devem satisfazer, simultaneamente, a critérios de segurança do direito e da aceitabilidade racional.

12. O espírito noético como pressuposto da argumentação jurídica

Porém, para tanto, em vez de especializar-se em fórmulas de objetivação de regras de justificação, o julgador precisa aprofundar seu conhecimento dos insumos sociológicos, filosóficos, psicológicos, dogmáticos, políticos, que, conquanto não componham a estrutura formal do direito, integram-lhes o conteúdo. Necessita embrenhar-se no interno mais profundo das profundas cavernas das camadas sociais, segundo o “método de inversão” de Bergson, assim descritas por Georges Gurvitch, ao levantar subsídios para definir a sociologia do espírito noético (ou do espírito humano):

- a) na *superfície da realidade social* encontramos, exteriormente, coisas perceptíveis e indivíduos: as bases geográficas e demográficas – a superfície material da sociedade, como os edifícios os meios de comunicação, os instrumentos, os produtos alimentícios. Essa superfície torna-se social no momento em que se transfigura profundamente pela ação humana coletiva e é inoculada pelos símbolos, idéias e valores que lhes são atribuídos pelo espírito coletivo;
- b) um pouco mais *abaixo da realidade social* deparamo-nos imediatamente com organizações, ou, antes, superestruturas organizadas – “*condutas coletivas, hierarquizadas, centralizadas, segundo padrões rígidos e refletidos, estabelecidos exteriormente*”, que exercitam coercitividade, que põem um abismo entre a realidade social formal da vida social espontânea;
- c) chegamos, desse modo, a um *nível de padrões* de espécies diferentes, de imagens estandardizadas, de condutas coletivas, não necessariamente rígidos ou estabelecidos

¹ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Jurídica*, pp. 37 e 38.

antecipadamente, podendo ser elásticos, flexíveis, sujeitos a modificações emanadas de ritos ou tradições, de práticas diárias, abrangendo modas em constante transformação, que, contudo, não afetam os padrões simbólicos-culturais, vinculados à região noética (valores espirituais e idéias);

d) sob esse universo de várias espécies de padrões, encontramos as *condutas coletivas desorganizadas*, tendentes a se tornarem práticas, competindo com os padrões ou até modificando-os, fato verificado particularmente quando os padrões culturais simbólicos cessam a capacidade de simbolização daquilo que são chamados a simbolizar;

e) esse exame leva-nos à camada mais profunda da realidade social, a dos *símbolos sociais* responsáveis pelas organizações, condutas e padrões culturais coletivos. Os símbolos tomam lugar entre as simples aparências e as coisas em si e dependem de ambas, ao mesmo tempo em que revelam por combinação e combinam por revelação. São ao mesmo tempo produtos e produtores da realidade social. Para Gurvitch, a linguagem é composta de símbolos, as bandeiras são símbolos de valores atribuídos a um grupo, o guarda civil é um símbolo da ordem estabelecida, as normas do direito e o processo são símbolos dos valores jurídicos e idéias assimilados a certas instituições. Não se confundem com os padrões nem são necessariamente estandardizados e generalizados;

f) penetrando mais na realidade social, encontramos, abaixo da dos símbolos, aqueles *comportamentos coletivos inovadores*, que quebram padrões e criam outros. É aqui que se registra a permanente luta entre a tradição e a revolução. Essas condutas inovadoras, mais notórias nas situações de efervescência social, como guerra, revolução, perturbações religiosas, reformas etc., guardam dependência mínima dos símbolos, suprimindo uns e enfraquecendo ou modificando outros;

g) abaixo da camada das condutas sociais criadoras e imprevisíveis, e, ainda, das condutas inspiradas pelos símbolos e padrões, deparamos uma região de *valores e idéias coletivas* que, como motivos-motores, inspiram a base espiritual dos símbolos;

h) por fim, chegamos à camada mais profunda da realidade social, à camada sedimentar da realidade social, ou do próprio espírito coletivo. *“Aqui, os valores espirituais e as idéias, definidas em relação a épocas sociais e a estrutura, devem ser apreendidos, aprovados e experimentados – o que evidencia a existência de mentalidades coletivas que aspiram a esses valores e idéias, por meio dos quais se explicam e resistem.”*¹

¹ GURVITCH, Georges. *Sociologia Jurídica*, pp. 68 a 73.

Notas conclusivas

De todo o exposto, podemos emitir algumas notas conclusivas do que, na verdade, estará sempre e cada vez mais inconcluso.

A argumentação deita-se sobre enunciados normativos e fatos e estes, juridicamente, não existem senão depois de valorados, socorrendo-se, ostensiva ou veladamente, dos valores, o principal insumo de quem argumenta.

A fundamentação objetiva justificar a decisão mediante os instrumentos internos e externos do direito, ou seja, a dogmática jurídica e elementos exteriores.

Na decisão judicial, a fundamentação cumpre várias funções, dentre as quais, a persuasiva e a pedagógica, e vai se sedimentando através de fios argumentativos, que, por sua vez, ancoram-se em razões explicativas e justificativas. É na sede da decisão judicial que a argumentação ganha contornos normativos, dado o seu compromisso com a verdade haurida do embate dialético.

Mas a principal função da fundamentação é a legitimadora. Destarte, na proclamação da norma de concreção, o juiz tem que justificar por que o fez, demonstrar que não usurpou a função legislativa; convencer que essa é a finalidade da lei interpretanda. A argumentação de valor, por sua vez, realiza a legitimação da finalidade da lei, porque a valoração do legislador fossilizou, tornando-se impotente para ditar a norma do futuro e do caso.

Diz-se na imprensa que não existe fato, senão versão dos fatos. Pois bem, na valoração dos fatos, o valor ingressa na cadeia argumentativa, cumprindo sua função atualizadora de sentido axiológico e normativo. O fato jurídico, nos autos do processo, é o interpretado e valorado. Na verdade, nem se sabe realmente qual é o fato verdadeiro, nem se verdadeiramente ocorreu. Tem-se versões e com elas se trabalha.

Destarte, os valores não são lógicos nem lúdicos. São coisa muito séria, ao mesmo tempo fluida, quando têm que ser, e sólida, quando necessário; tudo, porém, girando em torno de um eixo hirto. Os valores não pertencem à razão, mas são hauridos na instância superior da intuição sensível, em que o agente toma parte ativa no processo interpretativo, interagindo com os diálogos travados sobre os fatos e os instrumentos de justificação do direito, posicionando-se ostensivamente, sem a hipocrisia de fingir neutralidade para se aliviar da carga de responsabilidade que o decidir impõe.

Valorai, pois, a argumentação, para que ela tenha valor.