

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

BERNARDO GONÇALVES ALFREDO FERRNANDES

ILTON GARCIA DA COSTA

VITOR BARTOLETTI SARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bernardo Gonçalves Alfredo Ferrnandes, Ilton Garcia Da Costa, Vitor Bartoletti Sartori – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-135-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O presente livro aborda temas que, muito embora raramente tratados em conjunto, são de grande relevância na medida em que há possibilidade de uma análise que mostre certa confluência entre os mesmos. As temáticas que permeiam as distintas teorias da justiça, da decisão e da argumentação são muitas e, certamente, é possível tratá-las, até certo ponto, separadamente. No entanto, igualmente válido é observá-las em sua unidade. Temos em conta nesses termos, que um tratamento do Direito que deixe de problematizar a própria prática jurídica (bem como sua fundamentação) é, para dizer o mínimo, insuficiente. Neste sentido, pode-se considerar bastante proveitosa a posição segundo a qual, há uma unidade inseparável entre os textos que compõem o presente livro.

Justamente ao passar por uma grande variedade de temas e de autores, tem-se algo central à teoria do Direito contemporânea: a explicitação do fato segundo o qual qualquer abordagem jurídica envolve, ao mesmo tempo, a apreensão da especificidade do Direito e o modo pelo qual esta última relaciona-se com distintas esferas da sociabilidade, como a moral, a ética, a política, dentre muitas outras, as quais, de modos diversos, são tematizadas aqui.

Para que se ressalte algo, é bom trazer à tona um aspecto que não pode ser deixado de lado: é de conhecimento de todos aqueles que leram com o mínimo de atenção a obra de Hans Kelsen que sua Teoria pura do Direito não é uma teoria do Direito puro (embora seja necessário destacar que, por vezes, falte muita atenção na pesquisa jurídica realizada no Brasil). Por conseguinte, há de se perceber que mesmo um autor normativista, como Kelsen, que não tematiza a todo o momento acerca do processo decisório e da fundamentação das decisões judiciais, não fecha a porta de modo resolutivo à teorização acerca da maneira pela qual pode haver na prática jurídica, e não em uma teoria pura - uma relação necessária, por exemplo, entre o Direito e alguma posição moral, política, filosófica, etc, etc.

Ainda sobre o ponto, pode-se destacar que justamente o capítulo final da obra magna do autor abre um grande espaço para estas questões que, ao fim, aparecem quando se tem em conta a questão da interpretação, bem como de sua relação, a ser vista de um modo ou doutro, com a aplicação.

Certo é que interpretação e aplicação, a rigor, não podem ser retiradas de campo quando se aborda o Direito: tanto as codificações, quanto quaisquer espécies normativas, não dizem nada por si mesmas, não podendo haver uma fetichização do texto, como apontaram os mais diversos autores (muitos deles tratados por aqueles que contribuem para o presente volume).

Neste sentido, não pode deixar de ser interessante tratar dos temas aqui albergados em conjunto (mesmo que eles possam, como mencionamos, ser vistos separadamente também), sendo de bastante relevo para aqueles interessados na teoria do Direito e nas áreas a ela relacionadas a apreensão da especificidade, bem como da indissociabilidade, entre os diversos autores tratados neste volume.

É interessante que mesmo que se parta de Kelsen que pode ser visto como o maior autor do positivismo de cunho normativista, percebe-se que a questão da fundamentação, bem como da argumentação as quais remetem à problemática da justiça não podem ser tiradas de cena ao se tratar do Direito.

A questão, claro, ganha bastante destaque posteriormente ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, tendo-se, com este debate, uma problematização explícita tanto das bases filosóficas da teoria do Direito quanto do modo pelo qual, ao final, haveria uma relação entre Direito e moral, seja ao modo de um conceito semântico de Direito em que se tematiza a relação entre a perspectiva interna e externa, como em Hart, seja com uma concepção decididamente hermenêutica como a de Dworkin.

Outra questão a se destacar é que, embora o debate metodológico tenha se passado permeando principalmente a teoria do Direito de talhe anglo-americano, ele influenciou todos aqueles que, posteriormente, trataram do Direito com seriedade. A teoria do Direito alemã, com Alexy principalmente, dentre outras coisas, procurou debater com a concepção de Dworkin acerca dos princípios, trazendo à tona, novamente, questões que remeteram à filosofia e à teoria do discurso.

Neste sentido, é bom que se tenha claro: aquilo a ser conhecido ao se ter em conta as teorias sobre o Direito ganha mais amplitude ainda, sendo necessário ao jurista, por exemplo, averiguar a qual teoria acerca da linguagem adere: Austin? Wittgenstein? Habermas? Apel? Algum outro? Também neste sentido, o modo pelo qual aparecem os diversos textos deste volume (em conjunto) não deixa de expressar a situação particular na qual os estudos sobre o Direito se encontram explicitando-se justamente que uma concepção tecnicista acerca do Direito não é mais possível. Mais ainda: uma concepção tecnicista sobre o Direito, justamente ao não abordar aquilo no que sua argumentação se embasa aceita,

inadvertidamente, posições não explicitamente tematizadas. E justamente a tematização disto parece ser essencial.

Ainda para que se remeta ao modo pelo qual amplia-se o estudo do Direito ao se ter em conta o panorama atual um autor como Roberto Gargarella não deixou de mostrar como uma análise entre a posição de Rawls e de Dworkin poderia ser central e, neste sentido também deve-se destacar que, ao se tratar da teoria do Direito, também se tem uma conexão estreita com a teoria da justiça (embora não só com ela, claro). Ou seja, justamente a conformação do debate em torno do Direito atual propicia uma aproximação entre teorias da justiça, da decisão e da argumentação e, nesses termos, o presente livro talvez possa contribuir, mesmo que de modo modesto.

Poderíamos enumerar vários outros modos pelos quais a questão se delineia no presente livro, apontando, por exemplo, a importância da teoria de Honneth na contemporaneidade, ou as questões ligadas às minorias, ao racismo, ao sexismo e transfobia; poderíamos ainda destacar a importância destas questões passando pelo modo, por vezes apressado, pelo qual elas aparecem nos tribunais superiores no Brasil. No entanto, havendo destacado o cenário geral, passamos a citar os textos aqui trazidos a lume.

O primeiro texto diz respeito a temática entre a Hermenêutica filosófica e a teoria da Argumentação jurídica. Esse tema vem sendo objeto de debate na doutrina brasileira nos últimos anos, entre aqueles que são adeptos da hermenêutica filosófica e entendem que as teorias da argumentação desprezam a hermenêutica, e aqueles adeptos da teoria da argumentação, que entendem que os hermeneutas dão muito peso a hermenêutica e desprezam as técnicas de argumentação que produziriam racionalidade e segurança no processo de decisão do Direito. O texto se intitula: OS JURISTAS SABEM DO QUE ESTÃO FALANDO OU FALAM SOBRE O QUE SABEM? UM DIÁLOGO ENTRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; O segundo texto aborda a situação dos refugiados numa interface com a obra de Hans Kelsen e é intitulado A ILUSÃO DA JUSTIÇA POR KELSEN; O terceiro busca trabalhar a questão da fundamentação das decisões e é intitulado ANÁLISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO; Já o quarto texto apresenta uma crítica ao art.489 do novo CPC e é intitulado de TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INSUFICIÊNCIAS DO MÉTODO LÓGICO-DEDUTIVO E A PROPOSTA DE UMA RACIONALIDADE PRÁXIS; O quinto texto traz um estudo de Aristóteles, Kant e Sandel e é intitulado JUSTIÇA EM ARISTÓTELES, KANT E SANDEL: UM ESTUDO COMPARADO; O sexto texto trabalha

com Rawls e Dworkin tendo como base as teorias da justiça desses autores do liberalismo norte-americano e é intitulado A EQUIDADE EM UMA DEMOCRACIA: ANALISE COMPARATIVA ENTRE RAWLS E DWORKIN; O sétimo versa também sobre Dworkin, mas pela ótica da jurisdição constitucional e é intitulado CONTRIBUICOES DE RONALD DWORKIN A JURISDICAÇÃO CONSTITUCIONAL; O oitavo texto discute novamente a teoria da justiça pela ótica do embate entre o liberalismo e o comunitarismo e é intitulado IGUALDADE E DIFERENÇA: O CONCEITO DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR E ALÉM DO COMUNITARISMO E DO LIBERALISMO; O Nono texto volta a temática de Ronald Dworkin e a sua teoria da justiça a partir da ótica do planejamento e tem como título JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RONALD DWORKIN E A OBRIGACÃO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAR; O decimo texto trabalha com as teorias da justiça e é intitulado de LIBERALISMO, LIBERAL-IGUALITARISMO OU COMUNITARISMO?; O decimo primeiro ensaio trabalha a temática da relação entre a liberdade e a justiça, tendo como pano de fundo a perspectiva marxista, e é intitulado de LIBERDADE VERSUS JUSTIÇA SUBSTANTIVA: TEORIAS ACERCA DAS (DES)IGUALDADES E (NÃO)LIBERDADES NA VISÃO DE ROUSSEAU E MARX. TERA SIDO MARX INFLUENCIADO PELAS IDEIAS DE ROUSSEAU E ATÉ QUE PONTO?; O decimo segundo texto aborda a questão das normas de direito internacional na interface com a Corte Internacional de Justiça e é intitulado de NORMAS PROCESSUAIS E NORMAS SUBSTANTIVAS: A PRIMAZIA DAS NORMAS DE JUS COGENS E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA; O decimo terceiro texto trabalha a questão da fundamentação das decisões e é intitulado de O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE A IDEOLOGIA DA TEORIA POLÍTICA; O decimo quarto ensaio versa sobre a perspectiva pragmatista na teoria da decisão e é intitulado de MODELO PRAGMATISTA DE DECISÃO NO DIREITO: DO MENTALISMO INSTRUMENTAL À INTERSUBJETIVIDADE COMUNICATIVA; O decimo quinto ensaio trabalhou a obra do professor Humberto Ávila pela ótica da interpretação do direito e é intitulado de OS POSTULADOS NORMATIVOS NA DOUTRINA DE HUMBERTO ÁVILA E SUA APLICAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFÍCIS; O decimo sexto texto trabalha a obra do professor de Kiel Robert Alexy e é intitulado de RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY; O decimo sétimo ensaio trabalha a questão do pluralismo jurídico na teoria da decisão e é intitulado de AS FONTES PLURAIS DO DIREITO, A ATUAÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JURISDICCIONAL; O Decimo oitavo texto trabalha a obra do professor Axel Honneth e a crítica do mesmo as tradicionais teorias da justiça e é intitulado de AXEL HONNETH E A RECONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA: UMA TENTATIVA DE SUPERACÃO DO PARADIGMA DA DISTRIBUIÇÃO; O decimo nono

texto trabalha a obra de Paul Ricoeur e é intitulado de A TEORIA DA JUSTICA NA CONCEPCAO DE PAUL RICOEUR EM FACE DA INTERGERACIONALIDADE DO IDOSO BRASILEIRO; O vigésimo texto desse livro aborda a obra de David Trubek e é intitulado de A TEORIA SOCIAL DO DIREITO NA CONCEPCAO DE DAVID M. TRUBEK; Logo em seguida temos o importante tema da justiça de transição abordado no texto DAS DIVERSAS FORMAS DE JUSTICA E DA JUSTICA DE TRANSICAO; O vigésimo segundo texto trabalha os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e é intitulado de OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISAO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA/DERIVADA; O próximo ensaio trabalhou a obra de Amartya Sen na interface com o processo civil e é intitulado A IDEIA DE JUSTICA EM AMARTYA SEN E A RAZOAVEL DURACAO DO PROCESSO; Novamente temos o professor Amartya Sen como marco teórico, agora no tocante a questão do gênero no texto A IDEIA DE JUSTICA DE AMARTYA SEN: UM ENFOQUE SOBRE A IGUALDADE DE GENERO; O vigésimo quinto texto trabalha os conflitos intergeracionais e é intitulado de MORTOS, VIVOS E NAO NASCIDOS: CONFLITOS INTERGERACIONAIS LIGADOS AO PROGRESSO E AO RETROCESSO NAS DEMANDAS CONSTITUCIONAIS; O vigésimo sexto texto apresentado envolve o intenso e atual debate europeu sobre o multiculturalismo e a xenofobia e é intitulado de MULTICULTURALISMO, TOLERANCIA E XENOFOBIA: UMA CRITICA DO RECENTE CONTEXTO EUROPEU; O vigésimo sétimo texto aborda a questão da transexualidade e é intitulado de JUSTICA?! O NOME, O SEXO E A LIBERDADE TRANS; O vigésimo oitavo ensaio volta a questão da transexualidade a partir da ótica das teorias do reconhecimento e é intitulado TRANSEXUALIDADE E TEORIA DO RECONHECIMENTO: DE UM MODELO PATOLOGIZANTE A UMA NOVA MANEIRA DE PENSAR ATRAVES DA CONTRIBUICAO TEORICA DE NANCY FRASER.

Os organizadores convidam a todos a lerem os textos, que como já externalizado, guardam uma interface entre as teorias: da justiça, da argumentação e da decisão.

RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY

RATIONALITY OF JUDICIAL DECISION BY ROBERT ALEXY

Rafael Lazzarotto Simioni

Robson Soares Leite

Resumo

Um dos primeiros passos dados pelos pós-positivismos foi o de superar a proposta metodológica do positivismo jurídico face a resistência em admitir a submissão das decisões judiciais a critérios objetivos para além das normas jurídicas. Desta ambiência surgem inúmeras teorias, especialmente a teoria da argumentação jurídica [TAJ] de Robert Alexy, cuja finalidade é de conceber uma justificação racional de fundamentação para a decisão jurídica. O presente artigo, assim, tem por objetivo discorrer, ainda que em linhas gerais, a respeito dos mecanismos utilizados para afastar o decisionismo do seio jurídico, cuja subjetividade pode levar à arbitrariedade e, inclusive, à irracionalidade, comprometendo o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Argumentação jurídica, Decisão judicial, Ponderação, Regras e princípios

Abstract/Resumen/Résumé

One of the first steps taken by the post-positivisms was to overcome the methodological proposal of legal positivism in view of resistance to admit the submission of judicial decision to objective criteria beyond the legal rules. From this ambience arises numerous theories, especially the theory of legal argument [TLA] of Robert Alexy, whose purpose is to conceive a rational justification of reasons for the legal decision. This article therefore aims to discuss, even in general terms, about the mechanisms used to ward off decisionism from legal within whose subjectivity can lead to arbitrariness and even irrationality, compromising the Democratic State of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal argument, Judicial decision, Balancing, Rules and principles

INTRODUÇÃO

Os pós-positivismos apresentam-se como um dos fenômenos que nas últimas décadas determinaram, com significativa maneira, o desenvolvimento do direito e, em especial, do direito constitucional, na medida em que proporcionaram a reaproximação do direito com a moral, firmando um núcleo de direitos fundamentais e a normatização de princípios, elevados a categoria de mandamentos. Essas transformações garantiram, inclusive, a superação da legalidade estrita.

Ao revés do positivismo jurídico, os movimentos pós-positivistas além de resgatarem os valores éticos e os princípios morais do direito, cuidaram por não se afastar da segurança formal outorgada pelo direito positivo (SIMIONI, 2014a, p. 24).

De outro lado, a Constituição passou a ter destacado papel no sistema jurídico, apresentando-se não apenas como unidade de diferenciação entre direito e política, mas também como acoplamento estrutural entre esses sistemas funcionais da hodierna sociedade (NEVES, 2009, p. 57). Não somente isso, a Constituição, como diretriz semântico-político-jurídica, instituiu-se como o principal cabedal normativo de interpretação dos ramos do direito.

Nesse sentido, o estabelecimento de um núcleo de direitos fundamentais e a limitação dos poderes conduziram a uma ambiência dentro do espectro do constitucionalismo em que a atuação do Poder Judiciário recebeu maior atenção da sociedade e de seus cidadãos, especialmente o ato de decidir.

Diante deste cenário e conferindo concretude e realização à Constituição, como critério ideal de justiça, o estudo da fundamentação das decisões judiciais ganhou destaque, arena essa encampada pela Teoria da Argumentação Jurídica. Isso porque, perante o Estado Democrático de Direito não há mais como admitir o subjetivismo decisional do julgador, implicando na necessidade de que sejam estabelecidos critérios objetivos e determinados, orientando uma forma racional de exarar a decisão judicial.

A justificação racional do discurso jurídico tem estreita relação com o próprio Estado Democrático de Direito, porquanto somente se caracterizam como consensos jurídicos-racionais aqueles em que a justificação discursiva é possibilitada por meio de regras de argumentação (TOLEDO, 2005, p. 48).

Essa proposta vem de encontro com os esforços envidados por uma concepção de interpretação e argumentação da decisão jurídica cuja finalidade visava a obtenção de condições de possibilidade de mediação entre segurança e legitimidade, não alcançadas pelo positivismo jurídico. Para tanto, percebeu-se que haveria a necessidade de se constituir um equilíbrio entre

segurança formal e legitimidade material, deixadas a desejar pelo positivismo clássico do século XIX e pelo neopositivismo.

Destarte, ancorado no método analítico, o presente artigo tem o condão de analisar as proposições estabelecidas por Robert Alexy a partir da sua obra Teoria da Argumentação Jurídica (2001) em diálogo com a Teoria dos Direitos Fundamentais (1993), possibilitando, assim, uma correlação a respeito da ponderação de princípios como metodologia de decisão judicial e a necessidade de fundamentação racional.

Não se olvida que outros teóricos também se enveredaram na mesma linha de Alexy a fim de estabelecer propostas de realização prática e racional do direito, cada um certamente com suas particularidades e horizontes diversos como, a exemplo, Dworkin (1978; 1986), Castanheira Neves (1993), Habermas (1998), citando apenas alguns deles. Todavia, em razão da delimitação proposta por este estudo, não haverá espaço suficiente para enfrentamento das suas concepções.

Desta feita, a presente pesquisa revela sua importância científica, porquanto frente a uma hígida fundamentação jurídica da decisão judicial, exigência, inclusive, plasmada no art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988¹, a partir da metodologia apresentada por Alexy, é possível minimizar a subjetividade do magistrado no momento em que cumpre seu mister de decidir, capaz de torná-lo mais objetivo, racional e, por fim, correto, tudo de modo a contribuir para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

1 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY: RACIONALIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS POR MEIO DO DISCURSO JURÍDICO

A justificativa de que inúmeras atrocidades ocorridas em razão da Segunda Grande Guerra estariam respaldadas juridicamente, porque embasadas em normas formalmente válidas, desencadearam expressiva preocupação em determinar postulados de validade para o direito,

¹Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]; **IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” [BRASIL, 2015, grifo nosso].

fato que diretamente acabou por incidir e produzir reflexos sobre o conteúdo material das decisões judiciais.

Acreditava-se, anteriormente, que por meio do positivismo jurídico havia ocorrido a superação do jusnaturalismo. Neste azo, o positivismo apresentava-se, ao tempo, como um mecanismo que tornava totalmente convincente não apenas a existência do direito, mas também sua própria justificação.

Destarte, o direito era visto pelo positivismo como uma ciência formal, daí que a aferição da validade das normas estava condicionada exclusivamente ao fato de que sua edição proviesse de órgão competente, uma vez obedecido o trâmite legislativo determinado. Deste modo, o ordenamento jurídico era composto e observado a partir de uma perspectiva piramidal, quer dizer, normas inferiores retiravam sua validade quando decorrentes de normas superiores, até atingir a Constituição, e esta na norma tida por fundamental.

Ainda que o positivismo tenha buscado delimitar um caráter formal ao direito, livrando-o de aspectos metafísicos, o que demarcava sua objetividade para além da transcendência típica do direito natural, Hans Kelsen em sua obra “Teoria Pura do Direito” (2009), quando busca definir a norma, interpretando-a como uma moldura, acaba por admitir, entretanto, que na interpretação efetuada pelo julgador haverá uma certa margem de discricionariedade:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível (KELSEN, 2009, p. 390).

Mormente a existência dessa subjetividade, diante das amplas possibilidades de interpretação advindas no momento em que ocorresse a aplicação do direito, a advertência realizada por Kelsen apenas o é de que o aplicador do direito, ao interpretar a norma, mantenha-se dentro daquelas variáveis interpretativas constantes dessa moldura. Malgrado a objetividade pretendida pelo neopositivismo, percebeu-se mesmo assim que da interpretação decorreriam múltiplas possibilidades de respostas diante do caso concreto.

Essa situação revelou que a objetividade pretendida pelo positivismo não assegurava a existência de uma única resposta correta quando se interpretasse a norma. Em todo caso, dentro desse espaço denominado de moldura, o julgador, não obstante adstrito ao direito posto, ainda detinha uma margem discricional de interpretação que ficava ao seu alvedrio, falhando o positivismo por afastar o critério do subjetivismo decisional.

O próprio Kelsen não recomenda nem mesmo endossa nenhum método de interpretação, deixando a encargo do intérprete a eleição daquela que julgará ser a mais adequada forma de interpretação a ser aplicada no caso prático-concreto. Não obstante, ele insiste em advertir, tão só, que ela deverá se manter adstrita à moldura.

Todavia, conceber o direito como mera ciência formal deixava de levar em conta que ele mesmo está umbilicalmente ligado ao ser humano e, por consequência, a seu comportamento. Essa circunstância se repercutiu de tal maneira que se tornou insustentável permanecer compreendendo o direito de modo estático, friamente apegado ao critério da letra e unicamente sob o aspecto de sua validade formal.

Deste modo, imprescindível era que o direito contivesse um conteúdo moral e ético mínimo em sua estrutura. Assim, ainda que adstrito ao direito positivo, o juiz deveria considerar em sua sentença uma carga axiológica, ou seja, para além das normas, não poderia desapegar-se de questões relativas a valores socialmente relevantes que se encontrassem em jogo mesmo que em sentidos totalmente opostos.

Nesse compasso, vencer a subjetividade do julgador, portanto, foi/é um dos maiores desafios das concepções não-positivistas de argumentação jurídica. Elas propõem como objetivo a necessidade de que seja apresentada uma resposta jurídica dotada de racionalidade, a fim de eliminar as preconcepções internas que anteriormente estavam centradas na pura discricionariedade do julgador.

Essa preocupação ganha maior destaque em razão da atribuição ao magistrado de certa autonomia em virtude da presença de conceitos abertos na Constituição, dependentes estes de valoração e atribuição semântica. Ademais, a superação da perspectiva segundo a qual os comandos constitucionais não podiam ser mais observados como meras normas programáticas, porquanto dotados de aplicabilidade imediata, atribuiu um encargo ainda maior ao julgador diante dos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Pensando assim, os fenômenos pós-positivistas conceberam metodologias não apenas de aplicação do direito como também de racionalização do próprio processo de interpretação, uma vez que a segurança jurídica restaria estremecida quando ausentes balizas que permitissem fosse a decisão judicial revestida de alguma subjetividade e liberdade de interpretação. Para tanto, a aposta para se vencer o decisionismo foi atribuída ao método. Os obstáculos não superados pelo positivismo seriam então transpostos caso fossem observados cada um dos passos estabelecidos por uma metodologia.

Nesse sentido, inobstante a existência de inúmeras outras teorias de argumentação jurídica, até porque o espaço de exposição ora estabelecido é deveras limitado, o desafio que se

propugna é analisar o procedimento metodológico estabelecido por Robert Alexy, mesmo que em linhas gerais, sem descurar, quando necessário, de um consistente aprofundamento.

Pois bem. De modo significativo, o sistema jurídico nacional, em especial o Supremo Tribunal Federal, tem apreendido que os direitos fundamentais podem ser observados mediante a configuração de normas-princípios e normas-regras². O responsável por essa teoria é o alemão Robert Alexy (1993), que inclusive contribuiu para que fosse superada a discussão positivista existente contra a teoria de Ronald Dworkin (2010), porque havia negação do caráter normativo dos princípios por ele defendidos.

Alexy, para tanto, desenvolveu o que se denomina de constitucionalismo discursivo (ALEXY, 2011). Segundo ele, a observância do método gera racionalidade nas decisões judiciais. A obra homônima estriba-se, pois, na defesa da proporcionalidade como princípio e na metodologia da ponderação como o centro da dogmática como também da colisão entre os direitos fundamentais.

Por meio da pretensão de correção³ do discurso – ideia central para compreensão da relação entre as normas princípios/regras e decisão fundamentada racionalmente – poderiam os aspectos valorativos ser incorporados na interpretação e aplicação do direito, já que se o ordenamento não admitisse a pretensão de correção, as decisões se tornariam injustas. Isso porque, face à efetiva possibilidade de colisão de princípios envolvendo direitos fundamentais, a solução deveria ser ponderá-los, o que implica valorar os interesses postos em discussão⁴, ou seja, assegurar qual dos princípios, abstratamente da mesma dimensão, no caso concreto, tem maior peso.

Destarte, a pretensão de correção é o que dotaria a sentença de uma carga legitimatória, consistindo ela, então, no liame estabelecido, conforme propõe a Teoria da Argumentação Jurídica [TAJ], entre a decisão que se vale da ponderação de princípios e a racionalidade na

²Por meio do Supremo Tribunal Federal houve uma ampla generalização da teoria argumentativa de Alexy, tanto que a prática forense tem reiteradamente adotado expressões típicas dessa teoria, deixando de observar que se trata, em verdade, de uma proposta metodológica e não princípios implícitos da Constituição (SIMIONI, 2014).

³A compreensão acerca da pretensão de correção é deveras necessária, porque através desse conceito é que se observa a relação de ponderação entre princípios e regras com a capacidade de se obter uma decisão racionalmente fundamentada.

⁴Para explicar no que consiste a ponderação, Alexy se socorre de um caso que foi apreciado perante o Tribunal Constitucional Alemão dizendo: “A diferença entre regras e princípios se mostra com grande clareza no conflito entre regras e nas colisões de princípios. [...]. De maneira totalmente distinta se pronunciará o Tribunal sobre a realização de uma audiência oral contra um acusado que corre o perigo de um derrame cerebral ou de um infarto. O Tribunal observa que em tais casos existe uma relação de tensão entre o dever de o Estado de garantir uma efetiva aplicação do Código Penal e o direito do acusado à sua vida e sua integridade física [...]. Esta relação deveria ser solucionada de acordo com a máxima da proporcionalidade. O que importa aqui é saber qual dos dois interesses, abstratamente da mesma dimensão, tem um peso maior no caso concreto. No caso que havia de se decidir, tratava do perigo concreto e provável de que o acusado, em caso de realização da audiência oral, perderia sua vida ou sofreria graves danos à sua saúde.” (ALEXY, 2004, p. 162-163, tradução nossa).

fundamentação a que lançou mão o julgador, decisão adjudicada. Em outras palavras, a pretensão de correção é o elemento axiológico-discursivo que outorga à decisão judicial a qualificação que lhe reveste de legitimidade.

Destarte, mediante a teoria do discurso jurídico, Alexy reforça ser imprescindível um procedimento mediante argumentos para se propor uma verdadeira fundamentação, perfectibilizando uma condição de possibilidade com o espoco de conferir validade à pretensão de correção.

A pretensão de correção vincula a decisão, incluindo uma pretensão de correção moral, daí a existência de um contato entre direito e uma moral, tida por correta, ou seja, por intermédio dela um elemento discursivo-moral é inserido o que outorgará legitimidade à decisão judicial. Por intermédio da pretensão de correção seria demonstrado que o direito está diretamente ligado a moral discursiva:

Esta ideia não é, de modo algum, vazia. Sua vinculação com o direito significa que ao direito pertence não só as regras especiais de fundamentação jurídica, como também as regras gerais de argumentação moral, porque o que é correto no âmbito da moral, também o é em virtude destas regras. Além disso, a ideia de uma moral correta tem o caráter de uma ideia reguladora no sentido de um objetivo que se aspira. Nesta medida, a pretensão de correção conduz a uma dimensão ideal necessariamente vinculada com o direito (2004, p. 84-85).

Neste flanco, a marca que distinguiria o conceito de direito estaria encetada na pretensão de correção. Isso porque, na aspiração de romper com uma discussão existente de há muito tempo, Alexy (2004, p. 13-14) aventa um conceito de direito que deve relacionar três elementos, a saber: a) legalidade conforme o ordenamento jurídico; b) eficácia social; e, c) correção material (2004, p. 21). Expurgando a legalidade conforme o ordenamento jurídico e a eficácia social, obtém-se um conceito de direito voltado ao direito natural [jusnaturalismo]. Porém, ao alijar a correção material da semântica do direito, retorna-se ao movimento positivista, porquanto o conteúdo não constitui critério axiológico para estabelecer o conceito de direito.

Nessa ambiência reside a discussão em torno da relação de direito e moral, pois defendem os positivistas que o direito deve se encontrar despido de elementos morais, desautorizando que as normas jurídicas, no caso, a decisão judicial, faça menção a aspectos axiológicos. Mas, já os não-positivistas, em especial, os decorrentes das variadas frentes dos pós-positivismos, não admitem que o direito se encontre divorciado de valores morais.

Após enfrentar o problema do positivismo jurídico, enveredar sobre as concepções do direito e da sua própria validade, o jusfilósofo alemão advoga um conceito para o direito:

O direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste em uma totalidade de normas que pertencem a uma Constituição com eficácia geral e não são extremamente injustas, bem como a totalidade de normas promulgadas de acordo com esta Constituição e que possuem um mínimo de eficácia social ou probabilidade da eficácia e não são extremamente injustas e ao qual (3) pertencem os princípios e os outros argumentos normativos em que se apoia o procedimento de aplicação do direito e/ou tem que se apoiar a fim de satisfazer uma pretensão de correção (ALEXY, 2004, p. 123).

Cada um dos componentes, sugeridos na definição que Alexy dá ao direito, conforma-se aos argumentos da correção, da injustiça e dos princípios. Isso corresponde ao fato de que na primeira formulação é exigência da norma jurídica que ela tenda a ser satisfeita por meio de uma justificação racional. Na segunda, o critério da justiça fica evidente, pois deve estar presente seja na Constituição como também das normas que dela decorrem, o que lhes confere validade. Por fim, o terceiro possibilita uma ampliação daquilo que pertence ao direito, quer dizer, o integraria princípios que não necessariamente seriam identificados como jurídicos, tomando a Constituição como critério de validade, e aqueles argumentos normativos que fundamentam a própria decisão jurídica.

Alexy reconhece, não só ele, mas inúmeros outros jusfilósofos, que o silogismo jurídico é inviável para a adequada solução dos múltiplos casos sob apreciação do Judiciário (GUANDALINI JÚNIOR, 2011, n. 54, p. 154), face quatro razões, que se apresentam como problemas a serem solucionados mediante a argumentação jurídica, a saber:

[...] (1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto (ALEXY, 2001, p. 17).

Com efeito, torna-se um problema a justificação das decisões judiciais quando se admite a escolha de uma possibilidade de solução jurídica dentre variadas alternativas abstratamente consideradas diante de um caso prático-concreto (SIMIONI, 2014a, p. 242-243).

De certo, os variados métodos de interpretação, até então existentes, como o sistemático, o lógico, o teleológico, entre outros, carregam em si a potencialidade de levar o intérprete a resultados diversos quando a escolha sobre qual deles adotar está centrada no

próprio intérprete. Ora, diante de variadas respostas jurídicas, extraídas a partir desses “métodos”, resta indagar: qual delas deve ser adotada?

A solução, todavia, não seria simplesmente resumir qual desses métodos é o mais adequado ou se estariam escalonados em uma ordem hierárquica, porque a própria eleição estaria permeada de uma carga subjetiva, retornando ao ponto inicial da discussão sobre a correta justificação da decisão.

Nesse sentido, a superação da subjetividade na escolha do método de interpretação conduz a proposição de uma nova racionalidade a ser obtida por meio da argumentação. Destarte, em face do discurso jurídico o desafio é desenvolver uma teoria que seja normativa e analítica, justamente porque se busca critérios racionais para a decisão jurídica a partir das balizas que estruturam o Estado Democrático de Direito.

A Teoria da Argumentação Jurídica [TAJ] de Alexy, assim, é a tentativa de estabelecer um método de redução da subjetividade das interpretações por meio da edificação de regras de interpretação a fim de que seja possibilitada a interpretação de regras. A partir de um conjunto racionalmente estabelecido e explicitável de mecanismos de interpretação a interpretação de regras estaria assegurada conferindo não apenas ao intérprete e aplicador como também os destinatários dela maior segurança jurídica.

Dessarte, a argumentação jurídica, como caso especial da argumentação prática geral, compreenderia a correção das afirmações normativas, como pondera Alexy:

De importância central é o pensamento de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O ponto comum do discurso jurídico e do discurso prático geral é que as duas formas de discurso se preocupam com a correção de afirmações normativas. Terá de ser fundamentado que tanto na afirmação de uma constatação prática geral, como na afirmação ou apresentação de uma constatação jurídica se propõe a reivindicação da correção. O discurso jurídico é um caso especial, visto que a argumentação jurídica acontece no contexto de uma série de condições limitadoras. Aqui devem ser nomeados principalmente seu caráter de ligação com a lei, a consideração pelos precedentes, a inclusão da dogmática usada pela ciência do Direito, bem como - é claro que isso não vale para o discurso da ciência jurídica - sua sujeição às limitações impostas pela [sic] regras de ordem processual (2001, p. 26-27).

Para a compreensão do que sejam afirmações justificáveis racionalmente, Alexy estrutura vinte e duas regras e seis formas de argumentação, a fim de compor uma teoria geral do discurso prático racional (2001, p. 27). Desta feita, ao monitorar a argumentação tornar-se-ia mais fácil alcançar afirmações normativas bem mais fundamentadas, funcionando, destarte, como juízo de julgamento da correção normativa.

Contudo, a eleição de um melhor argumento, obtido mediante objetiva e racional justificação ainda é insuficiente diante da vasta gama de argumentos existentes diante do discurso prático geral, daí que sua delimitação pelas normas jurídicas, quando dotadas de legitimidade, limitariam as hipóteses possíveis de interpretação e confeririam o caráter cogente de cumprimento da decisão jurídica (ALEXY, 2001, p. 267-268).

Diante deste quadro, quando observados os procedimentos firmados de forma racional a serem aplicados às decisões, a possibilidade de se deparar com decisões judiciais injustas e carregadas de subjetividade será categoricamente inferior. É que a argumentação jurídica expurgaria das decisões tudo o que não fosse racionalmente aceitável e justificável, tornando possível a aproximação do direito à correção e à justiça.

Isso tudo porque, ao que parece, Alexy quando trata da “fórmula peso”, tem por objetivo dotar, de tal forma a ponderação ou atividade de sopesar de um grau de racionalidade, que a própria legitimidade da decisão seria constatada/aferida por intermédio da fundamentação racional utilizada (ALEXY, 2011, p. 131-153).

Entretanto, a melhor compreensão deste cenário revela ser indispensável como ocorre a distinção que Alexy faz das normas jurídicas entre princípios e regras, o que se dará por intermédio do próximo tópico.

2 PONDERAÇÃO E DISTINÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

A inserção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico atribuiu uma nova roupagem à ciência do direito. Nesse viés, o direito não mais poderia ser compreendido apenas como mecanismo de regramento social, visto que encampava, a partir de então, outras áreas como a necessidade de limitação do poder estatal e as obrigações deste para com seus cidadãos.

Com o advento das concepções relativas ao Estado Social, “os direitos fundamentais deixaram de ser apenas limitações ao poder do Estado” (SIMIONI, 2014a, p. 271), passando à concepção de princípios, cuja força normativa desencadearia reflexos sobre todo o sistema jurídico-social. Porém, havia de um lado certa dificuldade de definição da natureza das normas presentes no sistema jurídico e de outro a real possibilidade de colisão entre elas.

Diante deste quadro, Alexy estabelece uma diferenciação das normas jurídicas concebendo-as ora como princípios, ora como regras⁵, constituindo ela a base da fundamentação jusfundamental (ALEXY, 1993, p. 81). O modo em que se opera a aplicação que é atribuída às normas figura, assim, como o elemento que assegurará tal distinção.

Com efeito, por meio da distinção entre princípios e regras haveriam condições de se desenvolver uma metodologia em que os princípios poderiam ser ponderados, demonstrando, com isso, de forma racional e objetiva qual deles prevalecerá diante de uma eventual colisão. Entretanto, essa ponderação só será viável por meio de um ambiente em que existam reais condições para sua realização.

In casu, a argumentação jurídica compreenderia esse âmbito em que a ponderação seria concretizada por ocasião da decisão jurídica, evidenciando sua racionalidade, ou seja, tornando-a uma decisão adjudicada. Ao mesmo tempo em que restaria afastado o subjetivismo decisional, demonstrando o caráter objetivo que as decisões necessitam ter, a argumentação acerca de direitos fundamentais autorizaria a abertura do sistema jurídico para a inserção de valores morais (ALEXY, 1993, p. 25).

Nessa quadra, a argumentação não sobreviria tão só por intermédio de discursos jurídicos como também através de discursos práticos (SIMIONI, 2014a), ou seja, comporia a racionalidade da decisão argumentos decorrentes de outras órbitas sistêmicas, como exemplo, do sistema moral. A justificativa, para tanto, decorre do fato de que os direitos fundamentais carregam em si mesmos uma carga de princípios morais, logo, a argumentação jurídica deverá englobar discursos práticos gerais, não se limitando aos discursos jurídicos.

Para tanto, Alexy compreende que as regras teriam um caráter de mandados definitivos, enquanto os princípios seriam, em verdade, mandados de otimização. Isso porque,

[o] ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são *mandados de otimização*, enquanto as regras têm o caráter de *mandados definitivos*. Enquanto mandados de otimização, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida de sua satisfação depende não só das possibilidades fáticas como jurídicas, que estão determinadas não só por regras como também, essencialmente, pelos princípios opostos. (ALEXY, 2004, p. 162, grifo no original, tradução nossa).

⁵Alexy confere uma distinção diversa entre regras e princípios daquela empregada por Dworkin. Segundo a teoria alexyana, princípios e regras decorrem de uma questão de positividade, já Dworkin pondera que os princípios são princípios de moralidade política, não carecendo de obrigatoria positividade, e as regras são as normas positivadas nos textos jurídicos. (SIMIONI, 2014a, p. 274).

Neste compasso, os princípios como mandados de otimização serão satisfeitos em um melhor patamar possível, visto que deverão ser levados em conta não só as possibilidades jurídicas, estas conferidas pela gama de situações dispostas no ordenamento jurídico, como as possibilidades fáticas que o caso concreto comporta. Por exemplo, quando em discussão se encontrar um princípio, a ponderação se valerá das condições econômicas para aferir no caso concreto as possibilidades fáticas de sua realização. É a partir dessas possibilidades fáticas que hoje se observa a disseminação de expressões como reserva do possível, mínimo existencial, e etc. Assim, pode se dizer, em verdade, que os princípios são mandados de ponderação.

Alexy também utilizará o grau de generalidade da norma como critério de distinção para saber se uma norma se apresenta como regra ou princípio. Se porventura determinada norma tenha um grau elevado de generalidade será considerada princípio, contudo, se ao invés de caráter “aberto” a norma seja mais específica, isto é, “fechada”, receberá o caráter de regra (ALEXY, 1993, p. 83).

Ainda outra forma distinção seria aquela que considera uma norma em princípio quando ela pode se constituir fundamento para outra norma. Deste modo, as normas que são fundamento de outras apresentam-se revestidas da natureza de princípios, porém são regras aquelas fundamentadas por outras normas (ALEXY, 1993, p. 84).

Todavia, a distinção entre princípios e regras fica mais aparente através da solução que Alexy dá frente o conflito de regras e colisão de princípios. No caso do conflito entre regras (ALEXY, 1993, p. 88-89), tal é resolvido mediante a inserção de uma cláusula de exceção, quer dizer, a validade de cada norma em choque é aferida de modo que a aplicação de uma leva à invalidação da outra.

O exemplo fornecido pela teoria alexyana sugere que a solução poderia se dar através de regras como “*lex posterior derogat legi priori*” y, “*lex specialis derogat legi generali*”, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto” (ALEXY, 1993, p. 88). Nas regras, o que está em jogo é uma questão de validade.

Já no que diz respeito aos princípios (ALEXY, 1993, p. 89-90), as colisões devem ser solucionadas de maneira distinta, por intermédio da ponderação. Quando dois princípios entram em colisão, um deles deve ceder ao outro, o que não acarreta tornar inválido o princípio que deixou de ser aplicado, nem mesmo seja necessária a introdução de uma cláusula de exceção.

Nesse flanco, somente diante do caso concreto é que poderá ser aferido qual dos princípios tem maior peso. Isso implica considerar que, diferentemente das regras, no caso dos princípios, o que está em xeque é uma questão de peso, determinando as circunstâncias práticas qual deles deve ser prestigiado em detrimento do outro.

Entretanto, a distinção apenas entre regras e princípios é insuficiente para um sistema de direito orientado pelo conceito de razão prática, o que, para o qual, deve ser estabelecido um procedimento. Alexy, então, aponta um sistema jurídico composto por três níveis, ou seja, modelo de regras/princípios/procedimento.

Através do procedimento, a racionalidade na aplicação do direito estaria salvaguardada, quer dizer, por meio dele seria extirpada da decisão qualquer subjetividade, que a tornaria arbitrária, levando o aplicador a encontrar para a situação, através da argumentação, uma decisão consentânea ao caso concreto (ALEXY, 2004, p. 173).

Alexy estabelece dentro deste procedimento regras para se proceder à ponderação, consistindo elas em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Todas estão englobadas pela máxima da proporcionalidade. É importante mencionar que apesar de a doutrina jurídica comumente referir-se à proporcionalidade atribuindo-a o sentido de princípio, em verdade se trata de uma regra, porquanto não há a possibilidade de ser satisfeita da melhor forma possível. A proporcionalidade é uma regra que só pode ser cumprida ou descumprida.

Com relação à adequação, busca-se estabelecer uma adequação acerca das possibilidades fáticas existentes diante do caso concreto. Há, assim, que se determinar uma referência quanto à adequação fática mediante os meios e fins decorrentes dos próprios princípios. Nesse sentido, a adequação possibilita uma análise fática a respeito dos meios razoáveis para cumprimento dos objetivos dispostos pelos princípios. Em outras palavras, a adequação é o passo para responder à indagação de que se o meio eleito pode atingir realmente a finalidade proposta pelo princípio, isto é, se ele efetivamente é o mais adequado para alcançar tal finalidade.

O segundo passo desse procedimento é a necessidade. Se for impossível substituir um meio não adequado por outro, deverá a argumentação acerca da ponderação avançar para a necessidade. Desta feita, a necessidade é a causa que justificará que um princípio seja afastado para dar lugar e realizar outro princípio. Portanto, quando a questão da adequação não fornecer as condições de otimização mediada entre os meios e fins a serem alcançados pelos princípios, a alternativa será afastar um dos princípios em jogo. No caso concreto, a necessidade justificará que um princípio dê lugar a outro, quando estiverem em rota de colisão.

Contudo, Alexy aponta para a existência de casos difíceis diante dos quais tanto o juízo de adequação como o juízo de necessidade por si sós não serão suficientes para resolver a existência do conflito entre princípios. Daí que a proporcionalidade em sentido estrito se constitui no próprio meio para ponderar os princípios. A proporcionalidade em sentido estrito

corresponderia na obrigatoriedade que o julgador tem de lançar mão de uma ponderação para as inúmeras soluções alcançáveis para um caso concreto. Por meio da ponderação, então, é possível demonstrar as condições existentes para se aplicar um princípio em detrimento de outro, isto é, as condições de precedência (ALEXY, 1993, p. 129).

Com isso percebe-se que é de total importância o procedimento, porquanto para proceder à ponderação de princípios, a atividade intelectual não pode ser discricionária, ao contrário, impõe ser adjudicada por intermédio de uma racionalidade, a fim de que lhe possa ser conferida *status* de legitimidade.

Alexy, assim, assevera que “uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente” (ALEXY, 1993, p. 159). Isso porque, “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deverá ser a importância da satisfação do outro”. (ALEXY, 1993, p. 161).

Com isso, a fundamentação adjudicada para o caso concreto só será viável se houver uma base para o desenvolvimento da argumentação jurídica através de procedimentos argumentativos que evidenciem a racionalidade da própria decisão, alcançada, *in casu*, através da sujeição ao próprio procedimento estabelecido para que se proceda à ponderação de princípios.

O que se percebe é que a justificação racional deve orientar a ponderação existente entre os princípios, porquanto só no caso concreto e através da racionalidade da decisão é que será demonstrada a necessidade de prevalência de um princípio sobre o outro e as razões do porquê dessa sobreposição, até mesmo face não possuírem um peso determinado em si mesmos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo ora apresentado teve o condão de apontar que há necessidade de se garantir uma adequada fundamentação jurídica das decisões judiciais, ou seja, uma decisão adjudicada por uma racionalidade obtida mediante argumentação. Nessa medida, propôs-se que por meio da Teoria da Argumentação Jurídica [TAJ] de Robert Alexy tornar-se-ia viável o alcance do desiderato de correção na atividade última do julgador, que é de sentenciar.

Neste compasso, o tratamento não uniforme, por ocasião da sentença, desapegado de uma racionalidade tende a aviltar a segurança e a igualdade, pilares do Estado Democrático de Direito. Assim, a própria decisão judicial deve ser provisionada de legitimidade, que *in casu*

será possível se for devidamente aplicada a metodologia proposta por Alexy, contribuindo, deste modo, na promoção de decisões corretas e aquinhoadas de justiça.

A aproximação da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Teoria da Argumentação Jurídica sustentaria as decisões por meio de uma legitimidade discursiva, vindo de encontro com a previsão do art. 93, inciso IX, da CRFB/1988, o que possivelmente não é muito observado na prática forense brasileira. A práxis judicial demonstra uma grande aplicação da metodologia proposta por Alexy, entretanto, desapegada de seus fundamentos. Em verdade há um recorrente uso de expressões como ponderação, proporcionalidade, razoabilidade, balanceamento que ao fundo não refletem integralmente a proposta metodológica de interpretação e argumentação da decisão jurídica.

Neste azo, apenas reconhecer a existência, por exemplo, de que há diferença entre princípios e regras, mas não dotar de racionalidade a aplicação da ponderação dos princípios jurídicos, volve-se ao grande problema do positivismo, que deixava ao encargo do intérprete compor de sentido a norma jurídica, tudo de forma subjetiva e carecendo de fundamentação.

Nesse sentido, há de existir uma racionalidade para fundamentar a decisão, especialmente quando for observada a existência de colisão de princípios, carecendo, assim, que se proceda a uma ponderação. Por essa razão, a existência de boas razões não torna por si só a decisão racional, mas porque a discussão em decorrência do procedimento estabelecido é que leva a conclusão de que existem boas razões para ela.

Para tanto, apenas será considerada como legítima a decisão que pondera princípios aquela que pode ser racionalmente fundamentada, circunstância alcançada por intermédio de uma ação humana discursiva. Com isso, o julgador tem a incumbência de explicitar suas razões de forma argumentativa oportunizando aos destinatários da decisão conhecer os fundamentos que o levaram a chegar à tal conclusão. Talvez seja por essa razão que a Lei n. 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), capitulou no § 1º do artigo 489 aquilo que considera não ser uma decisão fundamentada, demonstrando a necessidade de harmonização da atividade última do julgador com o vigente sistema democrático.

Destarte, a sistemática do constitucionalismo discursivo sufragado pela Teoria da Argumentação Jurídica endossada por Robert Alexy, no caso, teoria procedimentalista da argumentação jurídica, tem a capacidade, ao que se notou, de expurgar da decisão quaisquer traços de subjetividade, atribuindo-lhe a indispensável racionalidade, fato que impede a ação discricionária do julgador.

Entretanto, em que pese necessário, não basta que haja uma ação humana discursiva fundamentada para conferir à decisão teor de legitimação, o próprio método discursivo eleito

também deve ser provisionado de elementos capazes de atribuir à adjudicação da decisão respaldo que se compatibilize com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A fórmula de peso**. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

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

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2015.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 ago. 2015.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978.

GUANDALINI JÚNIOR, Walter. **Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, n. 54, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A sublimação jurídica do discurso político nas teorias da interpretação, argumentação e decisão jurídica**. João Pessoa: Conpedi, 2014.

_____. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014a.

TOLEDO, Cláudia. **Teoria da argumentação jurídica**. Belo Horizonte: Veredas do Direito, v. 2, n. 3, jan./jun. 2005.