

PANÓPTICA

O PLANO DE ORGANIZAÇÃO DO DIREITO COMO INTERPRETAÇÃO: UMA HERMENÊUTICA DO JUÍZO A PARTIR DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

Murilo Duarte Costa Corrêa

*Mestrando em Filosofia e Teoria do Direito pela UFSC.
Graduado em Direito pela UFPR. Advogado.*

Resumo. O presente trabalho visa a discutir a possibilidade teórica de reunir sob um mesmo plano de organização as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy sobre o direito. A tese central consiste em traçar, a partir de uma proposta não-reducionista, o plano de organização do direito como interpretação.

Palavras-chave: Teoria do Direito – Dworkin – Alexy – Hermenêutica – Interpretação.

Abstract. The present work aims to discuss the theoretical possibility of reuniting under the same plan of organization Ronald Dworkin's and Robert Alexy's theories on Law. The central thesis consists on outlining, since an un-reductionist proposal, the Law as interpretation's plan of organization.

Keywords: Theory of Law – Dworkin – Alexy – Hermeneutics – Interpretation.

INTRODUÇÃO

Uma tentativa de elaborar um plano de organização do direito como interpretação não poderia passar-se do trabalho com dois autores fundamentais à teoria contemporânea do direito: Ronald Dworkin e Robert Alexy. Embora ambos partam de premissas relativamente diversas, é possível descobrir cuidadosamente pontos de contato entre suas obras – afinal, ambos constituem importantes peças do pós-positivismo, ou neoconstitucionalismo, com sólida influência entre os juristas e filósofos do direito brasileiros.¹

Assim, tencionamos esboçar a problematização comum a tais autores, que passa, inegavelmente, pela decisão singular, seus critérios, seus limites, a admissão de valores no interior da norma e, sobretudo, a possibilidade de uma teoria do direito que o entende como

¹ É o caso de Luis Roberto Barroso e de Humberto Ávila, por exemplo. Cf., a propósito, BARROSO, Luis Roberto. *A doutrina brasileira da efetividade*. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

produto de uma *construção interpretativa*. Seus pontos de partida colocam-se, igualmente, de perto, possibilitando falar em um plano de organização do direito como interpretação, na medida em que o que os move seria uma certa insatisfação com modelos do positivismo jurídico no que toca à teoria da norma, à teoria da discricção judiciária, ao afastamento de uma axiologia ou de uma teoria política etc.

Por vias assumidamente ideais, embora se trate da argumentação, da interpretação ou do discurso jurídico, Dworkin chega, ao final, a uma teoria do direito como integridade, a qual teremos a oportunidade de estudar brevemente, enquanto Alexy busca uma metodologia jurídico-interpretativa, recortada sob o fundo de uma argumentação prática em geral.

Contudo, não o fazem sem partilhar diversos pontos de partida: uma caminhada idealista, supondo valores universais, e um modelo jurídico que, embora se pretenda baseado na construção interpretativa, integrando em si norma, dados empíricos, políticas governamentais e uma teoria dos valores, apenas os integra ao passo em que constituem aquilo que, segundo Dworkin, faz do direito um conceito interpretativo; isto é, aquilo em que, não raro, o conceito de direito tem se convertido: “the law often becomes what judges say it is”.²

1. UMA TEORIA “DO(S) DIREITO(S)” EM RONALD DWORKIN

Dworkin faz diversas censuras ao positivismo jurídico, mas também as faz à corrente do realismo jurídico e ao utilitarismo de Jeremy Bentham.³ Tendo sucedido Herbert L. A. Hart na cátedra de Teoria do Direito da *Oxford University*, o problema de Ronald Dworkin é constituir uma teoria “do(s) direito(s)” que ao mesmo tempo reflita e limite a prática judiciária como essencialmente jurídica. Isso implica pensar a constituição do jurídico como espaço de entrelaçamento das normas com o político e dos direitos com a moral. Assim surge, em sua obra, o ideal de direito como integridade como sua teoria mais própria, que atinge sua mais acabada expressão em uma teoria do direito aproximada da teoria estética da literatura.

Contudo, para chegar a essa noção, afigura-se imprescindível debelar as noções positivistas e utilitaristas mais amplamente aceitas; explicitamente, as teses que preconizam a cesura distintiva entre o jurídico e o político, como entre os direitos e a moral; bem assim, a idéia de que não existiriam direitos para além dos textos legislativos, mas também a idéia de que diante de uma multiplicidade de normas aplicáveis ao caso concreto, ou diante da total inexistência de normas a regrá-lo, existiria discricionariade judiciária; isto é, Dworkin nega

² DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 02.

³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 31-42.

que o juiz seja, num caso como em outro, *legislador*, embora lhe seja atribuída uma criatividade intrínseca à função de julgar que se mostrará, como veremos, tipicamente relativa.

1.1. Bentham e Hart

Dworkin se autoproclama liberal, apesar de considerar-se um crítico da teoria jurídica dominante. Tal teoria poderia ser desdobrada em dois vetores que atravessam o positivismo e pelo utilitarismo jurídicos. De um lado, tem-se a teoria por meio da qual se puderam obter as condições necessárias ao juízo de validade de uma proposição jurídica – teoria do positivismo jurídico; de outro, a teoria do utilitarismo, que consistiria na disposição de como o direito deve ser, de como devem ser as instituições jurídicas. Nesse sentido, pode-se dizer que Dworkin não é apenas um crítico do positivismo, mas mede-se, também, com Jeremy Bentham. Contudo, Dworkin toma esses dois vetores no ponto em que se reúnem para conformar uma teoria dominante. Ambas as teorias, apresentadas como independentes, serão criticadas por Dworkin também em sua independência; para ele, em verdade, ambas partilhariam de uma mesma tradição.

Diante disso, sua teoria geral do direito coloca-se como conceptual e normativa, abarcando uma diversidade de temas, dentre os quais deveriam constar teorias da legislação, da jurisdição (*adjudication*) e da obediência ao direito, de modo a contemplar o legislador, o magistrado e o cidadão comum. Esse catálogo abre-se para problemas de legitimação política dos legisladores, do constitucionalismo e uma filosofia moral e política mais geral, no dizer de Dworkin, conectando-se com questões de filosofia da linguagem, da lógica e da metafísica, fazendo enredar a filosofia em problemas que já não são estritamente jurídicos.

Ambas as análises confluem na teoria dominante, perpetuando valores como o individualismo e o racionalismo teórico.⁴ A essas teses, opõem-se pretensões de muitos antagonistas; dentre elas, diversas formas de coletivismo que fariam crer que o direito não poderia limitar-se pelas decisões deliberadas que o constituiriam na visão positivista, mas que deveriam abranger seu objeto a moralidade consuetudinária e difusa que influi em tais decisões.

Contudo, nenhuma dessas correntes críticas sustenta, a exemplo de Dworkin, que a teoria dominante falha porque os indivíduos podem ter direitos contra o Estado que sejam prévios aos direitos criados pela legislação positiva. O grande *leitmotiv* de sua empresa é

⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Gustavino. 2. ed. Madrid: Editorial Ariel, 1989, p. 35.

constituir uma Teoria do Direito que considere os direitos que os particulares possam ter não apenas em face do Estado – o que já condiz com uma expressão liberal –, mas especificamente os direitos que surgem reconhecidos pela posição do juízo: aquele que busca, descobre e declara direitos no caso concreto, podendo declará-los contra o Estado, contra a opinião majoritária, e até mesmo contra a lei.

1.2. O político e o jurídico

Dworkin pergunta-se se os juízes devem decidir casos valendo-se de fundamentos políticos. Escreve ele que um juiz que decide com base em fundamentos políticos não o faz como parte de política partidária, mas sobre suas próprias crenças políticas, que podem alinhar-se mais a um partido que a outro. Diz-se, comumente, aliás, que não seria correto proceder dessa maneira; ao menos, esse é o senso comum teórico britânico. Alguns chegam a admitir que seus juízes, de fato, decidem politicamente, mas aqueles que o admitem, apenas o fazem para reprovar essa prática. Nos Estados Unidos, a opinião profissional divide-se: muitos professores e estudiosos, e alguns juízes, sustentariam que as decisões judiciais são inegavelmente e corretamente políticas. Muitos, dentre esses, pensam que os juízes atuam e, de fato, devem atuar como legisladores, ainda que apenas nos interstícios das decisões tomadas pelo legislativo. Porém, essa visão está muito longe de ser pacífica nos Estados Unidos. Para Dworkin, o correto seria que os juízes baseassem suas decisões sobre casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas nunca em argumentos de procedimento político.

Outra questão colocada por Dworkin no âmbito da relação jurídico-política consiste em responder à questão “O que é o Estado de Direito?”. Os juristas pensam no Estado de Direito como ideal político, mas controvertem quanto à substância desse ideal. Haveria uma concepção centrada no texto legal e outra centrada nos direitos que, mais ambiciosa, na visão de Dworkin, insiste em pressupor que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo, que são, ademais, apenas reconhecidos pelo direito positivo para que possam ser exigidos pelos cidadãos.

A questão capaz de unir as duas teses apresentadas sobre o Estado de Direito é aquela que pergunta se, num caso controvertido sobre o qual o “Livro de Regras” não se pronuncie, os juízes devem ou não tomar uma decisão política. A concepção centrada no repertório legal funciona positivamente perguntando-se *o que*, efetivamente, *está no livro de regras*; negativamente, argumenta que os juízes nunca devem decidir casos com sua própria

concepção política. Muitos sugerem uma espécie de prática semântica, deveras apreciada na Grã-Bretanha, para buscar a resposta na proposição positiva centrada no livro de regras. Outros, no mesmo sentido, propõem questões psicológicas; contudo, Dworkin afirma que tais questões são antes históricas que políticas.

Para a concepção centrada nos direitos, a questão será deslocada: trata-se de saber se o queixoso tem o direito *moral* de receber no tribunal aquilo que exige. “O texto jurídico é *relevante* para essa questão final”;⁵ e continua: “Contudo, embora o modelo centrado nos direitos admita que o texto jurídico é, dessa maneira, uma fonte de direitos morais no tribunal, ele nega que o texto jurídico seja a fonte exclusiva de tais direitos”.⁶ Assim, a legislação continua a exercer “influência” sobre a questão de quais direitos as partes têm.

Um juiz que siga a concepção de Estado de Direito centrada nos direitos morais, diante de um caso controvertido, buscará estruturar algum princípio capaz de captar, “no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso”.⁷ Assim, uma concepção centrada nos direitos supõe que o livro de regras não passa de uma tentativa que a comunidade política leva a efeito a fim de captar direitos morais.⁸ Reúnem-se, portanto, as questões: a forma pela qual os juízes poderiam ou não tomar decisões políticas passa por conceber qual o modelo e Estado de Direito que pode ser considerado superior.

Contra a tomada de decisões políticas pelos juízes, surgiria o argumento da legitimidade de suas decisões, da sua não-eletividade; trata-se do argumento da democracia. Do rechaço à história legislativa ou à roupagem não raro psicológica que se dá à questão, Dworkin escreve: “Se, num caso controverso, uma decisão decorre mais naturalmente dos princípios que o legislativo aplicou ao aprovar uma lei, então os juízes devem tomar essa decisão, mesmo sendo verdade, como questão de fato histórico, que o próprio legislativo teria adotado a outra se houvesse escolhido alguma. O legislador endossa princípios aprovando a legislação que esses princípios justificam. O espírito da democracia é aplicado quando se respeitam esses princípios. Não é aplicado quando se especula se o próprio legislativo, em alguma ocasião particular, teria cumprido o prometido.”⁹

⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 14.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 15.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 15.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 16.

⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 24.

Quando um juiz pesquisa o que os legisladores teriam dito com determinada proposição legislativa, está a questionar que políticas ou princípios ajustam-se mais naturalmente à lei que aprovaram.¹⁰ Portanto, ao hesitar ante um caso controverso, o juiz já está tomando uma decisão política. Caso haja apenas um conjunto de princípios compatível com uma lei, o juiz deverá aplicar tais princípios para seguir uma concepção centrada nos direitos. Havendo mais de um conjunto compatível, Dworkin diz que então se “exige uma escolha entre maneiras de caracterizar a lei que reflita a própria moralidade política do juiz”.¹¹

Ao defender-se das críticas de que os juízes ingleses possuiriam caráter institucional e perfil naturalmente conservadores, Dworkin revela, no entremeio de sua teoria do direito, uma relação interessante: “o caráter dos juízes [mais ou menos conservadores] é uma consequência da teoria da prestação jurisdicional em vigor”.¹² Com isso, Dworkin busca justificar o caráter conservador ou progressista de certos magistrados com base num influxo que a teoria fundada na legislação ou nos direitos, supostamente neutral ou política, poderia ter sobre o juiz. Mantém sua coerência interna, mas deixa ver algo muito interessante: o soberano ainda é subjetivado por sua soberania. O magistrado deixa de ser a “boca da lei” para ser a boca dos valores que a lei carrega, bem como de seus princípios e diretrizes políticas. Eis o primeiro corpo, corpo soberano e moral; quando mesmo a moral ou as diretrizes políticas forem ambíguas, e se puder, dos princípios, retirar duas decisões, pode refletir-se a própria moralidade política do juiz; segundo corpo, corpo subjetivo, sujeito-soberano; ambos, corpos políticos.¹³

1.3. Os casos constitucionais: a moral e o jurídico

A partir da retórica conservadora de Nixon, que, como presidenciável, discursava como aquele que nomearia juízes para a Suprema Corte Americana capazes de julgar sem ter de dobrar a lei e usurpar ao Executivo a função de decidir sobre questões políticas, Dworkin avalia o sentido e a profundidade da maleabilidade textual que estrutura a Constituição Norte-americana.¹⁴ A vagueza das palavras acabou por encontrar, na prática, dois modos de

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 24.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 25.

¹² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 36.

¹³ Giorgio Agamben lembra, com base nos estudos de Kantorowicz, a constituição da teoria jurídica dos dois corpos do soberano. Para tanto, veja-se: AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 99-110. Ainda, AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção. Homo sacer II, 1*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 126-127.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 209-212.

operação: uma mais liberal e outra que se afirmava “estrita”. Essa última interpretação estrita, escreve Dworkin, acaba por revelar-se como algo que restringe direitos constitucionais.

Eis o que torna necessário distinguir conceito de justiça, objetivo, relacionado à problematização moral, e concepção de justiça, que toca a uma opinião subjetiva sobre equidade e justiça que, segundo Dworkin, tenta solver o problema político moral que o conceito de justiça coloca.¹⁵ As expressões vagas fariam ressonância aos conceitos que elas representam: legalidade, igualdade, crueldade etc. Contudo, chamar “vagas” a essas cláusulas envolve um erro: consideramo-las como tentativas esquemáticas, incompletas de enunciar determinadas concepções. Se, diferentemente, as encararmos como um apelo a conceitos morais, maior detalhamento não as precisaria melhor.

Isso conduz à questão que envolve as doutrinas do ativismo judicial, que entendem ser necessário que as cortes desenvolvam conceitos a respeito dessas cláusulas vagas e, de tempos em tempos, revejam tais conceitos de acordo com a moralidade da corte, julgando os atos de outros poderes de acordo com eles. Já o programa da moderação judicial, ou da restrição judicial (*self-restraint judgement*), afirma que as decisões das cortes judiciais devem manter as decisões de outras esferas de governo, ainda quando ofendam a percepção que os juízes possuem sobre certos conceitos “vagos”, excetuando-se o caso em que a conceituação seja violadora da moralidade política a ponto de ensejar a total impossibilidade da interpretação que veicula.

O problema que agora se põe, a respeito do ativismo judicial, poderia resumir-se no seguinte: têm, os cidadãos, direitos morais contra o Estado, ou apenas direitos jurídicos, assegurados pela Constituição?¹⁶ A teoria do ceticismo político tenderá a afirmar que não há direitos morais de que os cidadãos disponham contra o Estado; a teoria da deferência judicial, por seu turno, tenderá a responder positivamente à indagação.

Dworkin não tarda a perfilar-se entre aqueles que, desejosamente, defendem a segunda opção, embora reconheça que a teoria constitucional não formule o problema adequadamente. Rejeitando a hipótese de considerar um direito ontologicamente, Dworkin afirma que um direito moral é, simplesmente, um juízo sobre o que é certo e errado que os governos façam. Isso permite afirmar uma certa mutabilidade da força dos direitos na história, ou na casuística,

¹⁵ “Cuando apelo al concepto de equidad, apelo a lo que significa equidad, y no doy especial importancia a mis opiniones a respecto. Cuando formulo una concepción de la equidad, especifico lo que yo entiendo por equidad y, por conseqüente, mi opinión es el esencial sobre lo assunto. Cuando apelo a la equidad, planteo un problema moral; cuando formulo mi concepción de la equidad, intento resolverlo”. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 215.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 218.

sem recair em um paradoxo. A isso não se poderia opor o argumento democrático: para que ele seja respeitado, basta que as decisões relativas a princípios morais e políticos sejam tomadas por autoridades politicamente responsabilizáveis, como é o caso dos juízes.

A teoria constitucional de Dworkin baseia-se no postulado de que os cidadãos possuem direitos morais contra o Estado, e que as cláusulas difíceis da Constituição apelam a conceitos morais, e não à formulação de concepções específicas. A postura ativista, então, pressupõe que os juízes estejam preparados para formular problemas de moralidade política e dar-lhes respostas; isso, contudo, deve trazer à vida alguma modificação no sistema das normas, principalmente quando se está diante de casos difíceis.

1.4. Hard cases e o modelo das normas

Dworkin busca uma teoria do direito e da obrigação jurídica que desaguará toda uma reformulação da teoria da norma jurídica que tem sido amplamente assimilada pelos pós-positivistas.¹⁷ Analisando o positivismo de Herbert A. L. Hart, Dworkin enfrenta, em primeiro plano, o problema da autoridade das normas. Hart a faz derivar, segundo Dworkin, não da força física de seus autores, mas da aceitação de tal norma como regulamentadora de dada conduta em uma comunidade, ou porque é promulgada de acordo com uma norma secundária, à qual se refere sua validade. Em Hart, persiste uma norma secundária fundamental – chamada regra de reconhecimento, por intermédio da qual é possível estabelecer juízos a respeito da validade de normas primárias. À evidência, a regra de reconhecimento pode fazer remontar a uma cadeia de validade mais ou menos complexa, de acordo com sua própria complexidade.

Entendendo que, de um lado, uma regra de validade não pode ser válida por constituir hipoteticamente a instância decisiva,¹⁸ e reconhecendo que Austin e Hart reconhecem que as normas jurídicas teriam limites incertos,¹⁹ Dworkin pretende investir contra o positivismo jurídico dirigindo-se, fundamentalmente, a Hart e à teoria da discricionariedade judiciária.

Dworkin afirma que quando se discute sobre um caso difícil, os juristas argumentam utilizando-se de princípios, diretrizes políticas e outros estatutos que não constituiriam normas

¹⁷ É o caso de BARROSO, Luis Roberto. *A doutrina brasileira da efetividade*. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 61-77, OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, CARBONNEL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Colección Estructuras y procesos. Madrid: Trotta, 2003, DUARTE Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 70.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 71.

propriamente ditas. Assim, Dworkin definirá como princípio em sentido amplo ou geral “todo el conjunto de los estándares que no son normas”;²⁰ diretrizes políticas, constituem “al tipo de estándar que propone um objetivo que há de ser alcanzado; generalmente, una mejora em algún rasgo económico, político o social de la comunidad (...)”.²¹ Por fim, *principio* será “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna outra dimensión de la moralidad”.²²

Seu intento é distinguir os princípios em sentido genérico das regras. Nesse sentido, Dworkin afirma haver, entre princípios e regras, uma distinção de natureza lógica, consistente em que as regras são aplicáveis de modo disjuntivo – isto é, segundo o sistema do tudo ou nada –, de acordo com sua validade; contudo, com os princípios ocorre algo diverso, na medida em que um princípio “enuncia una razón que discurre em una sola dirección, pero no exige una decisión em particular”.²³ Em outras palavras, o princípio nem sempre se impõe ou faz atuar na direção para que aponta.

Para Dworkin, isso constitui uma outra diferenciação entre regras e princípios: estes comportariam a dimensão de peso ou importância que falta às regras, não ensejando aplicação disjuntiva. Assim, eles poderiam interferir um sobre o outro, prevalecendo o de maior peso segundo um juízo de ponderação. Já as regras, que não partilham dessa dimensão, resumem-se a ser ou não funcionalmente importantes: “Si se da um conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál deve ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trasciendan las normas mismas”.²⁴

Nos casos concretos, os princípios desempenham papel essencial na argumentação que fundamenta determinados juízos sobre direitos e obrigações. [80] “Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada (...). Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva”.²⁵

Há ao menos duas maneiras de encarar os princípios. A primeira, sob a perspectiva de que são vinculantes para os juízes. A segunda, vendo-os como as premissas que os juízes seguem quando se vêem obrigados a ir mais além das regras que os obrigam.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 72.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 72.

²² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 72.

²³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 76.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 78.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 80.

A decisão, para os positivistas, estaria fundada num certo poder de discricionariedade judiciária, segundo Dworkin. O autor distingue as versões fraca – quando o funcionário tem autorização para emitir juízo com a finalidade de levar a cumprimento os estatutos que o vinculam – e forte, que acaba por excluir os próprios enunciados. Contudo, Dworkin alerta que o sentido forte da discricionariedade não significa liberdade sem limites, nem exclui a crítica. Em função de modelos de racionalidade, justiça e eficácia criticamo-nos uns aos outros a respeito de nossas decisões.²⁶ O que a doutrina positivista afirma é que quando um caso não está regulado por normas, deve ser decidido por intermédio da discricção do juízo. Contudo, quando encontra uma norma clara e estabelecida, inexistente, para essa doutrina, discricção judicial.

Dworkin denuncia essa proposição positivista como tautologia incapaz de dar conta do problema de trabalhar com princípios jurídicos. Examinando a doutrina da discricção em sentido forte, o autor pergunta-se se os princípios que servem de base às decisões dos casos difíceis vinculam as decisões dos juízes que as proferiram. Os princípios orientam a decisão e, para Dworkin, permanecem intactos ainda que não prevaleçam.²⁷

O que Dworkin conclui é que se tratarmos os princípios como direitos, deveremos rechaçar o dogma positivista de que o direito de uma comunidade diferencia-se das demais normas sociais por intermédio de um critério que assume a forma de uma regra mestra. Nesse caso, escreve Dworkin, devemos abandonar a doutrina da discricionariedade judicial. Quanto ao chamado terceiro dogma do positivismo jurídico, segundo o qual uma obrigação jurídica só existe quando uma norma jurídica a impõe como tal, devemos perceber que inexistente obrigação jurídica num caso difícil, em que não há estatuto para o fato – ao menos enquanto o juiz não “cria” o estatuto aplicável *ex post factum*. O que Dworkin pretende com isso é desfazer-se do modelo positivista e da doutrina da discricção que, segundo ele, não nos leva a parte alguma, para que “quizá podamos construir otro que se ajuste más a la complejidad y la sutileza de nuestras próprias prácticas”.²⁸

Tais práticas, contudo, não conduzem a uma teoria da norma social, a qual, para Dworkin, “concibe erróneamente la relación. Cree que la práctica social *constituye* una norma que el juicio normativo acepta; em realidad, la práctica social ayuda a *justificar* una norma que el juicio normativo enuncia”.²⁹

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 85-86.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 89.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 101.

²⁹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 116.

O autor nega a tese, afirmada por Hart, de que em toda nação que possua um sistema jurídico evoluído, existe alguma norma social, ou conjunto delas, que estabelece os limites do dever do juiz de reconhecer como direito qualquer outra norma ou princípio. Dworkin sustenta a falsidade da tese positivista argumentando que uma tal norma que permita o reconhecimento não coincide com a descrição de norma social hartiana, constituída pelo comportamento comum aos membros de uma determinada comunidade, como os juizes e outros funcionários. Disso depende a própria possibilidade de divisar normas sociais, jurídicas e morais. Mesmo entre os juizes, os desacordos não se limitam, segundo observa Dworkin, a casos raros. O próprio Hart acaba por reconhecer que em certos casos a regra de reconhecimento pode ser acometida por incertezas.

Rechaçando a teoria da discricionariedade judicial, Dworkin propõe a superioridade de uma teoria que problematize questões de teoria política normativa, como a natureza do dever de igualdade, por exemplo, indo mais além da concepção positivista ao decidir o que é direito: “Si una teoría del derecho há de proporcionar un base para el deber judicial, entonces los principios que enuncia deben tratar de *justificar* las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad que, em opinion del jurista que elaboró la teoría, fundamentan realmente las normas. Este proceso de justificación conduce al jurista a profundizar en la teoría política y moral (...).³⁰”

O positivismo possui uma teoria dos casos difíceis: quando um caso não se subsume claramente a uma norma jurídica, diz-se que o magistrado adquire discricção para decidir. Ao ler o argumento positivista, Dworkin nota que ele pressupõe que um ou outro litigante possua um direito preexistente a ganhar o processo. Esse argumento não passaria, contudo, de ficção. O que Dworkin sustenta é que a inexistência de uma norma que se aplique plenamente ao caso que não despede o juiz do dever de descobrir quais os direitos das partes, e de apresentar uma solução consentânea que não importe a invenção de um direito novo de forma retroativa.

De outro lado, Dworkin consente que juizes não devem legislar.³¹ Por isso, diferencia argumentos políticos – aqueles utilizados para justificar uma decisão política, demonstrando que vai ao encontro de certa meta coletiva – de argumentos de princípio – que justificam uma decisão política demonstrando que tal decisão respeita ou assegura algum direito. Os legisladores devem se munir de argumentos políticos, e sobre eles legislar; contudo, tribunais e juizes – como delegados da legislação –, devem decidir, ainda que a respeito de casos difíceis, em atenção a princípios, e não em atenção a diretrizes políticas.

³⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 129.

³¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 148.

Dworkin demonstra de que maneira os princípios encontram-se amplamente vinculados à democracia. Além dos argumentos da ilegitimidade política do juiz ao legislar e da impossibilidade de criar um direito e aplicá-lo retroativamente, acrescenta-se que essas restrições não alcançam um argumento de princípio, posto que este se assenta sobre um direito de uma parte, que corresponde a um dever da outra, e que, ainda que não conste em lei expressa, constitui parte do ordenamento jurídico. Apesar disso, Dworkin consente que as decisões dos juízes sejam políticas, na medida em que acarretam responsabilidade política.

De seu lado, os argumentos de princípio propõem-se a estabelecer um direito individual, enquanto os argumentos políticos estabelecem um objetivo coletivo. Dworkin também diferencia o direito político, como uma finalidade política individualizada, e o objetivo, que se define como finalidade política não-individualizada, um estado de coisas cuja especificação não requer uma expectativa, recurso ou liberdade em particular para indivíduos determinados. Tanto objetivos coletivos como direitos podem ser absolutos ou relativos; princípios podem, por vezes, cederem a outros que possuam maior peso no caso concreto. Os direitos que os juízes devem ter em conta ao decidirem os casos difíceis são institucionais, devendo pertencer à ordem do jurídico.

A possibilidade de interpretar a legislação a partir de seus propósitos ou da intenção contida ou transmitida por certa cláusula, reconhece Dworkin, é uma balança para justificar politicamente a ideia geral de que leis criam direitos. Um juiz filósofo que investigasse tais questões sobre a intenção das leis e dos princípios jurídicos seria uma espécie de “juiz-Hércules”, com perspicácia e erudição sobre-humanas.³²

Hércules deve, diante de um caso difícil, organizar, por intermédio de um processo racional, uma teoria da constituição configurada como conjunto complexo de princípios e diretrizes políticas, enriquecendo-a com referências à filosofia política e detalhes institucionais.³³ Os cálculos que os juízes realizam a respeito das leis são cálculos sobre direitos políticos. À evidência, a lei apresenta certos limites textuais que não podem ser invadidos; contudo, dentro desses limites, na visão de Dworkin, as palavras da lei admitiriam que um processo interpretativo pudesse operar sem cair em absurdos.³⁴

A tese dos direitos, de Dworkin, possui, segundo o autor, duas facetas: a primeira, descritiva, explicaria a estrutura atual da instituição da jurisdição; a segunda, normativa,

³² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 177.

³³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 179.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 182.

ofereceria uma justificação política a essa estrutura. Ao emergir das decisões a satisfação de nosso sentimento de justiça, reforça-se o valor político da tese.

Em princípio, legisladores eleitos possuem maior grau de legitimação para tomar decisões políticas; porém, para Dworkin, isso não pode ser absolutizado quando as decisões são decisões de princípio. Eis o que o conduz a negar o interdito positivista de que os juízes não poderiam decidir sobre questões políticas. Ademais, ao decidir, o juiz Hércules utiliza a moralidade comunitária – entendida como a moralidade política que supõe as leis e instituições da comunidade – para resolver problemas jurídicos.³⁵ As dimensões de tal moralidade comunitária poderá ser controversa. Se os juízes, ao decidirem casos difíceis, não podem escapar à condição de serem falíveis, Dworkin busca uma técnica de decisão que permita ao juiz errar menos, e que lhe rememore que, se de um lado não há razão para submeter o judiciário a outro órgão de argumentação moral, também o juiz deve decidir os casos difíceis com humildade.

1.5. A tese da única resposta correta

Dworkin parte do pressuposto de que toda demanda tem uma resposta certa – mesmo os casos controversos. Para distinguir a ambigüidade latente na tese dos que pensam que o direito não comporta qualquer resposta certa, Dworkin diz haver duas versões de uma tal tese: (1) a conduta lingüística superficial do jurista seria enganosa na medida em que não haveria qualquer espaço lógico entre a afirmação e a negação da conformidade da asserção ao direito positivo – tanto o “sim” quanto o “não”, em determinado caso, poderiam ser igualmente falsos; (2) a segunda versão da tese não supõe um espaço lógico entre as proposições, nem mesmo uma terceira possibilidade de resposta, mas nega que qualquer uma das duas respostas disponíveis seja sempre válida. Assim, a primeira versão é aquela que, ao contrário do que parecem dizer os juristas, haveria, entre cada conceito dispositivo e sua aparente negação, um espaço ocupado por um conceito distinto.

Para a segunda versão da inexistência de uma única resposta correta, têm-se três argumentos principais; o primeiro deles, chamado argumento da *imprecisão*, reside em supor uma inevitável textura aberta da linguagem jurídica que tornaria, por vezes, impossível afirmar a verdade ou a falsidade de uma determinada proposição de direito. O segundo, argumento, do *positivismo*, supõe que as proposições de direito teriam uma estrutura oculta explicada pelo positivismo jurídico; o terceiro, argumento da controvérsia, de seu turno, fixa-

³⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 203.

se no fato de que uma proposição de Direito é contestada de tal modo que nenhum dos lados possui chance de provar que o outro está errado.

O argumento da imprecisão, por sua vez, baseia-se na confusão entre a utilização de um termo impreciso com o caso em que o legislador estabelece um conceito que admite diversas concepções. Supõe, ainda, que se o legislador aprova uma lei, o efeito dessa lei sobre o direito seria determinado pelo significado abstrato das palavras que usou. Assim, o direito torna-se, de algum modo, indeterminado.

Segundo Dworkin, seria possível a qualquer um que abraçasse uma forma tão estrita de empirismo, aceitar a tese da demonstratibilidade, uma vez compreendido que não há qualquer fato no mundo que não os fatos concretos.³⁶ Dworkin afirma que não sabe lá muito bem o que são fatos morais transcendentais ou platônicos, mas que se pode supor que haveria fatos morais que não fossem meramente físicos, ou relativos a pensamentos ou atitudes das pessoas. Assim, ele diz ser possível pensar que a escravidão é injusta não porque as pessoas a consideram injusta, ou há convenções segundo as quais ela pode ser considerada como tal, mas porque, simplesmente, a escravidão é injusta em si mesma. Uma proposição jurídica, assim, poderia continuar sendo verdadeira, depois de conhecidos todos os fatos concretos, em virtude de um fato moral que não é conhecido nem estipulado.

O objetivo de Dworkin é sustentar não a existência de fatos morais, mas de que existem alguns fatos que não são fatos concretos, supondo que existem fatos de coerência narrativa, mas que não sejam demonstráveis por métodos científicos comuns. Para Dworkin, “uma proposição de Direito é bem fundada se faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas”.³⁷

Haveria duas dimensões ao longo das quais se deveria julgar se uma teoria fornece a melhor justificativa dos dados jurídicos disponíveis: a da adequação, que supõe que uma teoria política é *pro tanto* uma justificativa melhor que a outra; a segunda, da moralidade política, que supõe que se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas deve oferecer uma justificativa melhor se, em relação à outra, for superior em teoria política ou moral; isto é, se permite apreender melhor os direitos que as pessoas têm. Contudo, resta ainda compreender como o direito poderia ser entendido como a técnica de interpretação que conduz à formulação desse juízo.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 205.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 213.

1.6. *A doutrina da integridade: direito como literatura*

A prática jurídica é, sempre, um exercício de interpretação; o direito, assim concebido, se tornaria algo profundamente político, sem que se trata de uma questão de política partidária. Dworkin propõe que a interpretação seja estudada como uma atividade geral, como um modo de conhecimento, atentando para outros contextos dessa atividade.

A interpretação de uma obra literária tentaria, segundo Dworkin, mostrar que maneira de ler o texto revela-o como a melhor obra de arte; isto é, a interpretação de um texto tentaria mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser, sem, contudo, transformá-la em outra coisa.

Segundo ele, embora nem todos os que interpretem uma obra de arte tenham uma teoria estética plenamente consolidada e consciente, diferentes teorias de arte são geradas por diferentes teorias da interpretação. Segundo ele, “A interpretação é um empreendimento, uma instituição pública, e é errado supor, *a priori*, que as proposições centrais a qualquer empreendimento público devam ser passíveis de validação”.³⁸

Negando a escola da intenção do autor, que basearia o valor de uma obra de arte numa visão estrita e restrita das intenções do artista, de uma suposta intersecção entre direito e literatura, Dworkin extrai uma diferença entre o artista e o crítico, mas sob um fundo comum de semelhança. De um lado, o artista interpreta enquanto cria; de outro, o crítico cria enquanto interpreta. Mas não se trata da mesma coisa; haveria uma diferença, que Dworkin não explicita, entre o crítico e o artista.

Aplicando-se um modelo como esse ao direito, teríamos, então, uma certa estrutura narrativa: “Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora”.³⁹ Assim, o caso surge como parte de uma estrutura narrativa que supõe um tempo de simultaneidade, isto é, um tempo espacializado no qual se desenrola.

O juiz interpreta o que aconteceu porque tem a responsabilidade de levar adiante o encargo que tem em mãos “e não partir em uma nova direção”. Assim, o juiz deverá determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores e qual é, realmente, o tema tomado como um todo. Eis aqui o ponto em que Dworkin atinge a teoria do direito como integridade.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 228.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 238.

Se o direito tem alguma finalidade, diz Dworkin, é a de coordenar o esforço geral e o individual, resolver disputas sociais e individuais, assegurar a justiça entre os cidadãos e entre seus governos; nessa medida, o direito mostra-se um empreendimento político. Por isso, o dever do juiz, mesmo dentro dos quadros desse empreendimento, não é o de inventar uma história melhor, mas de interpretar a história jurídica que encontra. Para tanto, e a fim de que lhe seja possível escolher o “melhor sentido”, ou o mais adequado, é necessário que na base esteja uma teoria política.⁴⁰

Tal teoria não se confundiria com um subjetivismo, ao passo em que o senso do juiz sobre a finalidade ou a função do direito deverá implicar alguma concepção do direito como instituição; essa concepção irá limitar sua teoria operacional de ajuste de suas convicções aos direitos anteriores. Portanto, a principal tese de Dworkin não é estética nem literária, mas a de que a interpretação no Direito é essencialmente política, descartando a posição juspositivista que visava a cindir e delimitar muito bem descrição e avaliação.⁴¹

Contra as críticas que lhe foram dirigidas, Dworkin busca dissipar uma série de críticas que, de certa forma, buscam desqualificar o argumento que aproximara direito e literatura deduzindo que o mesmo é por demais subjetivo. Dworkin afirma que seus contendores supõem que aqueles que fazem julgamentos interpretativos pensam que os significados relatados seriam simplesmente dados no universo como um fato concreto. Nisso estaria em jogo o sentido nos julgamentos interpretativos, os quais deveriam ser compreendidos “como afirmações estéticas especiais e complexas sobre o que torna melhor uma determinada obra de arte. Isto é, afirmações interpretativas são interpretativas e, portanto, inteiramente dependentes de uma teoria estética ou política”.⁴²

Dworkin decide enfrentar os argumentos de seus opositores, que resume assim: (1) aqueles que dizem que sua teoria da interpretação não seria diferente de uma criação; (2) aqueles que afirmam que uma interpretação como a descrita por Dworkin não poderia ser verdadeira ou falsa, boa ou má, porque se faz com que “a correção de uma interpretação dependa de qual leitura de um poema, romance ou doutrina jurídica torna-os melhores, estética ou politicamente, e não pode haver nenhum resultado objetivo em um julgamento desse tipo, mas apenas reações ‘subjetivas’ diferentes”.⁴³

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 240.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 242.

⁴² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 252.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 253.

De acordo com a primeira objeção, o texto só poderia exercer uma restrição ilusória sobre o resultado. Dworkin tenta, então, enfrentar o problema enfatizando a diferença entre convicções sobre integridade, pertinentes à dimensão da adequação, e convicções sobre o mérito artístico, pertinentes à dimensão dos valores. Na interação desses dois conjuntos de posturas e convicções, cada intérprete encontraria restrições a padrões interpretativos, circunstâncias essenciais dessa atividade e os fundamentos de sua capacidade de conferir sentido distinto aos juízos interpretativos.

No que se refere ao argumento da objetividade das opiniões morais, Dworkin contesta a afirmação de que os julgamentos morais não podem ser objetivos retornando ao argumento de que a escravidão é injusta, e afirmando que mesmo os pontos de vista céticos teriam de assumir algum ponto de vista moral para criticar a moralidade.⁴⁴

Para Dworkin, a única forma de sair-se da afirmação de que qualquer texto permite absolutamente qualquer interpretação é produzir um argumento genuíno, “expondo alguma atraente teoria normativa sobre a integridade artística que tenha essa consequência”.⁴⁵

Para o juiz Hércules, o direito real contemporâneo “consiste nos princípios que proporcionam a melhor justificativa disponível para as doutrinas e dispositivos do direito como um todo”.⁴⁶ O princípio da integridade na prestação o força a ver o direito como um todo coerente e idel: “Aceitamos a integridade como um ideal político distinto, e aceitamos o princípio de integridade na prestação jurisdicional como soberano em todo o direito, pois queremos tratar a nós mesmos como uma associação de princípios, como uma comunidade governada por uma visão simples e corrente de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo na proporção adequada”.⁴⁷

A justiça é o que diz respeito ao resultado correto do sistema político: distribuição correta de bens, recursos, oportunidades; equidade seria uma questão da estrutura que distribui a influência das decisões políticas de maneira adequada; o devido processo legal adjetivo, por sua vez, é uma questão relativa aos corretos procedimentos para aplicação de regras e regulamentos produzidos pelo sistema.

Há, pois, o que Dworkin nomeia como integridade inclusiva, que exige que o juiz considere todas as virtudes componentes, as quais devem ser consideradas segundo uma proporção adequada, a partir de sua teoria do direito, na medida em que é por ele construída.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 263.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 266.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz de Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 477.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 482-483.

Assim, Hércules revelará a melhor interpretação dos princípios em sua comunidade. Eis o direito contemporâneo que, justificado por Hércules, tatearia em direção ao direito puro, mas desde que surjam estilos de decisão, a equidade e o processo, trazendo o direito para mais perto de sua própria ambição.

“Os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas”;⁴⁸ há, pois, tarefa de moral política, de utopia política, acerca do direito, mas, ainda assim pertinente ao direito, segundo Dworkin.

Em resposta à pergunta “o que é o direito?” em sua doutrina, ecoa “o direito é um conceito interpretativo”.⁴⁹ O direito como integridade compreende a doutrina e a jurisdição; “Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar”.⁵⁰ Em seguida, Dworkin reconhece que “A integridade não se impõem por si mesma; é necessário o julgamento. E esse julgamento é estruturado por diferentes dimensões de interpretação e diferentes aspectos destas”.⁵¹ O império do direito, para Dworkin, estaria fundado em uma atitude construtiva: interpretativa, política, auto-reflexiva, que torna todo cidadão responsável por imaginar os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem a cada nova circunstância.

2. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

Não é difícil compreender qual o problema que a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy busca solucionar. Sua preocupação encontra-se com aquilo que, precisamente, os próprios juristas, até ele, não puderam ver ou admitir senão por desvio: a fragilidade dos próprios argumentos jurídicos e o erro que implica buscar numa crítica interna a eles o que seria uma espécie de sua “complementação” ou integração. Ao mesmo tempo que essa fragilidade se coloca de perto com os problemas mais cotidianos daqueles que devem trabalhar com argumentos, proposições e sentenças de natureza jurídica, nenhum jurista, até então, havia apresentado um recorte do problema como o que Alexy apresenta, preocupado sumamente com a posição de uma Metodologia Jurídica nos quadros da ciência do direito, e com a justificação de sentenças jurídicas. Sua busca é por uma argumentação jurídica racionalmente justificável.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 486.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 488.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 489.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 489.

2.1. *Problematização do discurso jurídico: método e razão*

A preocupação de uma Metodologia Jurídica passa por apresentar soluções para resolver os problemas de plena justificação de uma afirmação normativa singular. Isto é, de uma decisão. Alexy consente que o problema que se propõe deriva do fato de que “em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou supostamente verdadeiros”.⁵²

Isso possui uma série de causas heterogênicas que podem estar ligadas à imprecisão na linguagem do Direito, à possibilidade de haver conflitos de normas, de existirem casos que exigem uma regulamentação jurídica impossível sob qualquer norma válida existente, ou à possibilidade de, em casos especiais, haver uma decisão que contrarie certo estatuto.

Diante dessa situação um tanto frágil, há toda uma discussão acerca das regras ou procedimentos de justificação que envolvem controvérsias de número e hierarquia dos cânones de interpretação. Sabido que cânones diferentes conduzem a resultados diferentes, Alexy afirma que apenas se poderia justificar bem uma decisão na medida em que se pudessem oferecer critérios estritos no que se refere à ordem hierárquica dos cânones. Outra dificuldade seria sua imprecisão – quando, por exemplo, diz-se que a interpretação da norma deve ser voltada à realização de seu “objetivo”; basta que se tenha dois intérpretes com opiniões divergentes sobre o objetivo da norma em questão.

Apesar disso, Alexy não recomenda descartar os cânones de interpretação, mas também deduz a impossibilidade de fazer a justificação da argumentação jurídica repousar exclusivamente sobre os argumentos jurídicos. Diante dessa impossibilidade radical, a argumentação propriamente jurídica, como os cânones de argumentação, deve supor um fundamento que passe pelo estabelecimento de “um sistema de proposições, dos quais se possa deduzir as premissas normativas necessárias para os propósitos de justificação”.⁵³

Por esse sistema poderíamos entender, como Klaus Canaris, um sistema de princípios gerais de ordem jurídica, o que faria surgir a questão quanto à forma de estabelecer que princípios são esses, já que não podem seguir logicamente das normas pressupostas. Aí encontraríamos, igualmente, problemas na aplicação de tais princípios à justificação de argumentos jurídicos, na medida em que os princípios admitem exceções, padecem de

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 17.

⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 18.

inconsistências, podem contradizer-se, precisam ser limitados e ajustados, concretizados tendo em vista julgamentos particulares. Assim, um sistema axiológico-teleológico, como o proposto por Canaris, não possibilitaria uma única decisão sobre o peso e o equilíbrio dos princípios jurídicos.

Reconhecendo que nem sempre uma decisão de um caso isolado deflui logicamente das normas pressupostas ou das afirmações empíricas tomadas em conjunto, Alexy extrai que “A escolha da pessoa que decide é que determina qual proposição normativa singular deve ser afirmada (por exemplo, numa pesquisa científica de Direito), ou promulgada como um julgamento num caso”.⁵⁴ Tal decisão é sempre uma decisão acerca do que pode ou não ser feito, dando-se preferência a uma determinada forma de comportamento em detrimento de outras, exigindo uma valorização da ação escolhida em detrimento das descartadas – isto é, exige-se um julgamento de valor sobre as condutas.

Alexy verifica que todos os tratados contemporâneos enfatizam o fato de que a jurisprudência não pode passar-se de tal julgamento axiológico; é o caso de Larenz, Müller, Esser, Kriele, Engisch, o que permitiria, nas palavras desse último “decidir e decretar de acordo com a lei”.⁵⁵

O que Alexy se propõe é tomar essas constatações como problemáticas, buscando divisar em que medida são necessários tais argumentos de valor e, admitindo que o sejam, como se relacionam entre si e com métodos de interpretação jurídica, com proposições e conceitos da dogmática jurídica; sobretudo, de que maneira esses julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados. Dessa resposta dependeria o próprio caráter científico da ciência jurídica, tendo ainda um grande peso sobre a legitimidade das decisões judiciais.

Muitas vezes, a literatura sugere que os julgamentos de valor devem ser entendidos como avaliações morais. Alexy diz que não é disso que se trata, mas da tese fraca de que os julgamentos são moralmente relevantes na medida em que uma decisão judicial toca interesses de pelo menos uma pessoa, e assim a limitação a seus interesses assume a forma da justificação de uma questão moral. Mas sua tese pretende ir um pouco além disso, na medida em que “a tomada de decisão *deveria* (deveria do ponto de vista jurídico) ser orientada por julgamentos de valor moralmente corretos, de tipo relevante”.⁵⁶

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 19.

⁵⁵ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 22.

Concluir que essa avaliação moral dá espaço ao arbítrio do julgador, na visão de Alexy, seria um erro; ou melhor, só seria possível conduzir-se a essa conclusão supondo que não haja, na avaliação moral, qualquer ponto de objetividade. Para tanto, foram apresentados três caminhos. O primeiro, de Engisch, diz ser necessário a quem decide ater-se a julgamentos de valor de caráter universal ou de um grupo específico. Contra essa afirmação, podem ser levantadas diversas objeções; por exemplo, de que relativamente a certa decisão não se pode comprovar se os julgamentos de valor obedecem a tal caráter universal, mesmo porque isso implicaria que a comunidade devesse conhecer todos os casos a serem decididos, havendo, mesmo aí, julgamentos divergentes acerca de valores. Contudo, ainda que fosse uma questão jurídica conhecida por toda a comunidade, seria preciso questionar se isso basta para forjar a base justificadora de decisões jurídicas. Aí estão imiscuídas convicções populares, debates de advogados e convicções do juiz obrigado, de certa forma, a decidir em nome do povo. Diante desse problema, seria necessário “um modelo que, por um lado, permita as convicções comumente aceitas e os resultados de prévias discussões jurídicas, e, por outro, deixe espaço aberto para os critérios de correção”.⁵⁷ Assim, sua teoria pretende fornecer um modelo que seja capaz de resolver esse problema.

Outro argumento de bastante estima é o da coerência interior da ordem jurídica, de Franz Wiacker, ou o do sentido da ordem jurídica tomada em sua totalidade, de Karl Larenz. Embora não se possa deixar de notar que tais valores inscritos na constituição como nas leis e demais normas continuam a ser relevantes, a proposta de Wiacker ou Larenz seria inadequada na medida em que tais argumentos não apresentam qualquer limitação ao sujeito que procede ao juízo de valor.

Para Alexy, o discurso jurídico não pode ser entrevisto senão como caso especial de discurso prático geral, sendo ponto comum entre os dois discursos a preocupação com a correção de afirmações normativas. Terá, ainda, de ser fundamento tanto na afirmação de uma concepção prática geral como na afirmação ou apresentação de uma constatação jurídica se propõe à reivindicação da correção.

O que faz do argumento jurídico um caso especial é acontecer no contexto de uma série de condições limitadoras como sua sujeição à lei, a consideração dos precedentes, a dogmática jurídica usada pela ciência do Direito, e, em certos casos, as limitações impostas pela regra de ordem processual. Sua reivindicação de correção é a de que, “sujeita às

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 23.

limitações estabelecidas por essas condições limitadoras, a afirmação é racionalmente justificável”.⁵⁸

Toda a questão passa, então, a ser a seguinte: o que significa a fórmula “racionalmente justificável” no caso em que se está sujeito a limitações de tipo jurídico? Para compreender que uma afirmação normativa é racionalmente justificável, há que integrar as discussões em uma teoria do discurso prático em geral, estabelecendo, segundo Alexy, um código da razão prática. Sua eficácia, adverte Alexy, não deveria ser subestimada ou superestimada, mesmo porque elas mesmas apontam suas eventuais deficiências, as quais podem dizer respeito ao conteúdo da regra, à imprecisão de sua formulação, à redundância de certas regras e formas de argumentos etc. Contudo, não se trata de axiomas dos quais possam ser deduzidas afirmações normativas, mas “de um grupo de regras e formas de vários *status* lógicos diferentes, para as quais deve bastar um argumento se a conclusão que estabelece é ter a correção que se propõe ter”.⁵⁹ Operando, se tais regras não possibilitam confirmar todas as argumentações, ao menos chancelam a exclusão de argumentos racionalmente inadmissíveis, auxiliando na consistência de argumentos discursivamente possíveis.

Entretanto, as regras de um discurso racional prático não prescrevem as premissas das quais se deva partir. O ponto de partida é sempre o dos pressupostos normativos dos fatos, desejos e necessidades percebidas, bem como da informação empírica processada pelos oradores. O que as regras do discurso fazem é conformar um processo decisório cujos pressupostos de fato estão indefinidos. Sua força estaria em julgar uma afirmação normativa quanto a sua racionalidade, quanto à correção das afirmações normativas, como um “instrumento crítico” que exclui tudo quanto não for racional numa justificação objetiva.

Se, de fato, a argumentação jurídica é um caso especial recortado sobre o fundo da argumentação prática geral, a tese do caso especial estaria aberta a pelo menos três interpretações.⁶⁰ A primeira delas advoga que a argumentação é sempre prática geral e, no caso especial da argumentação jurídica, é a argumentação jurídica que vem revestir a decisão tomada por uma argumentação prática geral como se fosse uma espécie de legitimação secundária, uma “fachada jurídica” sobre o fundo da argumentação prática. Tal é a tese da subordinação.

Se rejeitarmos essa tese, surgem duas possibilidades. A primeira, a de que a argumentação jurídica, não se bastando a si, pode conduzir a argumentação até certo ponto

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 27.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 27-28.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 30.

após o qual será necessário ao jurídico apelar à intervenção da argumentação prática geral: trata-se de tese da suplementação. De outro lado, persiste a afirmação de que argumentos jurídicos e práticos gerais devem ser combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente. É a tese da integração, explicitamente advogada por Robert Alexy.

Adotada tal tese, trata-se de demonstrar como essa integração deve ser estimulada.

A teoria da argumentação não propõe uma teoria tópica, nem se confunde com uma tal teoria. A tópica mostra-se uma alternativa problemática na medida em que a determinação de considerar todos os aspectos não permite selecionar propriamente qual dos aspectos é decisivo. Sua inadequação é manifesta, às vistas de Alexy, na medida em que nada contém sobre o papel da lei, da dogmática, dos precedentes, mas também há o apelo insuficiente a um conceito impreciso de discussão.

A tradição jurídica contemporânea é o que conduz Alexy a afirmar a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica ser desenvolvida a partir da extensão de certos pontos da literatura sobre a metodologia jurídica. Faltaria um método para argumentar racionalmente no interior de áreas em que as condições prévias de provas lógicas não existem.

Contudo, ao escrever sobre uma explicação do que seria argumentar racionalmente, Alexy escreve, evocando um comentário sobre determinada decisão da Corte Constitucional Alemã: “Deve ficar evidente que a lei escrita não cumpre a tarefa de prover uma justa resolução dos problemas legais. Nesses casos, a decisão judicial fecha a brecha de acordo com os padrões da razão prática e dos conceitos de justiça bem fundamentados da comunidade”.⁶¹ Assim, cumpriria analisar o que se deve entender por argumentação racional, ou por razão prática.

2.2. *Discurso jurídico e discurso prático em geral*

Uma das questões centrais da argumentação jurídica seria distingui-la, até certo ponto, da argumentação prática em geral. Um de seus pontos de determinação poderia ser seu relacionamento com a lei válida, mas Alexy sabe que isso não é o bastante. Há, com efeito, diferentes formas de argumentação jurídica, com diversos graus de vinculação à lei; variam os limites da discussão, embora o discurso jurídico possa ser considerado como um caso especial do discurso prático em geral na medida em que Alexy afirma que: (1) as discussões jurídicas preocupam-se com questões práticas, com o que se deve fazer; (2) as questões discutidas pressupõem exigências de correção; (3) e acontecem sob limites os descritos.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 34.

Alexy vê a exigência de correção como algo constitutivo da prática da justificação jurídica e da tomada de decisão, na medida em que é precisamente uma argumentação que trata o outro como racional, que permite que ele aceite abrir mão do que considera seu direito por um imperativo de justiça que favorece a seu parceiro processual.⁶² Mas ele ainda procura algo mais para balizar a tese da especialidade da argumentação jurídica circunscrita aos domínios da argumentação prática. Seu cerne seria o de que a teoria do discurso racional, como teoria da argumentação jurídica, supõe que todas as discussões jurídicas devam ser vistas como discurso, como comunicação direta não coercitiva, e mesmo as disputas jurídicas deveriam ter referência a uma exigência de correção, de *situação ideal*.

A questão que ainda resta é a de saber se a exigência de correção do discurso jurídico passa ou não por uma racionalidade absoluta da afirmação normativa em questão.

Os discursos jurídicos relacionam-se com a justificação de um caso especial de afirmações normativas, que expressam julgamentos jurídicos. A justificação tem dois aspectos: um interno, que avalia se uma opinião segue logicamente de suas premissas; outro externo, que avalia a correção das premissas que embasam o argumento.

No primeiro caso, trata-se de simples regras de silogismo: de uma regra universal, pelo princípio da universalizabilidade, constitui-se o princípio da justiça formal. Isso faz com que pelo menos uma norma universal seja aduzida na justificação de um julgamento jurídico, mas faz também com que um julgamento jurídico deva seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal juntamente com outras afirmações. Esses dois caracteres, contudo, nada afirmam sobre o conteúdo da norma. Se, de outro lado, não houver nenhuma regra que possa ser derivada do estatuto legal, então uma regra deverá ser formulada.

Embora a exigência de uma justificação interna não seja vã, Alexy concorda com Karl Engisch ao afirmar que chegar a uma conclusão não é complicado, pois mais complicado é estabelecer as premissas. Que o ponto de vista interno da justificação assegure certa dose de racionalidade, apenas a justificação externa é capaz de julgar as premissas.

Aqui, toda a questão é saber como justificar a escolha das premissas. Tais premissas podem ser de diversos tipos: regras da lei positiva, afirmações empíricas, premissas que nem são extraídas da lei e nem dos fatos. Delas, extraem-se diferentes métodos de justificação correspondentes. De forma rudimentar, haveria como classificar seis formas de argumento e

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 215. Nota-se o quanto Alexy aproxima-se de uma teoria procedimental, como a de Niklas Luhmann, mas veremos, mais adiante, de que maneira ele defende, ainda, uma certa “substância racional” a integrar esse procedimento. De toda maneira, persiste uma íntima solidariedade entre Alexy e Luhmann, e o próprio Alexy a reconhece em diversas passagens.

de justificação externa: (1) interpretação, (2) argumentação dogmática, (3) uso de precedentes, (4) argumentação geral prática, (5) argumentação empírica, (6) formas especiais de argumentos jurídicos.⁶³

Quase todas as formas de argumentações jurídicas incluem justificações empíricas, na medida em que formas de argumento pressupõem certas afirmações acerca de fatos particulares. Surgem, então, problemas relacionados à incorporação de argumentos empíricos na argumentação jurídica, mas, segundo Alexy, tais problemas só poderão ser solucionados ao passo em que tenhamos alguma espécie de cooperação interdisciplinar. Alexy retoma a regra de transição, do discurso prático, para afirmar sua validade também no discurso jurídico; isto é, a qualquer tempo é possível que um orador passe à realização de um discurso teórico. Um problema encontra-se, também, no grau de certezas empíricas de que se dispõe.

Partindo para uma tentativa de inter-relacionamento entre diferentes formas de argumento, Alexy passa a analisar os cânones de interpretação, iniciando pela apresentação de sua estrutura lógica. Justificar interpretações é função dos cânones interpretativos, mas não exaure toda ela, na medida em que tais cânones se prestam ainda à justificação de normas não-positivas, e de muitas outras afirmações jurídicas. A fim de elucidar o papel dessas formas de argumentação, Alexy classifica os cânones em seis grupos: semânticos, genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos e de interpretação teleológica.

Desejoso de demonstrar o papel dessas formas gerais de argumentação no seio do discurso jurídico, Alexy analisa as formas de argumentos individuais. O *argumento semântico* é aquele que em que uma interpretação de determinada norma é justificada ou criticada, ou se diz que ela é viável tendo por referência o costume lingüístico. Contudo, quando a regra chega a uma determinação pela pessoa que decide a favor ou de uma descoberta natural da linguagem ou de um uso baseado na técnica, já não há argumento semântico, de forma que se vê que uma tal determinação não poderia ser, simplesmente, justificada por um uso preexistente, de tal forma que “não se tomará uma decisão apenas por meios semânticos”,⁶⁴ adverte Alexy.

O *argumento genético* é colocado em jogo quando se diz que determinada interpretação de uma regra ou norma corresponde à intenção do legislador, de maneira que aqui ou se interpreta determina regra com vistas à realização de determinados objetivos supostamente visados pelo legislador, ou se parte do pressuposto de que determinado objetivo é de realização obrigatória e, assim sendo, efetuar todo meio para se chegar a ele torna-se, por

⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 225.

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 230.

extensão lógica, igualmente obrigatório. Alexy, contudo, destaca que esta seria uma formulação deveras fraca, uma vez que a intenção do legislador seria apenas uma das razões a serem consideradas na interpretação.

Temos, então, que formas de interpretação semântica exigem um juízo de validade sobre seus pressupostos semânticos, assim como formas de interpretação genética sugerem que se pesquise a validade de afirmar como tal ou qual a intenção legislativa originária. Eis o que faz com que o argumento, meramente baseado em afirmações desse tipo, seja incompleto, demandando o que Alexy denomina por “exigência de saturação”, fazendo com que afirmações logicamente anteriores àquelas tenham de ser apreciadas e validadas conforme. Contudo, não raro essas justificações preliminares apresentam alto grau de complexidade, e por vezes mostram-se, efetivamente, impossíveis.

O *argumento histórico*, por sua vez, é aquele em que estão em jogo as questões históricas do problema jurídico em discussão. Pode-se, por exemplo, argumentar que uma vez tal caso já foi julgado, e a solução ali apresentada teria tido conseqüências negativas ou desastrosas; e é precisamente nesse ponto, em que se diz que determinada conseqüência é indesejável, que se está incluindo uma premissa normativa que, para além de todo o conhecimento histórico, sociológico ou econômico que se possa supor, demanda uma justificação para além da premissa histórica.

Argumentos comparativos permitem a referência a um estado legal de coisas do passado, mas também a referência a outro estado ou sociedade. Aí estão presentes diversas premissas empíricas, certamente, e pelo menos uma normativa, como no argumento histórico.

Por sua vez, o *argumento sistemático* designaria comumente a posição de uma norma no texto jurídico, mas pode designar também a relação lógica e teleológica de uma norma para com outras normas, objetivos e princípios. É nesse último sentido que Alexy deseja analisar o argumento, principalmente quando uma interpretação de determinada norma contradiz outra norma que, por sua vez, deva ser considerada válida.

No caso do *argumento teleológico*, teria de haver uma análise minuciosa dos conceitos de fins e meios, bem como dos conceitos de desejo, intenção, necessidade prática e objetivos. Argumentos teleológicos objetivos devem ser caracterizados pelo fato de que o indivíduo que argumenta não se apóia nos objetivos de um terceiro, mas nos objetivos racionais, “naqueles objetivamente prescritos no contexto da ordem jurídica em vigor”.⁶⁵

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 233.

A comunidade daqueles que assim decidem, isto é, que decidem no contexto da ordem jurídica válida com base na argumentação racional, é o que Alexy diz ser “o sujeito hipotético dos objetivos pressupostos nos argumentos objetivos teleológicos”.⁶⁶ Assim, quando o intérprete afirma determinados objetivos da norma, está formulando hipóteses acerca dos objetivos desse sujeito hipotético, dessa comunidade de intérpretes. Como, então, ele justificará tais hipóteses? Alexy responde que é a argumentação racional que justifica a sua correção.

Por meio da afirmação de que, dado um estado de coisas prescrito normativamente, certa interpretação de uma regra é necessária para acarretar aquele objetivo que encarna um estado de coisas prescrito normativamente, tem-se a afirmação do argumento teleológico, na sua forma mais simples, justificando certa interpretação da norma ou da regra como racionalmente válida, pressupondo a solidez das premissas que dizem respeito à afirmação normativa sobre determinado objetivo, ao mesmo tempo em que se argumenta empiricamente ao afirmar que a interpretação de determinada norma é realmente eficiente na satisfação de tal objetivo normativo.

Alexy prende-se, porém, à justificação de um certo objetivo como normativo ou prescrito. Reconhece-se que, na maior parte das vezes, tal justificação é feita com base em uma norma aplicável; isto é, afirma-se o objetivo como necessário em face de a norma, ou o conjunto de normas, que o prescreve possuir caráter obrigatório. Contudo, Alexy alerta para o fato de que em nenhum desses casos o objetivo segue-se logicamente da norma. Por vezes, há diversos objetivos, o que implica que sua realização só possa ser limitada entre eles mesmos, e toda combinação entre eles deverá supor a aplicabilidade de uma regra definidora de prioridades.

Imaginando o caso limítrofe em que o objetivo normativo pode ser descrito como o próprio estado de coisas em que se consubstancia a norma interpretada, então a norma interpretada se mantém; contudo, nesse caso, a referência ao objetivo normativo não terá outro valor senão o de esclarecer o que significa, para a interpretação proposta na norma, ser válida. Via de regra, a descrição desse estado de coisas requer princípios, pois o objetivo normativo supõe-se um estado de coisas; logo, os princípios se mantêm fazendo com que o argumento teleológico transforme-se em um argumento de princípios. A grande questão que surge é, pois, não a da justificação da validade dos princípios, mas validar a norma que, supostamente, encontra fundamento neles, na medida em que a norma a ser validada nem

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 233.

sempre deflui logicamente de tais princípios. Assim, torna-se necessário concretizar os princípios com auxílio de novas afirmações normativas.

Como formas de argumentos, tais cânones de interpretação não constituem, verdadeiramente, regras; nessa condição, de formas de argumentos, os cânones de interpretação podem dar uma característica especial à teoria da argumentação. Ainda falta mostrar, contudo, como se faz para chegar a um discurso racional. Para Alexy, a exigência de saturação – que diz que um argumento só é completo como forma particular se contiver todas as premissas que pertencem a essa forma – é o que garante a racionalidade de aplicação dos cânones.⁶⁷

Cada um dos cânones de interpretação possui, também, uma função bastante especial. A forma de argumentação semântica e a de argumentação genética relacionam-se com quem toma decisões utilizando-se das palavras da legislação ou da intenção do legislador. Formas histórica e comparativa franqueiam acesso a experiências do passado e de outras sociedades. A interpretação sistemática contribui para libertar o ordenamento jurídico da contradição, enquanto a interpretação teleológica com suas formas abre espaço para o campo da argumentação prática em geral.

Fica claro para Alexy que variar o uso das formas de argumentação pode conduzir a resultados diversos. É isso o que propõe o problema da hierarquia entre os cânones de interpretação, sem que qualquer proposta até hoje tenha recebido aceitação geral. Muitos, como Esser, Kriegl, English ou Larenz, dizem que toda tentativa no sentido de organizar uma hierarquia ou um modo de relação específico entre tais formas de argumentos estaria, de início, fadada ao fracasso. Nesse sentido, a teoria do discurso, não pode apresentar uma solução definitiva; contudo, Alexy sugere que uma teoria do discurso pode colaborar para esclarecer de que forma, alternativas discursivas podem ser empregadas de maneira útil.

A teoria do discurso afirma que não inclui argumentos baseados na necessidade, isto é, argumentos por si só capazes de determinar um fato, exceto no caso da necessidade discursiva. Regras e formas de discurso não conduzem, necessariamente, a uma argumentação racional, embora aumentem a probabilidade de se atingir uma argumentação racional. Elas sequer bastam para afirmar um vínculo com as palavras da lei; pelo contrário, uma argumentação puramente racional tende a ser descartada em face de um argumento que demonstre um elo com as palavras da lei ou com a intenção legislativa. De outro lado, tal

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 236-237.

regra permite pôr em questão a perquirição sobre as circunstâncias em que se possa atribuir um menor peso aos argumentos que guardam tal elo.

Alexy diz que isso não significa que esta seja uma decisão arbitrária, na medida em que aqueles motivos são racionais na medida em que podem ser defendidos em uma discussão jurídica racional. Mesmo porque os próprios argumentos jurídicos não poderiam servir, como Alexy demonstra, de fundamento para a decisão jurídica, na medida em que não são aptos a determinarem o próprio resultado da discussão jurídica em que estão implicados. Assim, o problema tende a ser solucionado pela aplicação de argumentos do discurso prático em geral.

Tendo de atribuir pesos diversos a diversos argumentos, e baseando tal distribuição de pesos a uma boa fundamentação racional, vê-se como um princípio que, às vistas de Alexy, seria essencial – o princípio da universalizabilidade – “requereu que o uso das formas de argumentos aconteça segundo as regras justificáveis de racionalidade que governam seus inter-relacionamentos”.⁶⁸

Dessa maneira, “determinações do peso relativo de dois argumentos diferentes na forma precisam se conformar às regras de pesagem”.⁶⁹ Eis uma regra do discurso prático geral que surge para governar o uso dos cânones. Se há liberdade de argumentação, assegurando que todo tipo de argumento possa ser produzido, então é certo que todo argumento produzido possa receber a devida consideração.

Diante disso, Alexy conclui que os cânones de argumentação não podem nem ser superestimados, no sentido de que são os responsáveis pelo atingimento de uma “resposta correta” para o caso posto a julgamento, mas também não devem ser desprezados como se fossem meros estratagemas para legitimar uma decisão que seria atingida de toda forma. Pelo contrário, “trata-se de formas em que a argumentação jurídica tem de ser computada se for para atender sua exigência de correção, que, de forma diferente do que a do discurso prático em geral, contém o reconhecimento da qualidade obrigatória da legislação”.⁷⁰

2.3. Argumentação dogmática e uso dos precedentes

A dogmática jurídica, usualmente compreendida como a ciência do direito em sentido estrito, abarca três dimensões: aquela que descreve a lei em vigor (descritiva-empírica), aquela que a sujeita a uma análise conceitual e sistemática (lógico-analítica) e aquela de elaborar propostas de solução sobre o problema jurídico (normativo-prática). Essas três

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 240.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 240.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 240.

dimensões devem confluir, segundo Alexy, no sentido de perfazer as três tarefas da dogmática jurídica: “(1) análise lógica dos conceitos jurídicos; (2) unificação dessa análise num sistema e (3) aplicação dos resultados desta análise para justificar decisões jurídicas”.⁷¹

Contudo, Alexy reconhece que desde os tempos de Rudolf von Jhering, a dogmática jurídica tem sido criticada justamente no ponto em que pareceria que ela teria tido mais sucesso: quando se afirma que seria impossível obter nova conclusão normativa utilizando apenas os métodos de análise lógicos.

O que Alexy tem a dizer sobre isso é que nem o conceito mais amplo nem um dos conceitos mais restritos são, efetivamente, apropriados para definir a ciência jurídica. Primeiro porque não se deveria conceber a dogmática jurídica como mera atividade descritiva de normas, não tendo nada a contribuir na justificação das argumentações normativas. Assim, a teoria do discurso deve assumir a tarefa de estabelecer um conceito adequado de dogmática jurídica, a qual deveria ser redefinida como “uma classe de proposições que se relacionam com normas atuadas e lei causal, mas não são idênticas à descrição das mesmas, e estão em algum inter-relacionamento mútuo coerente, são compostas e discutidas no contexto de uma ciência jurídica institucionalmente organizada e tem conteúdo normativo”.⁷²

Se assim se conceder uma definição à dogmática jurídica, a primeira questão em aberto consiste em saber que tipo de proposição pode ser considerada pertinente a ela. As primeiras proposições poderiam ser aquilo que Gustav Radbruch definia como “conceitos jurídicos autênticos”, o que faz supor normas jurídicas que lhes dêem contorno, a forma como vêm à existência, conteúdos normativos etc. Quanto a conceitos ou definições comuns que são incorporados pela norma, Alexy reconhece que sua integração à dogmática jurídica é controversa. Se, de um lado, a mesma parece merecer ser integrada, por outro, não se pode recair no absolutismo de afirmar que toda regra proposta ou aplicada ao uso da linguagem na interpretação de uma norma pertence propriamente à dogmática jurídica. Assim, Alexy oferece um critério prático de distinção ao sugerir que, nesse sentido, para ser dogmática, basta que uma proposição seja aceita ou pelo menos discutida no seio de uma ciência jurídica institucionalmente organizada. No que respeita às regras que não gozam de qualquer *pedigree* estatutário, dependerá de uma certa proposição ser ou não aceita no contexto de uma ciência jurídica institucionalmente organizada.

Outra categoria de proposições dogmáticas seria a das *descrições e designações de estados de coisas*. Uma das classes finais é a *formulação de princípios*: “proposições de um

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 243.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 245.

tão nível alto de generalidade que podem via de regra não ser aplicados sem o acréscimo de premissas normativas e, habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios”.⁷³

Contudo, ainda que calcifiquemos as proposições da dogmática jurídica, não temos, propriamente, uma teoria da dogmática como atividade lingüística. Outros componentes devem ser analisados, como uma teoria da linguagem da dogmática, da aplicação de proposições da dogmática, da justificação de tais proposições e, por fim, da função da dogmática.

Dado que proposições dogmáticas não podem ser inferidas de normas jurídicas, cuja validade é suposta, nem das afirmações empíricas, e que embora possam justificar umas às outras, as proposições justificadoras sempre teriam de ser justificadas, deveria haver, cedo ou tarde, um apelo aos argumentos práticos gerais. Tais argumentos, segundo Alexy, são a base tanto da justificação quanto do exame de proposições dogmáticas.⁷⁴

Para Alexy, toda proposição com conteúdo normativo pode ser justificada, mas as proposições dogmáticas seriam especiais na medida em que podem ser sistematicamente examinadas, e de suas formas. Em sentido estrito, em face das relações lógicas entre proposições a serem examinadas e proposições dogmáticas remanescentes; em sentido mais amplo, do ponto de vista prático geral daquelas proposições normativas singulares que são justificáveis com a ajuda de proposições dogmáticas que estão sendo examinadas, e com a ajuda de proposições dogmáticas remanescentes e formulação de respectivas normas legais.

Dessa forma, a dogmática jurídica torna possível um controle de consistência. No exame mais restrito, possibilita-se perguntar se as proposições dogmáticas e as formulações de normas jurídicas são logicamente consistentes umas com as outras de uma perspectiva prática geral. De outro lado, num sentido amplo, para que uma proposição seja necessariamente aceita como dogmática, é necessário que possa suportar um exame sistemático em sentido amplo – o que apenas ocorre quando alguém for capaz de dar uma justificação prática geral para as decisões suportáveis com a concorrência de outras proposições dogmáticas e formulação de normas jurídicas. Ainda que seja certo que a argumentação jurídica não possa reduzir-se à argumentação prática em geral, esta formaria, segundo Alexy, a pedra angular do processo de prova e da argumentação dogmática. As proposições dogmáticas dependem, pois, de proposições da argumentação prática em geral, o que implica que as proposições dogmáticas não sejam de todo irrefutáveis.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 248.

⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 250.

A dogmática tem, entretanto, determinadas funções. De acordo com Alexy, são as funções de estabilização que permitem sua integração a um aparelho institucional, possibilitando que algumas formas de decidir permaneçam fixas por bom período de tempo, excluindo o abandono de uma proposição sem qualquer razão. Igualmente, apresenta-se a função de desenvolvimento, de um certo progresso no interior da dogmática, no que se refere ao modo de analisar certas circunstâncias, quando a dogmática integra-se no seio de uma instituição. Eis o que constituiria um argumento forte pelo caráter científico da dogmática jurídica. Persiste, ainda, a função redutora do encargo do processo justificativo no tempo. Contudo, na medida em que, frente ao caso singular, pode ocorrer de certos princípios até então aceitos terem de ser abandonados, em verdade, vê-se que a dogmática pode, por vezes, aumentar a exigência de justificação. Nesse sentido, Alexy dá certa razão a Luhmann. Ao mesmo tempo, reconhece que a dogmática facilita a função pedagógica – trata-se da função informativa da dogmática. Haveria, ainda, uma função controladora, que repousa nos exames sistemáticos da proposição dogmática, em sentidos estrito e amplo. Por fim, tem-se, da dogmática, a função heurística; na medida em que a dogmática implica uma gama de modelos de soluções de problemas, distinções e pontos de vista, evitando que se comece infinitamente, constituindo um útil aparato para decidir, embora não seja bastante.

Todos esses resultados e análises indicam para uma possibilidade de concepção instrumental da dogmática jurídica, de acordo com Alexy, contribuindo na satisfação do princípio da universalizabilidade no contexto das funções de estabilização e controle – o que faz da dogmática jurídica uma atividade racional. Contudo, Alexy sabe que no momento em que não é mais utilizada como instrumento, a dogmática jurídica corre o risco de perder o seu caráter racional. Para que isso não ocorra, seria necessário não perder de vista seu vínculo com a argumentação prática em geral.

Alexy reconhece, também, a importância dos precedentes; contudo, afirma que no direito romano-germânico ainda subsistem controvérsias sobre sua posição teórica. O princípio da universalizabilidade exige que utilizemos os precedentes, que tratemos de forma semelhante casos similares, fundando o tratamento no princípio da igualdade formal.

Uma das primeiras dificuldades a enfrentar reside na circunstância de que nem sempre um caso será idêntico a outro. Assim, devemos identificar que espécie de diferenças são efetivamente relevantes. Contudo, é também possível que, mesmo ante casos idênticos, a decisão não possa ser a mesma em face de nossa abordagem das circunstâncias ter se modificado ao longo do tempo. De toda forma, permanece a condição geral da

justificabilidade por meio do argumento, sendo bastante bom o princípio da inércia de Chaim Perelman, que condiz com a modificação de certa decisão unicamente quando da apresentação de melhores argumentos. Eis o que gera ao defensor de uma tese nova o encargo de apurar o argumento em que se baseia. A segurança e a certeza jurídicas, bem como a confiança na decisão judicial, são seus únicos fins.

2.4. Teoria da argumentação jurídica

A argumentação prática geral pode ser requerida na justificação de premissas normativas necessárias para satisfazer as diferentes formas de argumento, na justificação de uma escolha de entre diferentes formas de argumento que conduzem a resultados diversos, na justificação e exame de proposições de dogmática jurídica, na justificação de quaisquer casos de distinguir ou prevalecer diretamente na justificação de afirmações usadas na justificação interna. Embora afirmações de dogmática jurídica aparentemente possam suplantar argumentos práticos gerais, tal superação dá-se sempre de forma provisória, pois é sob o fundo de um argumento prático em geral que é recortado o argumento dogmático. Assim, “as afirmações de dogmática jurídica não podem continuar a serem justificadas por argumentos de dogmática jurídica”.⁷⁵

Fica clara a necessidade de um discurso jurídico do ponto de vista do discurso prático geral, com uma correspondência (parcial) no que se refere à exigência de correção, a correspondência estrutural entre regras e formas do discurso jurídico e aquelas do discurso prático geral, e a necessidade de argumentação prática no contexto da argumentação jurídica, segundo Alexy.

Da debilidade das formas e regras de um discurso prático geral, emerge a necessidade de um discurso jurídico, a fim de que seja possível reconduzir tais formas e regras a resultados. Essas fraquezas devem-se ao fato de que o discurso prático geral não toma premissas normativas que constituem o ponto de partida no discurso; assim, nem todos os argumentos estão fixados. Dada a necessidade de uma verdadeira decisão, e a possibilidade de justificar diversas possibilidades, seria razoável limitar o alcance daquilo que é discursivamente possível de maneira racional; bons exemplos dessa limitação inicial seriam regras de procedimento, segundo Alexy.

Normas legislativas não são suficientes para regerem um caso, e nem sempre elas são determinantes na tomada de decisão, justamente porque sobre elas pendem alguns problemas

⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 267.

no próprio nível do discurso. As debilidades podem, contudo, ser mitigadas a partir do momento em que se introduzam certas formas e regras de argumentação jurídica institucionalizando-as como ciência jurídica, integrando-as no contexto dos precedentes, de maneira a reduzir o alcance de possibilidades discursivas na área de incerteza deixada pelas normas jurídicas. Isso não significa, porém, que a argumentação jurídica se emancipe imediatamente da argumentação racional prática, ou geral. Mesmo Alexy reconhece não ser possível eliminar toda a incerteza.

Outro aspecto do vínculo entre argumentações jurídica e prática geral, está na parcial correspondência de exigências de correção nesses dois campos.⁷⁶ No caso do direito, tal exigência relaciona-se não com o fato de a afirmação em questão ser ou não absolutamente racional, mas de poder ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica em vigor; eis o que torna a racionalidade da argumentação jurídica relativa em relação à racionalidade da legislação em vigor. A racionalidade da decisão só tomaria um grau absoluto, portanto, na medida em que a legislação fosse absolutamente racional. Assim, a pergunta passa a ser, como Alexy reconhece, “o que significa proferir uma decisão racionalmente válida no contexto de uma dada ordem jurídica?”.

Um terceiro ponto de confluência entre discurso jurídico e discurso prático em geral é o da correspondência estrutural entre as regras e as formas de discurso jurídico e prático geral no que tange às regras e formas de justificação interna, pela aplicação do princípio da universalizabilidade que corresponde ao princípio da justiça formal; quanto à argumentação empírica, a mesma regra, lá e cá é aplicável, pertine à disponibilidade e certeza do acesso ao plano dos fatos.

Formas de interpretação, que Alexy agrupara sob cânones, colaboram na formação do caráter de autoridade do discurso jurídico. Outras formas de interpretação, como a teleológica, podem muito bem ser consideradas derivações da argumentação prática geral. A ciência jurídica dogmática poderia, por sua vez, ser compreendida como uma institucionalização de um discurso prático condicionada à existência de uma ordem jurídica. Ela é quem torna possível obter resultados que seriam impossibilitados pelo uso puro e simples de uma argumentação prática geral – consideravelmente ampliada com relação a pessoas, tópicos e tempo. Os precedentes também seriam pertinentes aos argumentos práticos gerais, à medida em que se sustentam sobre os princípios da inércia e da universalizabilidade. Isso também valeria, segundo Alexy, para o emprego de formas de argumentos jurídicos especiais.

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 269.

A necessidade de argumentos gerais práticos no contexto da argumentação jurídica deveria ter se tornado clara. Contudo, a aparente fraqueza intrínseca dos argumentos práticos não deveria conduzir, como Alexy alerta, à compreensão de uma certa superioridade da argumentação jurídica. A argumentação jurídica não possui autonomia nem pode emancipar-se da argumentação prática geral na medida em que constitui um caso especial dela, com regras, condições e circunstâncias especiais.

A fraqueza interna a esse discurso prático geral que faz fundo à argumentação jurídica estará sempre presente no âmago da argumentação jurídica e, embora possa ser mitigada por regras e condições especiais e próprias à esfera do jurídico, nunca poderá, segundo a avaliação de Alexy, ser completamente eliminada de seu seio.⁷⁷ Porém, para Alexy, não há, ainda, nenhum procedimento que garanta um maior nível de racionalidade argumentativa em face da argumentação jurídica. Tal diagnóstico não seria, todavia, suficiente para negar a cientificidade desse procedimento, mesmo porque o caráter científico advém da adequação de um procedimento às regras, e não de sua subsunção a uma certeza absoluta. Assim, sua pesquisa pretende a abrir horizontes para um argumento mais forte do que esses; entretanto, isso não seria possível senão compreendendo, antes de tudo, essa forma de argumentação jurídica racional.

A explicação de uma argumentação jurídica racional consistiria, pois, em apresentar certo número de regras e formas que a argumentação tem de seguir e assumir encampano a exigência implícita a ela, que é a de tornar a argumentação mais racional, constituindo um critério de correção das decisões jurídicas.

Essas regras e formas teriam seu valor também no que se refere às exigências de que os fatos de que se servem os argumentos, de fato, ocorram; assim, formam um padrão com o qual se poderia medir as limitações necessárias em determinações jurídicas e em litígios. Ao serem justificadas e tomadas em comparação com outras, tais razões de limitação são justificadas ensejando chegar a uma decisão o mais próxima possível de uma situação ideal. Assim, a teoria do discurso oferece um critério para tomadas de decisão.

Tentando escapar ao idealismo a que Habermas não escapa, mas resvalando nele quase de todo, Alexy diz que não se deveria subestimar essa concepção ideal de decisão forjada pela teoria da argumentação jurídica, mas reconhece que ela não operaria de forma justa senão supondo uma ordem social e jurídica justas.

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, p. 272.

3. O PLANO DE ORGANIZAÇÃO DO DIREITO COMO INTEGRAÇÃO: A TRANSCENDÊNCIA DO JUÍZO E O IDEALISMO DA LÍNGUA

Nos quadros do pós-positivismo, pode-se notar que Dworkin e Alexy constroem uma teoria do direito que, ao contrário do que enterneceia o neokantismo juspositivista, deixa-se de ontologizar a norma geral e abstrata⁷⁸ para conferir uma ontologia ao produto da construção hermenêutica, isto é, a norma singular, particular, aplicável ao caso concreto. Eis um primeiro descolamento em relação ao senso comum teórico positivista, mas sem que seja um descolamento substantivo.

Não é difícil notar que, mesmo diante dessa modificação de referenciais, persistem solidariedades interiores entre a teoria do direito como interpretação e o juspositivismo, na medida em que ainda se trata, bem ou mal, da norma; contudo, agora ela já não tem plena existência antes do caso concreto, mas vem assumir um estatuto diferenciado: ora a norma geral e abstrata não passa de um ponto de partida para a interpretação,⁷⁹ como em Dworkin, em cuja teoria tem função de delimitação, ora surge como uma limitação da argumentação racional prática, como em Robert Alexy. A decisão é o produto da miscibilidade hermenêutica que varia entre esses dois pólos da interpretação no direito.

Essas solidariedades interiores entre o pós-positivismo – do qual não raro sai uma corrente de pensamento como a do direito como interpretação – ficam ainda mais claras quando tomamos o texto de alguns teóricos contemporâneos do direito, que trabalham com esse modelo teórico ainda inacabado chamado pós-positivismo. Os grandes analistas da teoria neoconstitucional do direito aplicam, não casualmente, os *standards* que Norberto Bobbio forjara para explicar o positivismo jurídico, para explicar sua nova matriz teórica; trata-se de perceber o neoconstitucionalismo segundo três dimensões: como método, teoria e ideologia, sendo que a aceitação dessa última implica aderir às outras duas.⁸⁰

Servindo-se das formulações de Norberto Bobbio, Paolo Comanducci afirma que o pós-positivismo se aproxima metodologicamente do positivismo jurídico tradicional, mas possui um objeto relativamente modificado; uma segunda tendência enxerga nas mudanças acerca do

⁷⁸ “Le concept de la totalité des lois, em fonction desquelles une législation extérieure est possible, s'appelle la doctrine du droit (jus). Une telle législation existe-t-elle réellement, elle est alors la doctrine du droit positif (...)”. KANT, Immanuel. *Introuction à la doctrine du droit*. In: *Oevres philosophiques*. Paris : Gallimard, 1980, p. 477.

⁷⁹ Linha essa que, no Brasil, é capitaneada por Eros Grau, Ministro do Supremo Tribunal Federal. Cf., a propósito, GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, p. 237.

objeto a necessidade de uma modificação metodológica, apresentando diferenças qualitativas a respeito do positivismo teórico.⁸¹

Uma dentre essas diferenças qualitativas consiste na aproximação entre direito e moral, que passa a exigir que o controle e a elaboração de juízos seja adequada a padrões axiológicos, ético-jurídicos, conduzindo a uma leitura moral da Constituição.⁸² “Pós” indicaria a superação de um modelo juspositivista, tornando *ideal* o modelo axiológico-jurídico do direito, conduzindo a um abrandamento da distinção prescrição/descrição.

Se, por um lado, não se abre mão de um fundamento legitimador da ordem jurídica, para Écio Oto Ramos Duarte, assistiríamos a uma ampliação do conteúdo da *Grundnorm*, atravessada, agora, por conceitos morais,⁸³ bem como a redefinição do conceito de direito não-positivista, que não poderia dispensar um grau mínimo ético.

Dworkin e Alexy não fogem a esse quadro teórico, mas o que os analistas do pós-positivismo ainda não afirmaram com clareza é a função que uma teoria do direito como interpretação desempenha nos quadros da teoria do direito contemporâneo. Tal função consiste, precisamente, em ser limite de passagem entre o normativismo de matrizes kelseniana e hartiana em direção a uma teoria da decisão, da norma individuada ideal ou atual.

Em Dworkin, como em Alexy, vê-se, em larga escala, ser produzida uma hermenêutica do juízo que permite fazer a travessia da norma geral e abstrata, com alto grau de impessoalidade, à norma singular, específica, *casual*, concreta, com alto grau de pessoalidade. O discurso dos direitos que as partes têm, de Dworkin, coloca um véu moral sobre essa passagem. Isso fica claro quando notamos que a postulação de uma integridade do direito como princípio político ideal só pode ser atingida no julgamento, perante o caso concreto, e perde todo o seu sentido a partir do momento em que dispensamos a decisão. Alexy, por sua vez, fala na idealidade de uma situação jurídica apenas atingida na decisão.

Embora ambos refiram mais de uma vez que tais condições ideais não correspondem, de qualquer forma, a uma metafísica em sentido clássico – isto é, a um ideal de transcendência –, as regras formais, o princípio de universalizabilidade de Alexy, os direitos morais, o próprio caso concreto e, por fim, a decisão, não podem efetuar-se numa construção interpretativa senão apelando a um ideal transcendente que constitui o âmago da própria decisão. Não é

⁸¹ COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONNEL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 83.

⁸² DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*, p. 68.

⁸³ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*, p. 71.

preciso qualquer referência a uma teologia para que haja transcendência – basta termos um universal ou um ideal à disposição. Uma ordem de valores político-morais, como em Dworkin, ou relativos à própria razão, como em Alexy, e mesmo a pura decisão como produto final da ontogênese de um processo interpretativo ou argumentativo, é o quanto basta para que se tenha transcendência no campo jurídico.

Dworkin afirma que não seria possível criticar valores morais sem assumir uma posição moral; contudo, sendo o ideal moral uma forma de transcendência – que Dworkin diz não compreender muito bem –,⁸⁴ esse ideal só seria possível supondo um fora da moralidade, um lugar em que a moralidade possa ser descartada, em que não subsista um sistema de valores transcendente. Basta não aceitar a moral como esse sistema e, a exemplo do que fizera Nietzsche, afirmar a criação ou a vida como valores potentes fora de todo o sistema moral, que a transcendência da moralidade deve supor sob pena de não se sustentar. Não raro, o oco dos argumentos de Dworkin dá a ver que a moralidade precisa de um fundamento para lançar-se em transcendência. Uma de tais passagens é aquela em que Dworkin perde o chão ao afirmar que a escravidão, sem qualquer subjetivismo, seria intrinsecamente injusta, mas tampouco consegue explicar a objetividade dessa valoração. Não há moralidade imanente.

Ainda, Dworkin, ao perscrutar uma teoria narrativa para o direito, tropeça em sua própria teoria estética; faz do direito uma continuidade que põe em evidência a obra acabada, a decisão, e não a criação, a interpretação como verdadeiro construtivismo. Contudo, não se trata da decisão como singularidade, como acontecimento, pois nessas dimensões ela não poderia continuar qualquer narrativa; não como uma obra que se faz e se apaga no tempo do devir, que é o tempo do acontecimento, o tempo em que a decisão de Dworkin aproxima direito e narrativa literária, não literatura, como Dworkin pretende, é um tempo que erige a decisão em uma obra imortal, em um passado que, estendendo-se no presente, só pode ter por destino ser infinitamente estendido e continuado.

Toda a teoria da argumentação de Alexy, igualmente, é a demonstração de que forma a linguagem pode constituir-se facilmente como um objeto transcendente – na medida em que não pode descolar-se de um juízo devedor da razão, cujas exigências de correção não podem conceber-se sem passar por um ideal de razão.

Enovelados, Dworkin e Alexy encaminham uma teoria do direito como interpretação cujo fim passa por conceber critérios para tentar conter o decisionismo; mas ao fazê-lo, o chancela, o possibilita, e o elogia, ante a fluidez dos conceitos morais e da racionalidade ideal

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 205.

a que a argumentação deve reverência, e não faz mais que a personagem de uma passagem móvel entre o positivismo da norma disciplinar e o decisionismo da soberania política.