

A RACIONALIDADE PRÁTICO- ARGUMENTATIVA NO CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

THE RATIONALITY PRACTICAL- ARGUMENTATIVE IN CONFLICT PRINCIPLES AND RULES

*Eliane Ferreira de Sousa*¹
Universidade de Brasília

Resumo

O presente artigo traz uma discussão acerca da “superção” da regra jurídica, quando, por motivo de complexidade e excepcionalidade do caso, aquela sequer é aplicada em virtude de conflitar com princípio jurídico. Por esse motivo, é que é necessária uma racionalidade prático-argumentativa, que, mesmo não sendo de todo efetiva, ao menos

caminha para uma tentativa ideal e coerente de construção de argumentos.

Palavras-chave

Regra. Princípio. Argumentação.

Abstract

This article presents a discussion about "overcoming" the rule of law, where, for reasons of complexity and uniqueness of the case, that's even applied due to conflict with legal principle. For this reason, it is a practical and rational argument is required, which, while not effectively all, at least walk for optimal and consistent attempt to build arguments.

Keywords

Rule. Principle. Argument.

1 Introdução

O direito, como sistema de normas que visa regular as relações jurídicas provenientes dos fatos sociais, deve adequar-se procedimentalmente para o cumprimento de tamanha missão. Se todo esse esforço gira em torno do processo decisório, este deve, no mínimo, despojar-se de toda e qualquer subjetividade e pautar-se em critérios racionais na solução dos

¹Doutoranda em Direito pela UnB. Doutora em Linguística pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP/Brasília. Analista de Ciência e Tecnologia da CAPES. Foi Coordenadora de Programas de Apoio à Excelência da CAPES e Coordenadora de Programas de Indução e Inovação da CAPES.

conflitos de interesses. Desse modo, o direito não pode, sob hipótese alguma, coadunar-se com qualquer tipo de arbitrariedade. Quando as decisões não se perfazem por meio de mecanismos de racionalidade, tem-se o risco latente de decisões arbitrárias.

Por algum momento na história, mais detidamente no séc. XX, com as bases neopositivistas pós-giro linguístico, as regras jurídicas davam conta das exigências racionais. Contudo, com a complexidade da sociedade, o sistema de regras dado pelo direito já não atendia ao modelo de racionalidade exigido até então pelo próprio sistema.

Se havia um modelo anterior guiado por regras, passou-se então a ter um modelo também guiado por princípios.

Consequentemente, o modelo lógico-dedutivo perdeu força para um modelo de racionalidade mais voltado para critérios argumentativos. Assim, a argumentação, como escolha racional, traz ao menos os motivos pelos quais a decisão foi X (e não Y), bem

como o percurso para concluir porque ela foi Z (e não W). Para a teoria da argumentação, como razão prática, é melhor uma decisão judicial que decisão alguma.

Uma pergunta inicial deve ser feita: Até que ponto o legislador regula a realidade quando cria a lei?

Há caminhos. O primeiro é o do decisionismo, na concepção de Hans Kelsen (norma hipotético-fundamental) ou de Herbert Hart (reconhecimento à autoridade), corrente na qual não há como saber qual a melhor decisão a ser tomada, o que gera certo ceticismo moral. O sentido da “moldura” de Kelsen é mais amplo que a “textura” de Hart. Outra proposta diz respeito ao que é proposto nas teorias da argumentação, as quais negam o ceticismo na tentativa de reconstruir a legitimidade da decisão, por meio da valoração racional de questões morais, estreitando os laços entre direito e moral.

Nessa seara, a questão é como reconstruir a legitimidade da decisão judicial. Daí a necessidade de

uma teoria que recomponha esse vácuo (entre a lei e a interpretação judicial) com o foco na jurisdição constitucional. Para tanto, dentre as tentativas “pós-positivistas” de discussão, destacam-se as ideias de dois grandes pensadores contemporâneos: Ronald Dworkin e Robert Alexy.

2 A dialética entre regra e princípio

De maneira geral, o direito tem de lidar com as excepcionalidades impostas às regras jurídicas. A questão é saber se, em casos excepcionais (casos difíceis), a regra jurídica deva ser necessariamente aplicada. Se aplicada, o que justificaria argumentativamente a sua aplicação ao caso excepcional?

Não é à toa que, nos ordenamentos jurídicos modernos, o direito tem à disposição mecanismos subsidiários à explicação da aplicação da regra jurídica a casos excepcionais.

Parece uma contradição ao que foi proposto pela escola

positivista a partir de Hans Kelsen, que sempre rejeitou análises externas (equidade, por exemplo) ao objeto da ciência jurídica. A busca por um modelo ideal (moldura) de ordenamento jurídico visava, entre outros motivos, minimizar a indeterminação na aplicação da norma.

Essa tensão dialética, entre abertura (generalização) e fechamento (individualização), é discutida por autores do porte de Alf Ross e Herbert Hart. Para o segundo, por exemplo, ao mencionar a “textura aberta do direito”, sinaliza a incapacidade de o legislador, na construção da norma, prever todas as circunstâncias futuras que a envolverão.

No tópico seguinte, discutem-se as idéias de Ronald Dworkin que, ao criticar o positivismo jurídico (seguindo o modelo de Hart) em face dos casos excepcionais, faz uma distinção entre regras e princípios. No mesmo sentido, destaca-se, também, a proposta de Robert Alexy.

3 Colisão entre regras e princípios em Robert Alexy e Ronald Dworkin

Ao que se sabe, os princípios sucessivamente entram em colisão com as regras jurídicas, o que advém da falta de limites exatos acerca do conteúdo e do alcance de cada um deles. Nos casos em que se verificam os conflitos, a técnica de ponderação de Alexy² pode vir a ser instrumental eficiente para a solução desses embates.

Para o autor, o juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.

Qualquer análise que se faça deve ser orientada por

critérios racionais, os quais apontarão para o princípio que, em determinada situação, possui maior valor, depois de verificadas as condições específicas que integram tal ponderação. Esse sistema de ponderação constrói uma lei de colisão, por via da qual as condições que levam à preferência de um princípio sobre o outro formam o pressuposto fático de uma regra que justifica a consequência jurídica do princípio precedente³.

Assim, quanto mais desprestigiado for um princípio, maior deverá ser a importância do outro princípio a ser satisfeito. Resumidamente, esta seria a técnica de ponderação de Alexy, que serve para solucionar situações de colisão entre princípios, principalmente daqueles que tratam de direitos fundamentais.

Alexy trata os direitos fundamentais como direitos constitucionais positivos, ao passo que princípios são normas jurídicas que

² ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008.

³ ALEXY, op. cit.

estabelecem deveres de otimização, aplicáveis segundo possibilidades normativas e fáticas. Já as regras são normas jurídicas com validade restrita a determinado ordenamento. A tese de Alexy mostra que a distinção entre princípios e regras tem caráter estrutural (forma de organização do sistema constitucional como ordenamento).

Em caso de colisão, segundo Alexy, os princípios têm sua validade compartilhada, enquanto que com as regras a obrigatoriedade de uma resulta no afastamento da outra, seja pela introdução de uma exceção ou pela revogação da outra. Quanto à *obrigatoriedade*, os princípios conferem obrigações *prima facie*, acessíveis pelo princípio da ponderação, e as regras instituem obrigações absolutas.

Outra perspectiva é a de Dworkin. Sua distinção entre princípios e regras tem em vista um ataque geral ao positivismo. Dworkin o faz, articulando um caráter de aplicação na base do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*) às regras, de modo que, havendo colisão

entre elas, uma deve ser necessariamente considerada inválida; no caso dos princípios, a eles seria reservada a esfera dos fundamentos, sendo a decisão sobre qual princípio prosperar, em caso de colisão, alcançada pelo recurso à dimensão do peso (*dimension of weight*), sem que qualquer um deles perca, no entanto, a sua validade⁴.

Nesse sentido, a decisão sobre a regra a ser usada ou não dependerá da força dos argumentos que circunda a regra em si. A racionalidade argumentativa, a depender das circunstâncias (hierarquia, tipo, tempo...), pode se encontrar em outra regra, sem que isso represente necessariamente um conflito de regras, mas a solução de um iminente ou de um conflito em si. A preferência pode ser também pela escolha de princípios importantes.

Na “tese dos direitos” de Dworkin, o bem relativo a qualquer indivíduo deve ser tratado com o mesmo grau de consideração e respeito que

⁴ DWORKIN, Ronald, *O império do direito*, 1999.

qualquer outro indivíduo. Os princípios estão para o indivíduo, assim como as políticas públicas estão para o coletivo. Para Dworkin, os argumentos consequencialistas (a serem tratados mais adiante), por exemplo, testam decisões e suas consequências em relação a princípios e não em relação a políticas públicas. Nesse aspecto, Neil MacCormick discorda de Dworkin no sentido de que para aquele os direitos são consequências em relação às decisões de princípios que se fazem no campo jurídico, mas pressupostas por elas.

Hart, por exemplo, reconhece que o direito produzido pelo legislador é incompleto, cabendo ao juiz que aplica o direito suplementá-lo com uma regra mais detalhada e dentro de uma estrutura parcialmente inacabada. Para ele, o juiz participa de modo subordinado (legislação delegada). Contrariamente, Dworkin discorda de Hart, por este ignorar o papel que princípios desempenham na interação com regras, no que concorda MacCormick.

Enfim, há a constatação de que as regras jurídicas são superáveis e que uma usual explicação para isso se dá ou é possível no contexto da argumentação jurídica. Nesse sentido, no próximo tópico, faz-se uma análise do papel da argumentação jurídica na construção de uma ideal de racionalidade para o conflito entre regras e princípios.

4 Reconstruindo a racionalidade

Um sistema que exige razoável clareza das resoluções dos juízes pode também exigir que eles as testem em função da sua aceitabilidade dentro do conjunto de casos reais e hipotéticos aos quais tais resoluções se aplicariam. Só assim pode a consistência racional ser razoavelmente perseguida, com a possibilidade, sem dúvida, de que os precedentes sejam revisados.

MacCormick fala da *ratio*⁵, aquilo que a Corte

⁵ MacCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*, 2008.

afirma como interpretação correta da lei, uma solução do juiz, em vez de ser qualquer regra. Essa *ratio decidendi* é uma justificação formal, explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução seria necessária para a justificação da decisão no caso, função da decisão e da justificativa oferecidas por um juiz para tal decisão.

De acordo com o mesmo autor, no processo de interpretação dos precedentes, estes podem ser construídos de diversas maneiras. O que pode ser vinculante ou fortemente persuasivo é a *ratio*, ou seja, a solução cuidadosamente produzida após ampla argumentação sobre o ponto que precisa ser solucionado e que é suficiente – e não mais do que suficiente –, para decidir tal questão concreta. As *obiter dicta* (decisões consideradas dispensáveis) não devem ser

desconsideradas simplesmente por não serem vinculantes.

Em síntese, a priori, deve-se verificar se é ou não aceitável sacrificar um valor em algum grau em benefício de uma proteção mais completa de uma dada situação de julgamento e em que grau. E aí que se vislumbra a possibilidade de outra regra poder ser aplicada ao caso concreto.

5 O papel da argumentação jurídica na construção de uma ideal de racionalidade para o conflito entre regras e princípios

Que o direito nasce do fato, não restam dúvidas. Por essa razão, as normas jurídicas, sendo regras ou princípios, subsumem aos fatos, e estes, em tese, devem oferecer razões para validar a existência e a eficácia da própria norma. É uma via de mão dupla.

O discurso jurídico desenvolve-se de forma circular: fato concreto, hipótese de incidência (regra) e, por fim, subsunção da regra ao fato. Mas, e quando essa

circularidade não acontece? E o julgamento nos casos difíceis?

A superação da regra é o fenômeno pelo qual a regra reúne todos os requisitos para sua aplicação (validade, existência, eficácia), mas mesmo assim não é aplicada. Sem dúvida, isso acarreta um “rompimento” no sistema, pois se busca possivelmente a justificação final em argumentos consequencialistas.

Em geral, os juízes olham para as suas escolhas em termos das consequências. Por meio da argumentação consequencialista, estima-se a probabilidade de mudanças comportamentais, mas na conduta possível e em seu determinado *status* normativo à luz da decisão que está sendo considerada.

Em geral a superação de uma regra ocorre diante de um caso difícil, porém, nem todo caso difícil é de superação de uma regra. Não há uma correspondência biunívoca entre casos difíceis e superação de regras. Seguindo a divisão quadripartite de casos difíceis propostos por

MacCormick, eles se relacionam a problemas de interpretação, de pertinência, de prova e de qualificação. Os dois primeiros afastam a premissa normativa e os dois últimos a premissa fática da regra.

Assim, conclui-se que os problemas de superação de regras são de qualificação. São sempre problemas ligados à existência de um fato, não o previsto na norma, pois sobre este não há dúvidas da ocorrência, mas da existência de outro fato que cria uma exceção para a regra, sob o apelo de uma razão de justiça ou de razoabilidade.

Logicamente que se requer, para a superação das regras, a demonstração de que a excepcionalidade do caso exige que o sistema jurídico positivo seja colocado em um segundo plano e que se busque uma solução fora do sistema para resolvê-lo. Essa demonstração ou justificação pode estar baseada na própria finalidade subjacente à regra ou nos princípios superiores a ela. Daí se postular uma valoração baseada em uma razão prática.

O postulado da razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, podendo ser utilizado em vários sentidos, entre os quais servir de diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto (por exemplo, razoabilidade como equidade).

Assim, a razoabilidade impõe a consideração daquilo que normalmente acontece, não se presumindo o que é extraordinário e, também, a consideração da perspectiva individual do caso nas hipóteses em que ele é desconsiderado pela generalização legal. Este tema será tratado no tópico seguinte.

6 O papel da razoabilidade

A razoabilidade é um conceito jurídico ligado à ideia de bom senso e proporcionalidade. Como já mencionado, o razoável aproxima-se mais do pólo avaliativo (que do descritivo). No direito, o que é razoável é comumente considerado uma questão objetiva.

Em várias áreas do direito, “razoabilidade” é o parâmetro estabelecido pelos princípios e regras de conduta e de julgamento, parâmetro de razoabilidade como critério da decisão correta, da ação correta ou de relações interpessoais justas nos vários ramos do direito.

É bom que se destaque que a razoabilidade que o direito tem em vista precisa ser a razoabilidade prática, não uma capacidade abstrata para argumentar sobre questões teóricas. A pessoa razoável possui a virtude da *prudentia* e a utiliza em suas ações⁶.

A variabilidade entre bases objetivas e subjetivas da razoabilidade, dependente por sua vez das variações do tema, é apenas um dos elementos de variabilidade nas interpretações que podem ser dadas pelo critério ou parâmetro de razoabilidade. Portanto, a razoabilidade não é um valor de primeira ordem, mas de ordem superior.

Interpretar o razoável em um dado contexto é

⁶ MacCORMICK, op. cit., p. 219.

identificar os valores, interesses e assemelhados que são relevantes, dado um certo foco de atenção. Concluir num determinado caso que uma pessoa agiu de modo razoável ou irrazoável certamente corresponde a um juízo de valor e não a um juízo de fato.

Assim, conclui MacCormick, o teste do razoável age como filtro para permitir o cálculo de qual solução das disputas jurídicas, especialmente as disputas jurídicas universalizadas como casos típicos, produzirá a máxima satisfação de preferências sociais.

7 A interpretação no contexto da argumentação prática

De acordo com MacCormick, a argumentação prática constrói-se com base em vários modelos interpretativos.

Por trás da interpretação linguística, re-pousa o objetivo de preservar a clareza e a precisão da linguagem legislativa e um princípio de justiça que proíbe

a reconstrução judicial retroativa das palavras escolhidas pelo legislador. A interpretação linguística tem um peso relevante para teoria da argumentação.

Na interpretação sistêmica, por sua vez, repousa um princípio de racionalidade fundado no valor da coerência e da integridade de todo o sistema jurídico. À interpretação sistêmica, também é dado um peso relevante sob o aspecto argumentativo.

Por trás da interpretação teleológico-avaliativa, repousa o respeito por uma demanda de razão prática segundo a qual as atividades humanas precisam ser guiadas por algum senso de valor a ser realizado pela ação e por princípios que sejam observados nesse senso de valor. O problema que se segue é o da divergência interpessoal sobre os valores e princípios que deveriam servir como guias.

A tarefa de interpretar o texto legal dotado de autoridade e a adequação específica de uma gama de tipos de argumento não pode

ela mesma ser derivada dedutivamente ou por inferência de qualquer conceito de “interpretação construtiva”. Como já enfatizado, há a necessidade de um processo de “reconstrução racional” (elementos argumentativo-interpretativos mais específicos identificáveis).

Conclusão

Como se pode ver, as regras jurídicas são superáveis, mesmo que reunidas as condições para sua aplicação, em razão da excepcionalidade do caso ou da contraposição de um princípio. Portanto, as ideias de Dworkin, quanto ao caráter “tudo ou nada” das regras jurídicas, devem ser afastadas.

A não aplicação das regras resulta de várias causas, notadamente a falta das condições para sua aplicação: validade, existência, eficácia e incidência. Todavia, esses casos, inclusive o de não incidência qualificada pela incidência de uma regra de exceção, não se confundem com a superação da regra

jurídica. Na superação, como se viu, há o recurso a argumentos não institucionais ou consequencialistas.

Nem sempre o legislador consegue prever todas as futuras ocorrências pertinentes à regra jurídica. A superação da regra advém da sua própria natureza, pois é uma generalização do passado com pretensão de resolução de um caso futuro, fundada na relação de probabilidade com uma justificação esperada, mas que afastada por razões surgidas em relação ao caso concreto.

Este é o chamado “dilema da exigência de racionalidade”. O comportamento racional do juiz exige que ele atue conforme o direito, mas que também aprecie as consequências de suas decisões. Quando essas duas exigências colidem, não raramente o juiz opta por modificar a descrição dos fatos antecedentes da norma geral, de modo que ela não seja aplicada ao caso.

As razões dadas pela regra são limitadas, pois resistem à alteração ante

experiências que a contrariem, mas mesmo assim são superáveis. As regras, portanto, são razões *prima facie* para a ação, e não razões definitivas, mesmo que representem maior força, sendo que, para superá-las, devem-se superar as razões que lhe são subjacentes, bem como as razões que levaram à sua instituição.

Requer-se, pois, a demonstração de que a excepcionalidade do caso exige que o sistema jurídico positivo seja colocado em um segundo plano e que se busque uma solução específica fora do sistema para resolvê-lo. Essa demonstração ou justificação pode estar baseada na própria finalidade subjacente à regra ou nos princípios superiores a ela.

Quando se enfoca a finalidade subjacente à regra, a superação pode ser explicada pela redução teleológica ou do postulado da razoabilidade. A superação de uma regra também pode ser justificada pelo recurso a um princípio superior. Nesse caso, a aplicação da regra conduz a um estado de coisas que se

opõe ao estado de coisas perseguido por outro princípio.

Seja qual for o enfoque, devem ser observados certos parâmetros argumentativos. A utilização desses parâmetros cria balizas que diminuem a subjetividade na aplicação dos princípios jurídicos e que permitem reconstruir as decisões judiciais em que uma regra foi superada em um caso concreto. Obviamente, não há como afastar toda a discricionariedade possível nem atender ao ideal de Dworkin de encontrar uma única resposta correta para cada caso.

Em síntese, tudo isso mostra um conflito inerente ao direito e inafastável da argumentação jurídica: a tensão entre justiça e segurança jurídica.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como

teoria da justificação jurídica.
Tradução de Z. H. S. Silva.
São Paulo: Landy, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MacCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.