

Teoria da argumentação jurídica e a atuação judicial

Jaqueline Santa Brigida Sena

RESUMO

Este artigo propõe-se a discutir se a decisão judicial constitui atividade arbitrária, não sujeita a parâmetros racionais, como supunha Hans Kelsen, ou se há parâmetros objetivos que a norteiam. A proposta é discutir se a assertiva do jurista austríaco de que ato de julgar constitui um ato político ainda se sustenta, em face das mudanças que atuais estudos no campo da linguística provocaram na hermenêutica jurídica contemporânea, que deixou de se ocupar da busca pela correspondência entre o discurso do intérprete e o sentido da norma, para ater-se à argumentação utilizada por ele para motivar suas decisões. Nesse momento, será apresentada brevemente a teoria da argumentação formulada por Robert Alexy, indagando-se se ela consegue dar cabo a seu intento, qual seja estabelecer as balizas de uma atuação judicial orientada por parâmetros racionais.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. Teoria da argumentação jurídica. Robert Alexy. Prática judicial.

Theory of legal argumentation and the judicial activity

ABSTRACT

This article intends to discuss if the judicial decision is an arbitrary activity not subject to rational parameters, such as Hans Kelsen thought, or if there are objective parameters that guide it. The proposal is to discuss whether the statement of the Austrian jurist that the act of judging is a political act still holds up in face of the changes that the current studies in the field of linguistics provoked in contemporary juridical hermeneutic, an area that is no longer worried about the correspondence between the discourse of the interpreter and the meaning of the rule of law: nowadays, this area is worried about the arguments used to motivate the decisions. At this time, it will be shortly presented the theory of legal argumentation formulated by Robert Alexy, asking if his ideas are enough to reach out the intent of establishing the rules of a judicial action guided by rational parameters.

Keywords: Juridical hermeneutic. Theory of legal argumentation. Robert Alexy. Judicial activity.

1 INTRODUÇÃO

As palavras de qualquer linguagem são sempre promessas de um sentido.
Toda palavra está sempre condenada a ser um começo. Nenhuma palavra

Jaqueline Santa Brigida Sena é Doutoranda em Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Filosofia do Direito pela USP. Graduada em Direito pela PUC Campinas. Assistente jurídica do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Direito e Democracia	Canoas	v.11	n.2	p.198-209	jul./dez. 2010
----------------------	--------	------	-----	-----------	----------------

pode ser mais do que um começo, um começo de seus usos. E em cada uso a encontramos como começo. Quando se fala ou se está escrevendo, se está sempre começando. O texto já elaborado é um começo morto, que revive em cada leitor. Os juristas, em geral, nunca conseguiram compreender esta condição das palavras, as vivem sempre como se não tivessem começo. As vivem como palavras mortas, que não podem nunca recomeçar. São as palavras da lei, dizem. Cada vez que um juiz interpreta uma lei, a recomeça? Tampouco se poderia afirmar isso. Eles são institucionalmente prisioneiros de ilusões alheias. (WARAT, 2004, p.22)

Quando imagino que um homem julga um outro homem, sou tomado por um grande calafrio. (LAMENNAIS apud PRADO, 2005)

Como certificar-se de que o discurso que o intérprete faz a respeito da norma realmente corresponde àquilo que ela diz? Como descobrir o real sentido da norma? A interpretação deve orientar-se na busca pela vontade da lei ou do legislador? Todos esses são problemas que se colocam quando o assunto é hermenêutica jurídica. Trata-se de tema bastante complexo e intrincado, e por isso mesmo um dos mais importantes dentro do estudo da Ciência do Direito. Mas será que a hermenêutica jurídica pode mesmo ser colocada como objeto de estudo da Ciência do Direito? Existem padrões objetivos que norteiam a atividade do intérprete ou, em última análise, cuida-se de uma atividade arbitrária que não se pauta em parâmetros racionais?

Trata-se de um desafio complexo, mas que, dada sua relevância, merece ser aceito. Quem lança as bases desse “desafio”, aliás, é Hans Kelsen que, nos moldes de sua “Teoria Pura do Direito”, questionou a possibilidade da hermenêutica jurídica integrar a Ciência do Direito ao afirmar que a cientificidade do trabalho do intérprete cessa no momento em que ele tem que decidir quando, então, pratica um ato de vontade (e não de conhecimento) e, portanto, um ato de política.

Ocorre que no debate jusfilosófico contemporâneo notou-se um deslizamento, uma mudança de foco na questão da hermenêutica jurídica: se antes se preocupava com a construção de parâmetros que possibilitassem o alcance do real sentido da norma, agora a preocupação recai na argumentação utilizada pelo intérprete para fundamentar sua decisão. Mas, por que isso aconteceu? Que questões estão subjacentes a essa mudança de perspectiva? Por que surgiram e como foram enfrentadas? Estas são as preocupações centrais do presente trabalho. E, para desenvolvê-las, o texto obedecerá a seguinte estrutura:

Primeiramente, iremos contextualizar o “desafio kelseniano”. Para tanto, será necessário resgatar brevemente aspectos fundamentais do pensamento de Kelsen de forma a elucidar o modo pelo qual o autor tratou a questão da hermenêutica jurídica.

Dados os contornos do “desafio”, serão apresentadas rapidamente as formas sugeridas para enfrentá-lo, bem como discutidas suas bases de sustentação, de modo a verificar se ele ainda se coloca ou não, considerando-se, especialmente, os avanços dos estudos no campo da linguagem.

Em seguida, analisaremos os motivos que levaram à aludida mudança de foco na temática da hermenêutica, que deixou de se ocupar da busca pela correspondência entre o discurso do intérprete e o sentido da norma, para ater-se à argumentação utilizada por ele para motivar suas decisões. Nesse momento, vamos debater a problemática da teoria da argumentação, em especial a formulada por Robert Alexy, dado seu caráter prescritivo, indagando se ela consegue dar cabo a seu intento, qual seja, de estabelecer as balizas de uma atuação judicial orientada por parâmetros racionais. Para tanto, será feita uma breve análise de um “caso crítico” da experiência jurídica brasileira, uma vez que em situações-limites a complexidade da temática da argumentação fica patente. Tal análise recorrerá aos substratos filosóficos contidos na obra “El derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsk e no texto “Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão” de Ulrich Schroth, parte integrante do livro “Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas”.

Por fim, apresentaremos uma breve conclusão, em que serão retomados os pontos principais tratados ao longo do texto e oferecida uma tentativa de resposta ao “desafio kelseniano” e à problemática por ele suscitada, especialmente no que tange à sua relação com a teoria da argumentação jurídica e a prática judicial.

2 O “DESAFIO KELSENIANO”: DESAFIO QUE PERSISTE OU DESAFIO SUPERADO?

Buscando conferir cientificidade à análise do fenômeno jurídico, Hans Kelsen se propôs a tarefa de pensar uma Ciência do Direito e, portanto, partiu do princípio da pureza metodológica para realizar um estudo do Direito livre de quaisquer considerações de ordem valorativa. Visando garantir a objetividade que qualquer ciência pressupõe, e tomando por base a distinção entre “ser” e “dever-ser”, Kelsen colocou no centro da sua teoria a questão da normatividade. Dessa forma, ao cientista do direito incumbiria a análise do fenômeno jurídico estritamente segundo o ângulo da normatividade.

É a partir dessa exigência de pureza metodológica (e, portanto, de neutralidade axiológica) que ele coloca o problema da interpretação do Direito. Nos moldes como ela era feita, ou seja, através dos conhecidos “métodos hermenêuticos”, sempre se acabava recaindo no âmbito da faticidade, o que comprometia a distinção entre “ser” e “dever-ser” e, portanto, a cientificidade do projeto kelseniano.

Ao discutir a questão da interpretação, Kelsen desenvolveu a ideia de “moldura”. Para ele, a atividade científica daquele que interpreta o direito cessa na fixação dessa moldura, em que se estabelecem todas as possibilidades interpretativas de um conjunto normativo. Aqui estaria o limite da análise da normatividade, uma vez que, passando o intérprete autêntico à aplicação do direito, ele deveria escolher uma dentre todas essas possibilidades normativas encontradas, momento em que praticaria um ato de vontade e, conseqüentemente, acientífico. A esse respeito, Tercio Sampaio Ferraz Jr. assevera que para Kelsen:

A interpretação doutrinária é ciência até o ponto em que denuncia a equivocidade resultante da plurivocidade [da norma]. Daí para frente, o que se faz realmente é política, é tentativa de persuadir alguém de que esta e não aquela é a melhor saída, a mais favorável dentro de um contexto ideológico, para uma estrutura de poder. Tudo o que existe, portanto, quando a interpretação doutrinária se apresenta como verdadeira porque descobre o sentido ‘unívoco’ do conteúdo normativo, é, no máximo, uma proposta política que se esconde sob a capa de uma pretensa científicidade¹.

Nesse sentido, para Kelsen, a atividade do intérprete que poderia ser considerada como “científica” deveria se ater à determinação dessas possibilidades normativas (fixação da moldura enquanto ato cognitivo), mas não segundo os modelos hermenêuticos que recorrem à faticidade, e sim tendo em vista apenas a normatividade – ou seja, devendo ele extrair, em consonância com a estrutura do ordenamento jurídico, os possíveis sentidos de uma determinada norma (recorrendo a critérios como validade, competência, etc.). Somente nesses termos, portanto, é que a hermenêutica poderia ser considerada como parte da ciência do Direito.

Pensando nesses termos, pode-se dizer que Kelsen lança um “desafio”: como construir um método hermenêutico que se atenha apenas à normatividade? Isso é possível? Será que a interpretação é sempre um ato de vontade? Será que não há parâmetros racionais que possam orientá-la, garantindo sua objetividade?

Apesar de lançar as bases para o desafio, Kelsen não chega a se debruçar sobre ele. Muitas foram as tentativas de superá-lo, visando reafirmar a possibilidade de objetividade e racionalidade na interpretação, tanto por meio da elaboração de métodos que permitissem uma análise isenta do fenômeno jurídico, ora se atendo à “*voluntas legis*” ora à “*voluntas legislatoris*”, ou mesmo recorrendo-se à noção do legislador racional, ao qual corresponderia um intérprete racional, cuja atividade estaria pautada em critérios objetivos e, portanto, não seria arbitrária.

¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.262.

Ocorre que o desafio kelseniano se baseia na hermenêutica jurídica tal qual esta se configurava no século XIX. De lá para cá, foram levantados muitos aspectos que não haviam sido considerados por Kelsen, especialmente no campo da linguagem, temática à qual ele não se atém. Hart, por exemplo, ressalta que a linguagem deve sim ser considerada, sobretudo em função de seu caráter indeterminado, e chama atenção para o que ele denominou “textura aberta da linguagem”. Sobre esse assunto, pondera a Profa. Elza Boiteux:

Não resta dúvida que as palavras possuem uma zona central, onde o seu significado é mais ou menos certo; todavia, há situações em que a sua aplicação não é usual e por isso é muito difícil precisar a sua utilização. Nesses casos, torna-se necessário estipular um campo de aplicação, o mais preciso possível, para podermos compreender o significado do termo aplicado. No discurso jurídico o grau de vagueza natural das palavras é freqüentemente ampliado, não só porque o direito abrange um domínio muito amplo de situações, mas porque não existe um uso comum das expressões jurídicas entre os diversos autores²

Ainda no campo da linguagem, os estudos contemporâneos nos mostram que há uma questão subjacente ao desafio kelseniano que deve ser debatida: a noção de “língua como representação”. Nesse sentido, podem-se mencionar as ideias do linguista Paul Grice, que observa um aspecto muito simples e ao mesmo tempo muito problemático da comunicação humana: ao falar, o universo de quem fala não sai de sua mente, mas apenas suas palavras. Desse modo, nunca é possível apreender realmente aquilo que uma pessoa diz, mas apenas aquilo que ela quis dizer, e da maneira segundo a qual foi possível compreender.

Ou seja, a língua não tem a função de representar uma imagem formada por um sujeito: essa formulação mental nunca será acessível ao outro interlocutor, de tal modo que nunca será possível conferir se há correspondência efetiva entre o discurso que se faz sobre uma determinada coisa e a imagem que o sujeito tem dessa coisa, o que torna a comunicação humana muito precária.

Transferindo-se essa ótica para o universo jurídico, tem-se que não se interpreta aquilo que o legislador diz, mas aquilo que ele quis dizer. Entretanto, muitas vezes, aquilo que o legislador efetivamente disse não era aquilo que ele queria dizer. Essa precariedade rompe com as ideias de Savigny, uma vez que tanto a “vontade do legislador” quanto a “vontade da lei” não são acessíveis ao intérprete.

A constatação dessa precariedade da comunicação humana somada à evolução dos estudos no campo da linguagem também nos remete a outro problema: com que tipos de enunciados lida a ciência do Direito? Para responder a essa pergunta é necessário

² BOITEUX, Elza. *O significado perdido da função de julgar*. Universidade de São Paulo, 1990, p.16-17.

recorrer à “teoria dos atos de fala” de John L. Austin. Verifica-se, assim, que a Ciência do Direito não lida com enunciados descritivos, mas com enunciados em que está presente a função perlocucionária. Ao contrário daqueles, através dos quais se *descrevem* as coisas do mundo, por meio destes *cria-se* algo no mundo (como, por exemplo, nas frases “eu te batizo”; “eu vos declaro marido e mulher”).

Dessa forma, se a Ciência do Direito trabalha com enunciados que inovam no mundo, como se sustentar o paradigma da separação entre *norma e intérprete*, que até então dava as bases da hermenêutica jurídica tradicional? A partir dos avanços no campo da linguística, não é mais possível compreender a atividade interpretativa nos moldes da filosofia da consciência³, em que a relação de conhecimento pressupõe uma cisão entre sujeito e objeto, tidos como realidades que, apesar de se correlacionarem, estão absolutamente separadas uma da outra.

Destarte, o fato de o aplicador (e, conseqüentemente, o intérprete) do direito constituir algo no mundo através da linguagem rompe com o paradigma da filosofia do sujeito que até então sustentava toda a discussão filosófica a respeito da hermenêutica jurídica. Compreender que a função da língua não é representar objetos e que o intérprete não consegue através dela acessá-los implica dizer que não mais importa descobrir qual a interpretação “correta” da norma, uma vez que o discurso que se faz sobre ela nunca representará o seu sentido. Por conseguinte, discutir a objetividade na hermenêutica, enquanto correspondência entre interpretação e norma, perde sentido.

Isso, contudo, não significa que o desafio kelseniano foi superado, mas que ele sequer se coloca. Para sair dele é preciso romper com o paradigma que o sustenta. O abismo entre “ser” e “dever-ser”, entre “faticidade” e “normatividade”, não era assim tão profundo como supunha Kelsen. O desafio kelseniano não resiste ao próprio exame da realidade, da análise do Direito enquanto experiência. Existe uma *unidade* entre o intérprete e o interpretado que não pode ser desconsiderada: a hermenêutica está dentro do Direito e o constitui, transportando-se para dentro dele como *tecnologia de comunicação, de decisão*.

Torna-se patente, assim, a necessidade de se atentar para a prática jurídica, observando-se como o direito se realiza. Não importa mais a língua como *representação*, mas como *articulação*. Como consequência, opera-se um

³ Aqui, cabe lembrar as palavras de Lênio Streck (ainda que ele parta de uma análise heideggeriana, não trabalhada no presente texto): “O intérprete, desse modo, perceberá o ‘objeto’ (jurídico) como (enquanto) algo, que somente é apropriável lingüisticamente. Já a compreensão deste ‘objeto’ somente pode ser feita mediante as condições proporcionadas pelo seu horizonte de sentido, ou seja, esse algo somente pode ser compreendido como linguagem, a qual ele já tem e nela está mergulhado. A linguagem *não* é, pois, um objeto, um instrumento, enfim, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Quando o jurista interpreta, ele não se coloca diante do objeto, separado deste por ‘esta terceira coisa’ que é a linguagem; *na verdade, ele está desde sempre jogado na lingüisticidade deste mundo* do qual ao mesmo tempo fazem parte ele (sujeito) e o objeto (o Direito, os textos jurídicos, as normas etc.). STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.264.

deslocamento no foco na problemática da hermenêutica: deixa-se de se preocupar com a busca pelo *sentido* da norma e passa-se a se atentar para a lógica da *argumentação* utilizada pelo intérprete para fundamentar suas decisões. Essa mudança de foco será tratada no tópico a seguir.

3 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY E A ATUAÇÃO JUDICIAL: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA ANÁLISE DE UM “CASO CRÍTICO”

A partir da constatação de que não é possível expressar o real sentido da norma, uma vez que a língua não possui a função de representação de objetos, colocou-se a seguinte questão: se não é possível fazer a correspondência entre a norma e o discurso sobre ela, o que então norteia a interpretação? Esta fica sujeita ao puro arbítrio do intérprete?

As teorias da argumentação surgiram, assim, com o objetivo de estabelecer parâmetros racionais que pudessem pautar a argumentação. Considerando-se a proposta deste texto, conforme explicitado em sua introdução, a discussão que segue se limitará a examinar a teoria da argumentação elaborada por Robert Alexy, dado seu caráter prescritivo, visando compará-la com a realidade da atuação judicial.

Para Alexy, o discurso jurídico é tido como um caso especial do discurso prático geral⁴. Partindo do pressuposto de que aquele que argumenta deve fazê-lo com base em razões defensáveis perante seu interlocutor, Alexy estabelece diversas regras a serem seguidas pelo argumentador, a fim de que seu discurso possa ser tido como racional.

Inicialmente, ele fixa a necessidade desse discurso obedecer a exigências de justificação interna e externa. Nas palavras do autor:

Os discursos jurídicos se relacionam com a justificação de um caso especial de afirmações normativas, isto é, aquelas que expressam julgamentos jurídicos. Dois aspectos da justificação podem ser distinguidos: *justificação interna* (internal justification) e *justificação externa* (external justification). A justificação interna diz respeito à questão de se uma opinião segue logicamente das premissas aduzidas para justificá-la. A correção destas premissas é o assunto tema da justificação externa⁵.

⁴ A esse respeito pondera o autor: “A exigência de correção implícita nos discursos jurídicos é claramente distinguível da que está envolvida nos discursos práticos gerais. Não existe condição de que a afirmação normativa afirmada, proposta ou pronunciada nos julgamentos seja absolutamente racional, porém apenas a exigência de que possa ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica prevalecente”. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Landy, 2001, p.231.

⁵ ALEXY, Robert. Op. cit., p.218.

A seguir, ele especifica uma série de regras que devem ser observadas para que a argumentação respeite as exigências de justificação interna, ou seja, para que a forma silogística da argumentação esteja correta, tais como “ao menos uma norma universal precisa ser aduzida na justificação de um julgamento jurídico” ou “um julgamento jurídico precisa seguir logicamente de ao menos uma norma universal juntamente com outras afirmações”.⁶ No que toca à necessidade de justificação externa, o autor estabelece seis formas de regras a serem observadas por aquele que argumenta para que as premissas utilizadas no raciocínio estejam corretas. São eles: i) argumentos empíricos; ii) cânones interpretativos; iii) argumentação dogmática; iv) uso de precedentes; v) argumentos legais especiais e, finalmente, vi) argumentos práticos. Após definir as espécies de argumentos, Alexy estipula as regras gerais que devem orientar a argumentação. São elas, em síntese:

- todas as formas possíveis de argumentos devem ser utilizadas;
- a determinação do peso dos argumentos deve concordar com as regras relativas à sua importância;
- argumentos textuais e argumentos que expressem a vontade do legislador histórico precedem outros argumentos, a não ser que haja razões sensatas para dar a primazia a esses outros argumentos.⁷

Como se percebe, trata-se de uma teoria de caráter prescritivo, que estabelece uma série de instruções normativas que devem guiar a atuação dos juízes. Nesse sentido, após delineados os contornos da teoria em questão, resta a seguinte indagação: será que na prática judicial a argumentação é realizada nos moldes preconizados por Alexy?

A fim de discutir a aplicabilidade das ideias de Alexy, será feita uma breve análise de um “caso crítico”⁸ na experiência do direito brasileiro: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, em que se objetiva a interpretação conforme à Constituição dos arts. 124 e seguintes do Código Penal, que tipificam o aborto como crime, a fim de que a conduta da interrupção da gravidez no caso de anencefalia seja considerada mera “antecipação de parto” e, portanto, fato atípico.

No curso da ação, o Procurador-Geral da República questionou a adequação da via processual eleita, sustentando que os dispositivos legais objeto da lide não ensejariam

⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p.219.

⁷ A esse respeito, confira SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: Idem. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p.525.

⁸ A expressão “caso crítico” aqui utilizada foi extraída do texto “El derecho dúctil”, de Zagrebelsky, que a define como “situaciones en que las categorizaciones de sentido y de valor aparecen con toda claridad y con toda su importancia. Se trata de casos sobre los que no existe acuerdo, sino división entre los intérpretes acerca del sentido y del valor que hay que atribuirles”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5.ed. Trad. de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003.

qualquer interpretação à luz da CF, porquanto seu alcance e teor seriam óbvios. Para rebater tal entendimento, o Ministro Carlos Britto valeu-se, dentre outros tópicos, da seguinte argumentação:

14. Atendo-me ao que mais interessa – que é a polissemia dos dispositivos penais em causa –, **pelo menos três acepções ou representações mentais ou conteúdos semânticos tenho como passíveis de extração dos signos lingüísticos em que se vaza o discurso legal.** Três defensáveis significações ressaídas, torno a falar, dos próprios textos normativos em causa; ou seja, ressaídas tão só da estrutura de linguagem de cada qual dos enunciados interpretados, segundo os combinados métodos de compreensibilidade que são próprios da Hermenêutica do Direito: a) os métodos filológico, lógico, teleológico e histórico, todos eles a incidir sobre o dispositivo-objeto em si mesmo (isoladamente, portanto); b) o método sistemático, que já opera pela inserção do texto-alvo no conjunto da lei ou do segmento legal de que ele faça parte panoramicamente, então).

E prosseguiu, definindo com bastante clareza quais são as três interpretações advindas da inteligência dos preceitos legais em questão:

16. A primeira dessas interpretações é a de que **a antecipação terapêutica do feto anencéfalo é crime.** (...). 17. A segunda intelecção é mais discursivamente sutil: **inexiste o crime de aborto** naquelas específicas situações de voluntária interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um “natimorto cerebral”. (...). 19. Já a terceira das interpretações a que se prestam os arts. 124 e 126, assim como os incisos I e II do art. 128, todos do Código Penal, ela se exprime no juízo de que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo **é fato típico, sim, é aborto, sim, mas sem configurar prática penalmente punível.**

Observando-se os excertos acima, fica muito clara a crítica que Schroth faz à teoria da argumentação jurídica de Alexy. Nas palavras do autor:

As formas de argumentação de Alexy parecem formuladas por quem está fora da prática da argumentação. Por exemplo, o argumento de que se deve aceitar um critério de interpretação baseado em normas lingüísticas não existe, em bom rigor, na prática jurídica. Sempre que os argumentos textuais são usados neste sentido, são quase sempre combinados com outros tipos de argumento. Já o argumento de que não se pode aceitar um critério de interpretação baseado na transgressão do texto da lei hoje apenas aparece mais freqüentemente no direito penal, e mesmo aí, esta forma de argumentação está muitas vezes ligada a outros tipos de argumento.⁹

⁹ SCHROTH, Ulrich. Op. cit., p.526.

A observação de Schroth é muito pertinente e pode ser facilmente visualizada no caso crítico em discussão. Um mesmo intérprete chega a três argumentações racionais diferentes partindo da análise lingüística do mesmo texto normativo, mas, como ele mesmo esclarece, combinando essa forma de argumento com outros, quais sejam, os cânones interpretativos.¹⁰

Outrossim, o fato de que um mesmo sujeito é capaz de alcançar mais de uma forma coerente de argumentação em diferentes sentidos mostra que uma teoria prescritiva da argumentação não basta. A decisão não decorre da argumentação; esta apenas a fundamenta. Daí a necessidade de se propor uma relação de complementaridade entre as teorias da argumentação e as chamadas teorias da decisão, sejam estas compreensivas, normativas ou descritivas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ideias desenvolvidas ao longo deste texto mostram que as questões que propositalmente o inauguram sequer se sustentam. Como visto, não é possível certificar-se de que o discurso sobre a norma corresponda ao seu sentido, pois a estrutura da comunicação impede que a língua cumpra a função de representação. Logo, não há que se buscar a vontade da lei ou do legislador, porquanto inacessíveis. A hermenêutica jurídica, como seara do conhecimento que reclama *status* científico, deve atentar para a língua enquanto articulação e, portanto, para a argumentação como tecnologia de decisão. Dessa forma, o desafio kelseniano não é superado: ele sequer se coloca, pois o paradigma que o sustentava, da radical separação entre intérprete (sujeito) e norma (objeto), não resiste ao exame da realidade jurídica.

Infelizmente, dado a escassez de espaço, não foi possível adentrar mais detidamente na análise do caso de aborto por anencefalia. Seria interessante ressaltar como todo o histórico processual conturbado – tanto da ADPF mencionada, como de outras ações anteriores, nas quais a Igreja e setores conservadores da sociedade sempre tentaram intervir – mostra as peculiaridades do fenômeno jurídico e a multiplicidade de fatores que envolve (e até mesmo condiciona) a atividade judicial. O processo de realização do direito é muito mais complexo do que uma teoria prescritiva da argumentação possa alcançar. Nos dizeres de Zagrebelsk:

El derecho positivo presupone, pero no puede imponer, una comprensión de sentido. Que, por ejemplo, la interrupción voluntaria del embarazo sea un homicidio u otra cosa distinta es evidentemente ele presupuesto de cualquier legislación sobre el aborto, pero ningún legislador puede pretender que su

¹⁰ Isso sem contar as razões (por muitos consideradas *contra legem*) que fundamentaram a decisão que concedeu a liminar (mais tarde revogada) permitindo o aborto nessas condições, mas que, por economia de espaço, não serão tratadas aqui.

*asunción de sentido sea vinculante. Tanto es así que, en numerosísimos Estados, cuando esa percepción ha experimentado un cambio profundo, la presión del caso, categorizado de manera distinta que en el pasado, ha impuesto soterradamente la transformación de las reglas jurídicas a través de un esfuerzo de adecuación tanto de la jurisprudencia, como de la legislación, como de la ciencia del derecho. Y hoy, cuando esta categorización tiende a modificarse nuevamente, son previsible nuevas transformaciones.*¹¹

Nessa mesma esteira, cabe a seguinte lição:

Reale entende que nem todo Direito é Direito Justo, não só porque o Justo implica a correlação com outros valores, mas porque também, fiel à sua visão historicista, sublinha ele que a dose de justiça contida no direito posto pode se encontrar em conflito com uma nova dose de justiça ainda não incorporada às normas; e, atendo à essa dialética dos contrários, está ciente de que, na experiência jurídica, o critério de urgência – por exemplo, a segurança, a ordem, a paz – por vezes sobreleva o critério da importância, ou seja, o justo.¹²

Apesar de todas as dificuldades apontadas, os esforços no sentido de se estabelecerem parâmetros racionais que pautem a argumentação jurídica devem prosseguir, nunca podendo, contudo, situar-se num plano tão abstrato que impeçam a si próprios de atingir seus objetivos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Landy, 2001.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- BOITEUX, Elza Pereira da Cunha. *O significado perdido da função de julgar*. Universidade de São Paulo, 1990.
- FERRAZ Jr. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra, Armênio Armando Editor, 1974.
- LAFER, Celso; FERRAZ JR., T. S. (Orgs.). *Direito, política, filosofia, poesia – Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Campinas: Millenium, 2005.

¹¹ ZAGREBELSK, Gustavo. Op. cit, p.138.

¹² Apud LAFER, C. (Org.); FERRAZ JR., T. S. (Org.). *Direito, política, filosofia, poesia – Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1992., p.234.

SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: Idem. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *Lugares desconhecidos*. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5.ed. Trad. de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003.