



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fernando Angelo Ribeiro Leal

**Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:
mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema
jurídico**

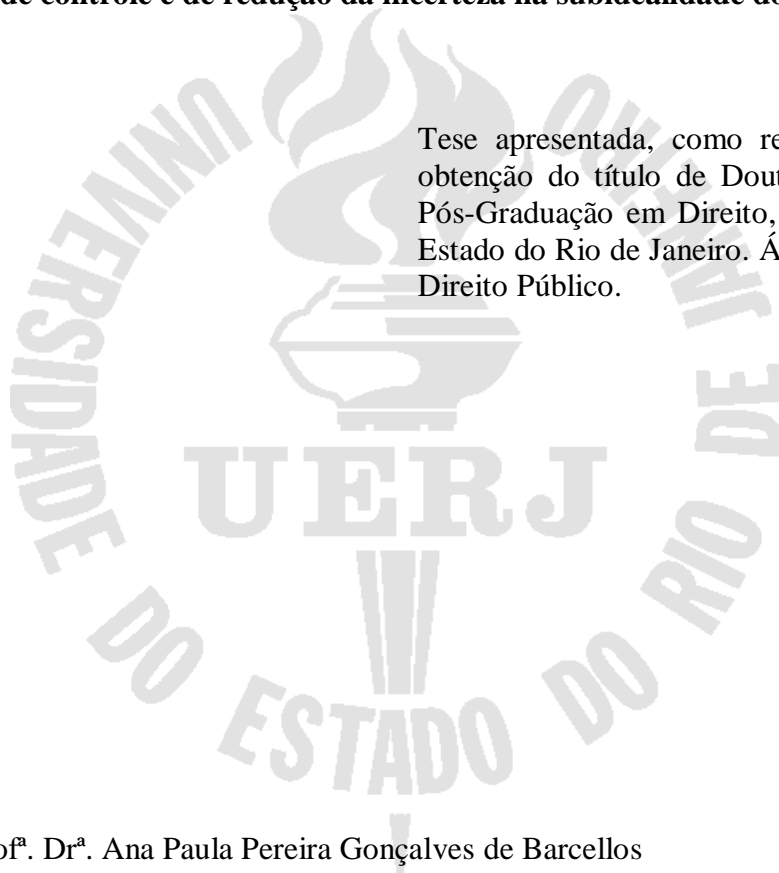
Rio de Janeiro

2012

Fernando Angelo Ribeiro Leal

**Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:
mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.



Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Paula Pereira Gonçalves de Barcellos

Rio de Janeiro

2012

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/ REDE SIRIUS/ BIBLIOTECA CCS/C

L435 Leal, Fernando Angelo Ribeiro.

Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. / Fernando Angelo Ribeiro Leal. - 2012.
219 f.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Paula Pereira Gonçalves de Barcellos.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Ônus de argumentação. 2. Argumentação jurídica. 3. Relações de prioridade. I. Barcellos, Ana Paula Pereira Gonçalves de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.949

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Fernando Angelo Ribeiro Leal

**Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica:
mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 28 de setembro de 2012.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Ana Paula Pereira Gonçalves de Barcellos (orientadora)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. José Ricardo Cunha
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Humberto Bergmann Ávila
Faculdade de Direito da UFRGS

Prof.^a Dr.^a Margarida Lacombe Camargo
Faculdade de Direito da UFRJ

Rio de Janeiro

2012

DEDICATÓRIA

Para minha família.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não seria possível sem a ajuda de diversas pessoas. Gostaria, por isso, de agradecer, antes de tudo, à minha orientadora, professora Ana Paula de Barcellos, que me deu ao longo desses últimos anos todo o suporte acadêmico e pessoal necessário para que esta tese se tornasse possível. A generosidade, o incentivo e os comentários feitos por ela e pelo professor Luis Roberto Barroso, a quem também dedico um especial agradecimento, foram certamente decisivos para a construção do melhor trabalho possível. Se ele ainda não é perfeito, qualquer culpa só pode ser imputada a mim.

Por algumas conversas longas que tivemos sobre o tema deste trabalho durante o tempo que passei na Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, também agradeço aos professores Robert Alexy, que me incentivou desde o início a refletir sobre o objeto desta tese, e Martin Borowski, que dedicou algumas horas do seu tempo para debater alguns aspectos relacionados à minha visão do triplo condicionamento do direito e aos aspectos metodológicos usados para a construção dos meus argumentos. A Andrea Neisius também sou especialmente grato por ter sempre tornado minha vida mais fácil enquanto estive em Kiel.

Pela indicação de alguns textos e por sugestões importantes também sou grato ao professor Antônio do Passo Cabral, assim como aos professores Daniel Sarmiento e José Ricardo Cunha, que também compuseram a banca de qualificação e fizeram críticas mais do que pertinentes para a melhoria desta versão do trabalho. Também não poderia deixar de agradecer aos professores Humberto Ávila, um grande incentivador e importante referencial do meu trabalho acadêmico, e Margarida Lacombe Camargo, que aceitou gentilmente compor a banca de defesa da tese.

Agradeço também aos amigos Diego Werneck Arguelhes e Noel Struchiner pelas discussões travadas e por todo o suporte oferecido, sempre de forma sincera e desinteressada, ao longo desses anos. Pedro Adamy, que se dispôs a ouvir em Heidelberg minhas ideias iniciais para o desenvolvimento deste texto, e Rodrigo Brandão, que sempre contribuiu para a formação de um ambiente acadêmico saudável e desafiador durante todo o tempo em que estivemos juntos na UERJ, também merecem um especial agradecimento.

Agradeço por fim aos meus familiares, que mantiveram a paciência e o apoio constante enquanto este trabalho foi gestado, apesar de todos os problemas que a distância e a falta de tempo podem acarretar. Sem vocês, não só este trabalho, como nada seria possível.

RESUMO

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. *Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico*. 2012. 208f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

O escopo deste trabalho é investigar a natureza e as funções dos ônus de argumentação em suas relações com o sistema jurídico e com a argumentação jurídica. O pano de fundo para o desenvolvimento dessas análises é o triplo condicionamento do direito. De acordo com essa visão, o direito e a argumentação jurídica são condicionados extrínseca, intrínseca e institucionalmente. Nesse cenário, defende-se, por um lado, que os ônus argumentativos são componentes necessários de um sistema jurídico que compreende regras e princípios. Analisados estruturalmente, os ônus argumentativos são compreendidos, por outro lado, como efeitos de regras e *standards* que consolidam relações de prioridade normativas. A partir dessas relações, defende-se que ônus de argumentação são mecanismos de redução e controle da incerteza que caracteriza necessariamente a subidealidade do sistema jurídico ao (i) facilitarem a manutenção das relações de prioridade que os sustentam na solução de casos concretos, (ii) dificultarem a inversão dessas relações e (iii) instituírem pontos de parada na argumentação jurídica em situações nas quais o desenvolvimento de cadeias argumentativas não é capaz de garantir se, em determinado caso concreto, certa relação de prioridade deve ser mantida ou invertida.

Palavras-chave: Ônus de argumentação. Argumentação jurídica. Incerteza. Relações de prioridade. Sistema jurídico. *Second best* Princípios.

ABSTRACT

The goal of this thesis is to analyze the nature and functions of burdens of argumentation, within the context of their relationship with the structure of the legal system and their role in legal reasoning. Such analysis understands law as limited domain, subject to constraints that can be analytically represented by a three-level approach. According to this view, law and legal reasoning are *extrinsically*, *intrinsically* and *institutionally* constrained. In this complex scenario, the argument of this paper is twofold. On the one hand, it claims that burdens of argumentation are necessary components of a legal system that contains rules and principles. On the other hand, by looking at their structure, it claims that these burdens can be understood as effects of rules and standards that establish normative priority relations. On the basis of these analyses, I argue that burdens of argumentation are mechanisms of control and stabilization of the uncertainty that characterizes the suboptimal character of law. First, they make it easier to justify the maintenance *in concreto* of a preexistent relationship of priority between different principles. Second, they make it harder to invert these relationships of priority. Lastly, burdens of argumentation create “stopping points” in legal reasoning whenever there is uncertainty about whether the development of new chains of arguments is enough to justify the maintenance or the inversion, in a concrete case, of a given normative relationship of priority.

Keywords: Burden of argumentation. Legal reasoning. Uncertainty. Priority relations. Legal system. *Second Best*. Legal principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
ADIn	Ação Direita de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Agravo de Instrumento
AöR	Archiv für öffentliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artigo
BVerfG	Tribunal Constitucional Federal alemão
BVerfGE	Decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão
CC	Código Civil
c/c	Combinado com
CF	Constituição Federal
Cf.	Confira
Des.	Desembargador
DJ	Diário da Justiça da União
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Proc.	Processo

Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RExt	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
V.	Vide

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 OS LIMITES DO DIREITO EM TRÊS NÍVEIS	28
1.1 Os limites extrínsecos	29
1.1.1 <u>Os problemas da linguagem</u>	31
1.1.2 <u>Os limites da racionalidade humana</u>	35
1.1.2.1 Hércules e o juiz ideal	35
1.1.2.2 Heurísticas, vieses e racionalidade limitada	38
1.1.2.3 Discursos reais e ideais	46
1.2 Os limites intrínsecos do raciocínio jurídico	49
1.2.1 <u>A tese do caso especial</u>	50
1.2.2 <u>A hipótese do direito como domínio limitado</u>	54
1.2.3 <u>Breve excuroso sobre a existência de uma forma tipicamente jurídica de pensar</u>	61
1.3 Os limites institucionais	65
1.4 O argumento do triplo condicionamento do direito em uma visão geral	74
2 O SISTEMA JURÍDICO COMO UMA REDE DE ÔNUS DE ARGUMENTAÇÃO	75
2.1 Em busca da racionalidade possível	75
2.1.1 <u>Ambiente ótimo, decisões subótimas</u>	76
2.1.2 <u>Soluções para os problemas epistêmicos da decisão judicial: bases metodológicas</u>	81
2.1.2.1 Consequencialismo formal	82
2.1.2.2 Decisões de segunda ordem	84
2.1.2.3 Perspectivas second best e a reduzida relevância dos modelos ideais	88
2.1.3 <u>Os limites da decisão jurídica: três alternativas de solução</u>	93
2.1.3.1 A solução da ficção	94
2.1.3.2 A solução da redução	95
2.1.3.3 A solução do controle	96
2.1.3.4 Prioridade entre as soluções?	99

2.2	Relações normativas de prioridade e a racionalidade do sistema jurídico	101
2.2.1	<u>Sistema jurídico e decisão jurídica</u>	101
2.2.2	<u>O sistema jurídico como um sistema de fontes normativas de decisão e de justificação de preferências</u>	108
2.2.2.1	As fontes normativas de decisão: o modelo de regras e princípios do sistema jurídico	108
2.2.2.2	Sobre a relação entre princípios e valores: o sistema jurídico como uma rede de relações de preferência	111
2.2.2.3	Sobre a natureza e a estrutura das relações de preferência e o controle possível dos julgamentos de valor	115
2.3	Resumo	122
3	SOBRE A FUNÇÃO, ESTRUTURA E DEFINIÇÃO DOS ÔNUS DE ARGUMENTAÇÃO	127
3.1	O pano de fundo	127
3.2	A dupla função dos ônus de argumentação	127
3.2.1	<u>Ônus de argumentação como mecanismos de redução da incerteza</u>	134
3.2.2	<u>Ônus de argumentação como mecanismos de controle da incerteza</u>	140
3.2.3	<u>Por que o sistema jurídico e a argumentação jurídica precisam de regras de parada?</u>	143
3.2.3.1	O argumento da eficiência alocativa	148
3.2.3.2	O argumento da segurança jurídica e suas implicações	149
3.3	Natureza normativa e diferenciação de outros tipos de ônus	158
3.3.1	<u>Sobre a relação entre ônus de argumentação e regras</u>	158
3.3.1.1	Ônus de argumentação como eficácias de regras e standards	158
3.3.1.2	Princípios formais e a força normativa das regras: a teoria dos princípios como modelo explicativo	163
3.3.1.3	O problema da inversão: são os conceitos de regra e de derrotabilidade compatíveis?	168
3.3.2	<u>Ônus de argumentação, ônus de prova e standards de prova</u>	174
3.3.3	<u>Ônus de argumentação e ônus de justificação</u>	180

3.4	Tipos de ônus de argumentação	182
3.4.1	<u>Ônus de argumentação normativo-estruturais</u>	183
3.4.2	<u>Ônus de argumentação formais</u>	189
3.4.3	<u>Ônus de argumentação materiais</u>	196
	CONCLUSÃO	199
	Um conceito de ônus de argumentação	199
	REFERÊNCIAS	208

INTRODUÇÃO

Apresentação dos problemas

O dever de argumentar está intrinsecamente relacionado à prática jurídica. Ele se manifesta quando participantes de debates que envolvem a criação ou aplicação do direito precisam – ou, ao menos, erguem a pretensão de – mostrar que os seus pontos de vista devem prevalecer sobre outros porque estão de acordo com normas jurídicas ou outros elementos considerados relevantes pelo direito para a tomada de uma decisão. A argumentação com fatos ou em torno de questões morais são exemplos claros da última hipótese. É certo que obrigações de apresentação de argumentos não estão exclusivamente presentes no direito. Trazer argumentos para sustentar pontos de vista é o que se espera de pessoas razoáveis nos mais variados contextos sociais. Isso não impede, contudo, que se reconheça a importância destacada da análise de deveres de fundamentação nos domínios do direito. O fato de exigências argumentativas condicionarem uma série de relações sociais revela, na verdade, simplesmente que o dever de argumentar não é uma propriedade suficiente para caracterizar um raciocínio tipicamente jurídico.¹

Deveres de argumentação estão intrinsecamente associados a ganhos de racionalidade. Esses ganhos se expressam, por um lado, pelo aumento da qualidade das fundamentações e, de outro, pela possibilidade de controle dos resultados de procedimentos de convencimento – especialmente, para os fins deste trabalho, de procedimentos *decisórios*. Mas antes mesmo de se considerar esses ganhos, argumentar pode ser também uma etapa necessária para a aceitabilidade de *qualquer* tese. Ela é uma etapa custosa a ser superada por quem quer ter a chance de ter o seu ponto de vista considerado em um procedimento decisório em que os participantes estejam interessados no alcance do melhor resultado possível, em convencer alguém da correção de certa tese e/ou em que a presença de eventuais relações de autoridade não seja suficiente para garantir a aceitabilidade de um resultado independentemente das razões que o suportam.² Fornecer razões

¹ V. infra II, 3.

² Obedecer uma autoridade pressupõe exatamente tomar os seus comandos como razões suficientes para a ação, *i.e.* sem considerar as fontes que fundamentam o comando ou sem empreender juízos críticos sobre o que deveria ser feito, consideradas todas as circunstâncias, no caso. Nesse sentido cf. Schauer, *Thinking like a Lawyer, Thinking like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2009, p. 6s.

é, assim, um fardo, um *ônus* que deve ser assumido e superado por alguém para que o seu ponto de vista possa ser, ao menos, passível de consideração em um processo de convencimento. Fornecer razões é um *ônus* porque, sob certas circunstâncias, quando não superado, traz efeitos negativos para a força da tese que se quer sustentar e, eventualmente, positivos para as teses que com ela concorrem pela primazia em um determinado procedimento decisório. Como qualquer *ônus*, um *ônus* de argumentação é “um imperativo do próprio interesse. (...) Há *ônus* quando o cumprimento de uma faculdade é necessário ou ao menos conveniente para evitar uma situação desvantajosa”.³ Nesse sentido, *ônus* de argumentação podem, em um sentido *amplo*, ser compreendidos como o dever mais fundamental de “fornecer razões” em favor de qualquer conclusão que alguém pretenda sustentar, se esse mesmo alguém não pretende sofrer os efeitos negativos relacionados ao não exercício da faculdade que lhe é outorgada.⁴ Em um sentido *amplíssimo*, um *ônus* de argumentação pode abranger até mesmo deveres de prova. Superar um *ônus* de argumentação pode, em suma, representar o largo dever de apresentar fatos e razões capazes de sustentar uma tese.

Não é, no entanto, em nenhum dos sentidos mais abrangentes que a noção de *ônus* de argumentação será encarada neste trabalho. Um *ônus* de argumentação não será analisado a partir da ampla noção de que a eles estão vinculados deveres de apresentação de *quaisquer* razões em *quaisquer* contextos. A importância analítica de diferenciar deveres distintos relacionados à aceitabilidade de resultados de procedimentos voltados ao convencimento requer a consideração do papel desempenhado pelos *ônus* argumentativos na argumentação jurídica sob lentes mais precisas. Pretende-se, por tal motivo, investigar o que exige precisamente um *ônus* de argumentação em contraposição a outros tipos de *ônus* comumente presentes na prática jurídica e

³ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil, Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II, 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 204.

⁴ Em relação aos efeitos negativos dos *ônus* de argumentação, Cândido Dinamarco diferencia *ônus* absolutos de relativos. Os primeiros são aqueles cujo não cumprimento “conduz *inevitavelmente* ao resultado desfavorável”, enquanto os segundos “não trazem consequências inexoráveis”, mas criam, quando descumpridos ou não satisfeitos, um *risco* para o seu titular. O *ônus* de alegar exceções como a prescrição seria um exemplo de *ônus* absoluto para o réu, enquanto o encargo de apontar a incompetência absoluta de um juiz seria um caso de *ônus* relativo. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 205s. Os *ônus* de argumentação, tal qual concebidos neste trabalho, assim como os *ônus* da prova, seriam, nesse quadro, essencialmente manifestações de *ônus* relativos, já que estão associados a deveres de fundamentação em casos em que está o jogo a manutenção ou a inversão de uma relação de prioridade. Como estão relacionados ao fornecimento de razões nesses contextos, eles criam apenas o risco de a tese a ser defendida não ser a endossada pelo tomador de decisão, que, no entanto, não necessariamente depende delas para se posicionar em um caso difícil.

na teoria do direito e justificar por que eles podem ser considerados componentes fundamentais do sistema jurídico.

O ponto de partida da presente investigação é o pressuposto de que o raciocínio jurídico – e, de uma forma mais ampla, o próprio direito – desenvolve-se sob condições não ideais. Para os fins deste trabalho, reconhecer a suboptimalidade do direito é fundamental para a discussão a respeito da importância e do papel desempenhado pelos ônus de argumentação no sistema jurídico e nos procedimentos de justificação de decisões judiciais.

A tese de acordo com a qual os procedimentos de decisão jurídica estão permanentemente limitados não parece ser difícil de defender, ao menos no âmbito empírico. Na verdade tal tese soa até intuitiva. Basta citar, por exemplo, que as partes em um processo judicial devem respeitar certos prazos (uma limitação institucional temporal) para apresentar os seus argumentos ao juiz. Menos evidente é, talvez, a defesa da tese de que o direito e o raciocínio jurídico são *conceitualmente* limitados, ou seja, de que não é possível caracterizar ambos sem desconsiderar as condições restritivas sob as quais eles existem faticamente. Tal tese traz relevantes consequências para a definição da natureza do direito, para a caracterização do sistema jurídico e para a estrutura da argumentação jurídica. Para o conceito de direito, a tese da subidealidade impede que se negligencie a dimensão real ou autoritativa do direito, ainda que se possa também discutir a existência de uma dimensão ideal.⁵ O enfrentamento dessa questão nos conduz ao tradicional debate a respeito do conceito de direito e às diversas escolas jusfilosóficas que pretendem defini-lo.

No âmbito da argumentação jurídica e da estrutura do sistema jurídico, se a tese da subidealidade pode ser justificada, então é possível afirmar que os processos *fáticos* de produção e de justificação de decisões jurídicas (gerais e singulares) afastam *necessariamente* a possibilidade de trabalho com soluções únicas e ideais para questões jurídicas reais. Se isso é correto, então é possível refutar tanto os pressupostos de completude (ausência de lacunas), consistência (ausência de antinomias) e fechamento (pelo menos cognitivo) do sistema jurídico,

⁵ A clivagem segue a tese da dupla-natureza do direito de Robert Alexy. Sobre o assunto cf. Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, in: *ARSP*, vol. 95, nr. 2, April 2009, pp. 151-166. Para o autor, o direito encerra tanto uma dimensão ideal, revelada na ideia de pretensão de correção e na aspiração necessária por justiça que dela decorre e que a torna, assim, elemento constitutivo a natureza do direito, e a dimensão real, representada pelo caráter necessariamente autoritativo do direito.

como a crença na possibilidade de identificação de uma única resposta correta para cada caso jurídico concreto. No plano institucional, isso implica que nem o legislador é capaz de antecipar e formular respostas para todos os problemas singulares, nem o juiz é apto para suprir em cada caso essa necessidade.

O domínio subideal do direito é, por conseguinte, um mundo de incertezas. E porque a subidealidade do direito enfraquece reclames de plena certeza é preciso definir como administrar os *custos* decorrentes das suas limitações. Esses custos são o resultado do *trade off* existente entre, de um lado, a busca pela solução mais adequada (ou justa) para cada caso e, de outro, as exigências formais como estabilidade, previsibilidade e segurança típicas do lado formal do direito. Tal *trade off*, parece importante destacar, é uma contingência das condições reais de decisão. Sob condições ideais provavelmente aqueles elementos estariam em harmonia, já que as soluções corretas não só estariam contidas em regras específicas (como consequência dos ideais de fechamento, clareza, consistência e completude do sistema jurídico), como também poderiam ser identificadas e justificadas pelo tomador de decisão por meio de um simples silogismo (ideal da subsunção como modelo de justificação).⁶ Em um ambiente de limitações epistêmicas (o traço central da dimensão subideal do direito e do raciocínio jurídico) essa relação de tensão é, contudo, inevitável, já que o investimento em respostas mais precisas para um grupo de casos implica sempre o desvio de recursos de decisão que poderiam ser investidos em outros casos (*i.e.* aumento dos custos de oportunidade), maiores chances de erro (*i.e.* aumento dos custos de erro) e exige grande quantidade de *inputs* para a decisão (*i.e.* aumento exacerbado dos custos de decisão), o que conduz a uma redução de estabilidade do sistema. Na visão de Habermas, essa “tensão entre o princípio da certeza jurídica e a pretensão de pronunciar decisões corretas”⁷ é a manifestação, no discurso jurídico, da tensão entre facticidade, expressão do real, e validade, à qual se vinculam exigências de universalização orientadas em ideais.

Nesse cenário, o grande desafio que se impõe a qualquer teoria da decisão jurídica é apresentar respostas satisfatórias para a questão sobre como é possível harmonizar reclames por correção e a necessidade de vinculação das decisões judiciais ao material institucional

⁶ Para a tese de que, sob condições ideais de deliberação, não necessariamente chegar-se-ia a uma única solução, cf. Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 157.

⁷ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1994, p. 241s. A presente tradução, assim como todas as demais, é feita livremente.

preexistente. Com o foco nesta pergunta, este trabalho parte da tese de que os ônus de argumentação são elementos do sistema jurídico que contribuem na administração dos custos decorrentes do caráter subideal do direito. Eles cumprem um papel fundamental em contextos decisórios marcados pela incerteza nos quais não é clara a possibilidade de inversão de uma dada relação de prioridade do sistema jurídico por meio da instituição de pontos de parada na argumentação judicial e da consequente manutenção da relação de preferência em discussão. Eles atuam, assim, como estabilizadores do sistema jurídico nos momentos de dúvida causada por extrema incerteza ao privilegiarem o lado formal do direito. Essa preferência, é de se destacar, não é fruto de um fetichismo formalista sustentado ideologicamente. Ela decorre, na verdade, de uma perspectiva pragmática que não endossa discursos ingênuos amparados na busca por verdade ou certeza em contextos decisórios marcados por diversas barreiras para a obtenção e processamento de informações e nos quais não se pode negligenciar (i) os encargos vinculados à busca permanente por respostas sempre corretas e (ii) a importância de outros valores consagrados nos sistemas jurídicos que concorrem com aspirações plenas por correção.

Investigar a natureza e as funções dos ônus de argumentação em suas relações com o sistema jurídico e com a argumentação judicial é, em resumo, o objetivo deste trabalho. Em função das características anteriormente apresentadas, o desenvolvimento do presente trabalho pressupõe uma teoria do tipo *second best* sobre a tomada de decisão jurídica e depende de análises específicas a respeito das limitações do direito e de como o seu caráter subótimo se relaciona com a estrutura do sistema jurídico. Por esse motivo, esta investigação será dividida em três grandes partes.

Na primeira buscar-se-á identificar as causas para uma subotimalidade necessária do direito e do raciocínio jurídico. Essas limitações estarão agrupadas em três grandes grupos, quais sejam, o das limitações extrínsecas, que abrangem as limitações da linguagem e da racionalidade humana, o das limitações intrínsecas do raciocínio jurídico e o das limitações institucionais.

Na segunda parte será desenvolvida a hipótese de que, para lidar com as limitações epistêmicas que caracterizam o direito, o sistema jurídico deve ser concebido como uma rede de ônus de argumentação que conjuga mecanismos de redução e de controle da incerteza fora e dentro de suas fronteiras. De acordo com essa concepção, os ônus de argumentação tanto garantiriam um fechamento relativo para o sistema por meio do estabelecimento de pontos de

parada em processos de decisão jurídica que se desenvolvem sob condições de incerteza epistêmica, como orientariam os procedimentos argumentativos que envolvem a aplicação de relações de prioridade, o que implicaria um aumento global do conhecimento sobre os próprios elementos do sistema jurídico. Por conseguinte, o sistema jurídico concebido como uma rede de ônus de argumentação criaria o melhor ambiente possível para a tomada de decisão diante de limitações epistêmicas, ainda que o sistema em si seja composto por normas subideiais, já que são os ônus de argumentação que permitem interações controláveis entre os elementos do sistema jurídico e impedem uma abertura excessiva da argumentação jurídica em situações de extrema incerteza. Eles igualmente maximizam a qualidade epistêmica de um sistema que não é só composto por regras (mas também princípios e *standards*) e tem na separação de poderes uma das bases do desenho institucional.

Finalmente, a terceira parte do texto ocupa-se especificamente dos ônus de argumentação. Nesse momento serão investigados a sua natureza, a sua estrutura, os tipos de ônus de argumentação e as diferenças entre os ônus de argumentação e dois outros tipos de ônus: os ônus de prova e os ônus de julgamento. Ao final, será sugerido um conceito de ônus de argumentação que pretenda esgotar as suas diferentes dimensões.

A presente proposta de investigação ergue pretensões eminentemente analíticas e normativas. Ela pretende, por um lado, compreender os ônus argumentativos a partir das suas múltiplas dimensões, decompondo-as e esclarecendo-as, ao mesmo tempo em que, por outro, o trabalho oferece pautas que almejam definir como a categoria deve ser operacionalizada. Aspectos empíricos também serão relevantes para a sustentação das teses, ainda que não desempenhem o mesmo papel das outras dimensões neste trabalho.

Tese

A tese central deste trabalho se sustenta sobre dois pilares. Um deles diz respeito ao papel dos ônus de argumentação no sistema jurídico. O outro diz respeito à sua estrutura. O primeiro suporte da tese consiste na afirmação de que ônus de argumentação são componentes necessários de um sistema jurídico que compreende regras e princípios. O segundo associa ônus de

argumentação com efeitos de regras e *standards* que consolidam relações de prioridade normativas. A partir dessas subteses, defende-se que ônus de argumentação são mecanismos de redução e controle da incerteza que caracteriza necessariamente a subidealidade do sistema jurídico ao (i) facilitarem a manutenção das relações de prioridade que os sustentam na solução de casos concretos, (ii) dificultarem a inversão dessas relações e (iii) instituírem pontos de parada na argumentação jurídica em situações nas quais o desenvolvimento de cadeias argumentativas não é capaz de garantir se, em determinado caso concreto, certa relação de prioridade deve ser mantida ou invertida.

Estágio atual da discussão

A categoria “ônus de argumentação” não é desconhecida pela teoria do direito, pela dogmática jurídica, entre os tribunais brasileiros⁸ e pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que usa também o termo “ônus de apresentação” (*Darlegungslast*) para se referir à mesma ideia.⁹ Ainda que não seja usada expressamente, a categoria ônus argumentativo também está presente na prática jurídica norte-americana. Nesta parte, pretende-se apresentar um panorama evolutivo e, ao mesmo tempo, atual das discussões sobre o tema nos cenários alemão, norte-americano e brasileiro.

Em um dos poucos trabalhos específicos sobre o assunto, Heinrich Weber-Grellet explica em sua tese de doutorado que o conceito de ônus de argumentação foi usado na Alemanha pela primeira vez por E. W. Fuss.¹⁰ Com esse conceito, pretendia Fuss dizer que o tribunal constitucional federal assumia a responsabilidade pela fundamentação de uma violação da igualdade, a fim de que as margens de conformação legislativas não fossem asfixiadas. Se o legislador promovesse alguma desequiparação, assumiria o tribunal o dever de fundamentar que a

⁸ Exemplos de referência explícita ao conceito podem ser encontrados no HC 107263/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 21.06.2011, Informativo 632, AREsp 125.437, rel. min. Maria Isabel Gallotti, e AI 2009.04.00.006450-9/SC, TRF, 4ª Região.

⁹ Juliane Kokott, *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechte*. Berlin/Heildeberg/New York/London/Tokyo/Hong Kong/Barcelona/Budapest: Springer, 1993, p. 47.

¹⁰ Heinrich Weber-Grellet. *Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Baden-Baden: Nomos: 1979, p. 55.

medida legislativa violaria a máxima da igualdade. Ainda na Alemanha, Adalbert Podlech adota uma concepção mais ampla, mas não completamente diferente. Para ele os ônus de argumentação são expressões do conteúdo pragmático de alguns direitos fundamentais (notadamente a igualdade). Para o autor, o dever de igualdade poderia ser resumido na seguinte regra de ônus de argumentação: “quando nenhum motivo suficiente para um tratamento desigual existe, deve o mais alto poder público atuante tratar igualmente todas as pessoas de uma determinada classe”.¹¹ Isso significa que a igualdade em si é uma norma sem conteúdo específico cuja importância se revela por meio de uma regra pragmática que estabelece um procedimento especial de fundamentação, estruturando a criação e a aplicação do direito.¹² “Esse tipo de regra jurídica deixa aos destinatários uma margem de conformação das próprias decisões que vincula os destinatários em suas decisões às consequências dos resultados do seu próprio comportamento”.¹³ Tanto Fuss como Podlech usam o conceito e identificam propriedades relevantes dos ônus de argumentação. No entanto, ambos vinculam o termo essencialmente à máxima da igualdade e não realizam investigações sistemáticas sobre o tema.

Weber-Grellet, por sua vez, parece ter sido o primeiro a explicitamente desvincular os ônus de argumentação aos casos de admissibilidade de diferenciações na Alemanha. Para o autor, o conceito não se restringe à aplicação do dever de igualdade contido no art. 3, I, da Lei Fundamental alemã, mas encontra ampla repercussão na aplicação do direito. Sua concepção vincula ônus de argumentação com a qualidade da argumentação desenvolvida para justificar valorações. Essa exigência de qualidade argumentativa é determinada pelas relações entre a jurisdição constitucional e o legislador democrático. Nesse sentido, “quanto mais livre é o legislador para a determinação dos interesses públicos, menores são, nesses campos, as exigências correspondentes de ônus de argumentação e da sua qualidade. Ao contrário, se o legislador é menos habilitado para a concretização de interesses próprios, então a qualidade da

¹¹ Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, p. 77, apud Hans-Joachim Koch und Helmut Rüßmann. *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*. München: Beck, 1982, p. 104.

¹² Nesse sentido argumenta Ávila possuir a igualdade também uma dimensão de postulado normativo aplicativo. Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 10a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 152.

¹³ Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, p. 86, apud Hans-Joachim Koch und Helmut Rüßmann. *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft* p. 105.

argumentação deve se ajustar a altas pretensões”.¹⁴ De acordo com a concepção do autor “os ônus de argumentação têm a função de definir em casos singulares (a) quem deve realizar a valoração, (b) quais exigências podem lhe ser impostas e, eventualmente, (c) quem assume a desvantagem, quando a valoração não pode ser negativa nem positiva”.¹⁵ A obra, no entanto, restringe-se a uma definição procedimental dos ônus de argumentação, não tratando do seu papel no sistema jurídico e tampouco analisando detidamente a sua estrutura. Dessa forma ela não aprofunda temas importantes para um conceito mais preciso e para a atuação dos ônus de argumentação em procedimentos específicos de decisão.

O conceito de ônus de argumentação é, finalmente, usado por Alexy tanto em sua teoria da argumentação jurídica como na teoria dos direitos fundamentais e em escrito específico sobre diferentes concepções de sistema jurídico e as suas relações com a razão prática.¹⁶ No seu modelo de regras-princípios-procedimentos do sistema jurídico, os ônus de argumentação desempenham um papel fundamental. No âmbito do discurso prático geral, eles são consequências dos princípios da universalização e da igualdade.¹⁷ No domínio específico do discurso jurídico, eles são fundamentalmente efeitos das relações de prioridade *prima facie* que compõem o sistema jurídico.¹⁸ A máxima *in dubio pro libertate* estaiui, nesse sentido, um ônus de argumentação para a justificação de medidas que violem a liberdade dos cidadãos.¹⁹ O mesmo vale para quem pretende se afastar de um precedente.²⁰ Sem embargo, também não é feito um estudo específico e detalhado sobre o termo nem é claramente definido como os ônus de argumentação se relacionam com a teoria dos princípios²¹.

¹⁴ Weber-Grellet, *Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, p. 66.

¹⁵ Weber-Grellet, *Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, p. 65.

¹⁶ Cf. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Auflage. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, p. 242 e ss e 336; do mesmo autor, *Theorie der Grundrechte*. 1. Auflage. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2006, pp. 89s, 371-373 e, do mesmo autor, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in: do mesmo, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main, 1995, pp. 213-231, p. 227ss.

¹⁷ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 243.

¹⁸ Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 227 e, do mesmo, *Theorie der Grundrechte*, p. 89s.

¹⁹ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 517. Para Weber-Grellet o *in dubio pro libertate* é uma regra de ônus da prova. V. Weber-Grellet, *Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, p. 39. Sobre o assunto cf. item IV, 3.

²⁰ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 335ss e, do mesmo, *Theorie der Grundrechte*, p. 504ss.

²¹ A teoria dos direitos fundamentais sugere possíveis relações entre ônus de argumentação e princípios formais. Cf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 89s.

Nos EUA, ônus de justificação são especialmente desenvolvidos nos campos da prova e do controle a restrições a direitos. Os ônus de argumentação, como categoria diferente de ônus e *standards* de prova²², estão, no cenário norte-americano, mais claramente associados aos três níveis de escrutínio – *estrito*, *intermediário* e *mínimo* – desenvolvidos e aplicados pela Suprema Corte para orientar o exercício da jurisdição constitucional. Eles representam testes constitucionais gerais aplicáveis em situações em que medidas governamentais restringem o exercício de direitos, recebendo roupagem específica em função do direito que está em jogo. Por meio do desenvolvimento de um sistema de níveis de escrutínio, a Suprema Corte visava, após o New Deal, fornecer uma estrutura racional capaz de garantir algum grau de disciplina para o processo de tomada de decisão constitucional e, assim, escapar dos extremos da Era Lochner – quando diversas medidas do governo Roosevelt foram declaradas inconstitucionais com base na aplicação intransigente do direito fundamental à liberdade – e não cair no discurso frouxo da ponderação (*balancing*).²³

O campo mais profícuo de aplicação dos níveis de escrutínio nos EUA é o de apreciação da legitimidade de medidas que afetam a *equal protection clause*²⁴, ainda que o sistema também ressoe quando as liberdades de expressão e de religião e a privacidade sejam afetadas por medidas estatais.²⁵ Mais uma vez, o princípio da igualdade é um protagonista no campo da definição e aplicação de ônus argumentativos. Sua importância destacada se torna clara quando, sob o período da corte Warren, o *strict scrutiny* é posto em operação.²⁶ Nesse momento da história constitucional americana é implementado um mecanismo altamente agressivo de

²² V. infra D, III, 2.

²³ Richard H. Fallon Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, in: *UCLA Law Review* 54 (2007), pp. 1267-1337, p. 1270 e Jeffrey Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny*, in: *Ohio State Law Journal* 45 (1984), pp. 161-183, p. 162.

²⁴ Jeffrey Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny*, p. 163.

²⁵ Para um panorama das discussões sobre a aplicação dos níveis de escrutínio nesses casos (especialmente do escrutínio estrito), cf. Richard Fallon Jr., *The Dynamic Constitution. An Introduction to American Constitutional Law*. New York: Cambridge University Press, 2004, cap. 1, 2 e 3 e Richard Fallon Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, *passim*.

²⁶ Richard Fallon Jr. explica que, apesar da referência expressa à expressão *strict scrutiny* em *Skinner v. Oklahoma*, de 1942, da análise rígida de restrição à liberdade de expressão em *Murdock v. Pennsylvania*, de 1943, e da menção à necessidade de aplicação “do mais rígido escrutínio” a classificações baseadas em raça em *Korematsu v. United States*, de 1944, a Suprema Corte só passou a usar o termo com frequência e a desenvolver as bases para sua análise nos anos 1960. Cf. Richard Fallon Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, p. 1272ss. Cf. também Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, in: *Vanderbilt Law Review* 59 (2006), pp. 793-871, p. 801. Walter F. Murphy *et al.* *American Constitutional Interpretation*. 3. Ed. New York: Foundation Press: 2003, p. 913ss.

proteção de direitos considerados prioritários (os *fundamental rights*)²⁷, que já eram objeto de esforços protetivos, ainda que incipientes, desde a decisão *Carolene Products* e sua famosa nota de rodapé número quatro, de 1938.²⁸ A partir desse momento, é criada uma estrutura de análise que envolve a superação de elevados ônus de argumentação. A fórmula do escrutínio estrito, em primeiro lugar, coloca sobre o governo o ônus de defender que uma legislação desafiada serve a um interesse governamental obrigatório (*compelling governmental interest*). Em segundo lugar, o teste exige que se comprove que a medida é estritamente adaptada ou necessária para proteger o interesse governamental em jogo.²⁹ A diferença para o escrutínio mínimo, que parte da presunção da constitucionalidade das escolhas públicas e, assim, desloca o ônus argumentativo da defesa de eventual inconstitucionalidade para quem a levanta, é nítida. Neste caso, o *rational basis test* exige apenas que os objetivos buscados pelo governo não sejam ilegítimos e que exista uma conexão racional entre os meios implementados pela legislação e os fins por ela visados.³⁰ O escrutínio mínimo sintetizado no *rational basis test* é considerado, ao contrário do escrutínio estrito, o “paradigma da contenção judicial”.³¹

O surgimento de um escrutínio intermediário, já durante a corte Burger, deveu-se aos extremos produzidos pela aplicação dos testes mínimo e estrito. Em “um dos mais importantes

²⁷ Sobre a existência de direitos prioritários ou fundamentais em comparação com outros direitos (inclusive sociais) cf. Richard Fallon Jr., *The Dynamic Constitution*, p. 110s. e Richard Fallon Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, p. 1285ss. Para a apresentação de críticas à abordagem de “direitos ou valores fundamentais” cf. Walter F. Murphy *et al.*, *American Constitutional Interpretation*, p. 1147ss.

²⁸ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 US 144. Na famosa nota, o Justice Harlan Fiske Stone, durante a aplicação de um *standard* de deferência a decisões governamentais (o escrutínio mínimo, aplicável a casos de regulação econômica após a tentativa de “empacotamento” da corte pelo presidente Roosevelt em razão da postura inflexível da Suprema Corte durante a já citada era Lochner), reflete sobre os possíveis casos que exigiriam um escrutínio mais severo da Corte. Nesse momento, Stone se refere à necessidade de um controle mais intenso sobre medidas que afetassem minorias raciais, nacionais e religiosas: “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth (...). It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation (...). Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, (...), or national, (...) or racial minorities, (...) whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”.

²⁹ Richard Fallon Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, p. 1273s.

³⁰ Richard Fallon Jr., *The Dynamic Constitution*, p. 111s.

³¹ *Id.*, p. 310, nota 8, citando *FCC v. Beach Communications Inc.*, 508 US 307 (1993).

epítetos do direito constitucional americano”³², afirmou-se no início da década de 1970 que o *strict scrutiny* tornara-se “estrito na teoria, mas fatal na prática”.³³ Por sua vez, o escrutínio que deveria ser mínimo na teoria, tornou-se inexistente na prática.³⁴ As críticas ao modelo de níveis diversos de escrutínio foram reforçadas na própria Suprema Corte. Em uma série de votos dissidentes, o Justice Marshall no início dos anos 1970 rechaçava a abordagem em poucas camadas porque a considerava “uma simplificação que não refletia com precisão o processo de adjudicação em casos constitucionais”.³⁵ Por um lado, a abordagem seria problemática por desviar o foco de análise para as abstrações do modelo e, por outro, por enrijecer a análise constitucional em função do uso de categorias *a priori* como “direito fundamental” ou “classificação suspeita”.³⁶ Ainda que essas observações partam de um mérito contestável do particularismo³⁷, elas levaram, ironicamente, ao estabelecimento de um nível geral *neutro* de análise, que envolve ônus argumentativos menores comparativamente aos ônus vinculados ao escrutínio estrito e maiores comparativamente aos ônus vinculados ao escrutínio mínimo. Na aplicação do escrutínio intermediário, basta que se sustente que as medidas públicas contestadas estejam relacionadas a um interesse governamental *importante*.³⁸ A aplicação de cada um desses níveis de escrutínio, como já dito, é orientada por critérios vinculados a cada direito fundamental. O nível de exigência de cada ônus varia também em função da prática. É de se destacar, nesta última hipótese, que a prática decisória americana reconhece níveis diferentes de deveres de justificação para o adequado exercício da jurisdição constitucional, no que se revela a existência de ônus argumentativos específicos para a inversão de certas relações de preferência, sejam elas

³² Peter J. Rubin, Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny after Adarand and Shaw, in: *U. Pa. Law Review*, 149, 2000, pp. 1-170, p. 4.

³³ Gerald Gunther, The Supreme Court 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, in: *Harvard Law Review* 86 (1972), pp. 1-48, p. 8. Para a visão de que o escrutínio estrito perdeu essa rigidez e tornou a frase de Gunther um mito, especialmente após o voto condutor da juíza Sandra O’Connor em *Adarand Constructors v. Peña*, cf. Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*.

³⁴ Jeffrey Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny*, p. 162. Adam Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, p. 799.

³⁵ Id. p. 163. As críticas ao modelo também foram endossadas pelos juízes Rehnquist e Stevens em seus votos dissidentes em *Craig v. Boren* (id. p. 164).

³⁶ Id. p. 164.

³⁷ O particularismo é especialmente problemático para a promoção de racionalidade do procedimento decisório uma vez que envolve análises muito custosas e tende a gerar erros em um ambiente limitado e subideal como o do direito. V. *infra* B e C.I.

³⁸ Jeffrey Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny*, p. 163.

amparadas na prevalência de direitos, sejam elas sustentadas sobre a presunção de constitucionalidade das leis.

Entre nós, a expressão *ônus de argumentação* é geralmente usada para se referir ao dever de fundamentação associado tanto a restrições causadas em direitos fundamentais como, de forma mais ampla, a intervenções do Poder Judiciário na esfera de outros poderes.³⁹ As manifestações são mais frequentes no primeiro caso. Sua *ratio* está sintetizada nas palavras de Jane Reis Gonçalves Pereira: “[q]uanto mais intensa a intervenção legislativa nos direitos fundamentais, maior será o ônus de argumentação imposto ao legislador para justificar a constitucionalidade da lei. É que quanto mais intensa a restrição ao direito, mais fortes hão de ser as razões em favor dos bens e direitos que amparam a restrição (princípio da proporcionalidade). Assim, nos casos de intervenções severas em que não seja possível identificar com segurança motivos que as justifiquem, há de prevalecer o direito, com a declaração de inconstitucionalidade da lei restritiva. Diversamente, nos casos das intervenções leves nos direitos, entra em jogo o princípio da presunção de constitucionalidade, impondo-se, assim, cargas de argumentação menos severas para a imposição de restrições aos direitos”.⁴⁰ Aceita a restringibilidade de direitos fundamentais, vinculam-se a eles deveres mais fortes de justificação que condicionam a atividade daqueles que pretendem restringi-los legitimamente como forma de garantir a sua centralidade axiológica em nosso sistema jurídico.⁴¹ Na mesma linha, mas com preocupação específica com o problema da restrição a direitos fundamentais decorrentes do exercício da autonomia da vontade, também se

³⁹ Para esta última hipótese cf. Fernando Gama de Miranda Netto e Margarida Lacombe Camargo, *Representação Argumentativa: Fator retórico ou mecanismo de legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal?* Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza em junho/2010. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3589.pdf>. Acesso em 01/07/2012, e Antônio do Passo Cabral, Os efeitos processuais da audiência pública, in: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público*, Brasília, nr. 24/25, jul/dez 2007, pp. 41-65, p. 55, que atribui cargas de fundamentação maiores para as hipóteses em que juízes pretendem inverter uma valoração da Administração: “Essa perspectiva jurídico-funcional (*funktionell-rechtliche Betrachtungsweise*) da separação de poderes como separação de funções da Administração e dos tribunais permite visualizar uma contenção funcional da judicatura diante de situações em que os agentes administrativos, mais próximos dos fatos que conduzem à concreção dos conceitos indeterminados, possuem melhores condições de praticar avaliação mais precisa; avaliação igualmente válida porque processualmente legítima. O juiz, para contrariá-la na decisão, tem na sua fundamentação uma força em sentido contrário (ônus, peso argumentativo), que deve vencer com um incremento das razões de decidir”.

⁴⁰ Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 182.

⁴¹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, in: *Revista de Direito do Estado*, nr. 4, 2006, pp. 23-51, p. 38.

serve Wilson Steinmetz do conceito de ônus argumentativo para “a solução dogmática do problema da eficácia de direitos fundamentais nas relações contratuais”.⁴²

Especificamente em relação ao princípio da igualdade – base fundamental, como visto, para o desenvolvimento da dogmática alemã sobre os ônus de argumentação –, Humberto Ávila fundamenta a existência de deveres de justificação relacionados à aceitabilidade de desequiparações na “prevalência axiológica relativa em nível abstrato” de que goza o referido princípio em nosso sistema constitucional.⁴³ A prioridade atribuída à igualdade que se extrai diretamente das “pistas” deixadas pelo constituinte originário – que a associa aos “princípios fundamentais” (art. 3º, III e IV), aos “direitos e garantias fundamentais” (art. 5º, 7º, XXXIV, 14,) e “direitos e garantias fundamentais” (art. 60, §4º, IV) – cria, nas palavras do autor, um *desnívelamento favorável* à igualdade, que se exterioriza em maiores cargas de argumentação para a sua superação em casos concretos.⁴⁴ O conceito de ônus argumentativo é, ainda em referência ao dever de igualdade, usado por Luis Roberto Barroso para sustentar a necessidade de se justificar tratamento jurídico diferenciado às relações homoafetivas.⁴⁵

Destaque-se, por fim, o uso da expressão “ônus argumentativo” como efeito processual da realização de audiências públicas amparado sobre preferências *prima facie* atribuídas à democracia e ao interesse público. Uma audiência dessa natureza, quando realizada, gera “presunção em favor da sua conclusão”, que exprime, de maneira mais salutar, o interesse público.⁴⁶ Dessa presunção decorreria um dever mais robusto de fundamentação dos atos administrativos nos casos em que a autoridade administrativa pretendesse se afastar do resultado de uma audiência pública por ele convocada.

⁴² Wilson Steinmetz, *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 216. Cf. também do mesmo autor Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais, in: Virgílio Afonso da Silva (Org.), *Interpretação Constitucional*, p. 48ss, com foco especial nas relações entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais.

⁴³ Humberto Ávila, *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 148.

⁴⁴ Id. p. 149. Ávila, em outra obra, reconhece ainda a existência de deveres de fundamentação mais intensos relacionados às regras, os quais dificultariam a sua superabilidade nos casos em que se constata a satisfação dos seus pressupostos de incidência. Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, pp. 114ss. Esse tema será aprofundado adiante em IV, 1, *infra*.

⁴⁵ Luis Roberto Barroso, *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Texto disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/diferentes_mas_iguais_atualizacao_2011.pdf. Acesso em 01/07/2012, p. 23.

⁴⁶ Cf. Antônio do Passo Cabral, *Os efeitos processuais da audiência pública*, p. 51.

Como se percebe, a categoria “ônus argumentativo” não é desconhecida e tampouco subestimada pela dogmática jurídica e, ainda que com menor intensidade, pelos tribunais brasileiros, sendo aplicada em diversos contextos para se referir a deveres mais intensos de fundamentação nos casos em que o tomador de decisão está diante de certas relações de prioridade reconhecidas em favor de determinados elementos do sistema jurídico e pretende invertê-las. A importância crescente do rótulo não é acompanhada, contudo, pelo desenvolvimento, em proporções semelhantes, de trabalhos específicos sobre o assunto. Visando a contribuir para a superação dessa lacuna, a presente proposta de trabalho pretende, como já antecipado, analisar os ônus de argumentação a partir da sua importância na argumentação jurídica – mormente em processos de justificação de decisões levados adiante em sistemas jurídicos axiologicamente abertos –, da sua estrutura e dos seus efeitos.

1 OS LIMITES DO DIREITO EM TRÊS NÍVEIS

A tese de que o direito e o raciocínio jurídico desenvolvem-se em condições subideais não é nova. A forma mais salutar de comprová-la apela para comparações entre condições reais de decisão, argumentação ou de estruturação do sistema jurídico e modelos ideais ou contrafactuais sobre os mesmos tópicos que funcionam como ideais regulativos. Nesse caso, a constatação de que os contextos reais de decisão jurídica são, no máximo, simples aproximações dos modelos ideais serviria de base para, a partir dos seus próprios referenciais normativos, justificar o caráter subideal do direito. Tanto a teoria habermasiana do discurso como a teoria da interpretação jurídica sugerida por Ronald Dworkin são exemplos expressivos de teorias que propõem mecanismos de correção de processos decisórios a partir de modelos ideais, ainda que invistam apenas na maior aproximação possível dos referenciais contrafactuais de que se servem. No primeiro caso, recorre-se a uma concepção ideal de deliberação. No segundo, a um arquétipo sobre-humano de juiz (Hércules). Em ambas as hipóteses, os limites efetivos de implementação de cada teoria, antes de revelarem problemas para a aplicação de contrafactuais no desenvolvimento de modelos normativos, deixam claro que processos reais de decisão se desenvolvem sob condições não ideais e, não raro, conduzem a resultados subótimos.

Diversos fatores tentam explicar por que o direito e, mais especificamente, os procedimentos de decisão jurídica são inevitavelmente limitados. Esses fatores serão agrupados em três grandes grupos. O primeiro compõe-se das limitações da linguagem e da racionalidade humana (limites extrínsecos), o segundo das limitações típicas do raciocínio jurídico (limitações intrínsecas) e o terceiro das limitações institucionais. Em cada um desses níveis interessam ao presente trabalho especialmente as limitações epistêmicas, ou seja as que se relacionam com as causas e o manejo de margens de *incerteza* vinculadas à tomada de decisões práticas, que podem estar relacionadas à determinação do que é (v.g. incertezas quanto a prognoses, determinação de relações de causalidade) como à determinação do que deve ser (v.g. a solução de um caso jurídico difícil que envolve questões morais controvertidas apoiadas sobre princípios jurídicos em colisão). Dessa forma, os três grupos de limitações serão analisados a partir da identificação dos

fatores que fomentam ou impedem a superação de problemas de incerteza no âmbito dos processos decisórios gerais e especificamente jurídicos. O objetivo desta parte é mostrar que o direito convive necessariamente com a incerteza porque as capacidades dos seus atores (especialmente as do juiz, foco de análise desta investigação) de apreensão e processamento de informações e de julgamento imparcial são afetadas por fatores externos ao direito, intrínsecos do direito e institucionais.

Finalmente, antes de analisarmos cada um desses campos uma observação se faz necessária. A afirmação de que *o direito é limitado* é claramente vaga, já que ela conduz seu destinatário a perguntas inevitáveis, como “como assim?” ou “em que sentido?”. Para evitar essas dificuldades, esclarece-se que, neste momento, as limitações do direito estão relacionadas aos principais passos que envolvem direta ou indiretamente a tomada de uma decisão jurídica justificada. Dessa forma, quando nos referirmos às limitações do direito, do argumentar jurídico, do pensamento jurídico ou dos processos de decisão jurídica, pretenderemos basicamente nos referir a uma mesma coisa, qual seja, às limitações de um método especificamente jurídico que se irradia pelo pensar, argumentar e decidir de juízes e profissionais do direito. Nessas bases, a menos que haja expressa referência em contrário, aquelas expressões podem ser consideradas doravante como intercambiáveis.

1.1 Os limites extrínsecos

Limites extrínsecos são aqueles que não são específicos do direito, mas que o afetam necessariamente porque atuam sobre os seus elementos constitutivos ou afetam a sua implementação ou efetividade. A organização e a complexidade de uma sociedade determinada podem, por exemplo, afetar decisivamente a estrutura das fontes de obrigações jurídicas, a força das regras do sistema jurídico ou a eficácia das suas sanções.⁴⁷ Para ficarmos no primeiro caso, em uma sociedade institucionalmente pouco organizada é possível que a identificação das obrigações dos seus membros dependa apenas de exigências de primeira ordem (*i.e.* normas que prescrevem

⁴⁷ Cf. Antony Allott. *The Limits of Law*. London: Butterworths, 1980, p. 49ss.

comportamentos), sem que haja a definição de como e por quem essas obrigações devem ser produzidas e aplicadas. Hart, nesse aspecto, considera os efeitos vinculados a sistemas jurídicos de sociedades simples que só reconhecem a existência de regras primárias de obrigação.⁴⁸ Nesses casos, a identificação dos deveres primários é incerta, as regras são estáticas – no sentido de que é difícil alterá-las – e inexistente pressão social suficiente capaz de manter as regras, já que inexistem mecanismos institucionalizados para determinar quando os deveres sociais são violados.⁴⁹ Para Hart, é evidente que apenas uma pequena comunidade estreitamente ligada por laços de parentesco, sentimentos comuns e crenças fixadas num ambiente estável poderia viver em um regime de regras não oficiais.⁵⁰ Os mecanismos de controle social são influenciados, assim, pela própria estrutura social à qual eles estão associados. Em outras palavras, aspectos relacionados à identificação e à eficácia do direito são decisivamente influenciados pela complexidade social, o que revela um condicionamento de fora para dentro. Nesse sentido, é inegável que “a realidade é que o direito é tão incerto quanto os aspectos socioeconômicos da sociedade da qual ele emana e à qual ele continua a dever sua observância”.⁵¹

Mas não é no plano mais amplo das contingências sobre as estruturas sociais que aprofundaremos nossa análise. No presente tópico serão analisados os constrangimentos externos que condicionam estruturalmente a decisão jurídica porque interferem nas capacidades cognitivas das pessoas e afetam, assim, a possibilidade de enunciação de juízos de plena certeza relacionados ao conhecimento e à aplicação do direito em todo e qualquer caso. Nesse contexto, os limites mais importantes são os que decorrem diretamente das patologias da linguagem, das capacidades limitadas do raciocínio humano e das influências das emoções e do autointeresse. Nós nos ocuparemos das duas primeiras, que exercem um papel fundamental no contexto de *justificação racional* das decisões jurídicas.

⁴⁸ Hart, *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 91ss.

⁴⁹ Hart, *The Concept of Law*, p. 92s.

⁵⁰ Id. p. 92.

⁵¹ E. W. Thomas, *The Judicial Process*. Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 115.

1.1.1 Os problemas da linguagem

A forma mais tradicional de comunicação de padrões de comportamento é a instituição de regras. Uma peculiaridade do direito é que, por razões de equidade, as suas regras são predominantemente gerais. Sua generalidade, na verdade, expressa-se por meio do uso de categorias linguísticas abrangentes, como classes de sujeitos e de coisas. “Casa” (art. 5º, XI, CF), “livro” (art. 150, VI, d, CF), “entidade familiar” (art. 1º, lei 8.009/90), “veículos” (art. 1º, §1º, Código Nacional de Trânsito) e “substância nociva à saúde” (art. 278, CP) são exemplos simples dessas categorias.

O uso de termos classificatórios gerais é fundamental para a transmissão de qualquer padrão jurídico de comportamento, uma vez que eles conseguem tanto tornar os comandos jurídicos compatíveis com exigências gerais de igualdade e imparcialidade como, ao mesmo tempo, facilitar a coordenação dos seus destinatários, que podem saber o que se espera deles por meio de uma simples “subsunção” do seu caso concreto aos termos gerais das regras. No entanto, o recurso à linguagem como forma de comunicação de comportamentos traz problemas necessários para a aplicação daqueles termos abrangentes em situações específicas, já que “even when verbally formulated general rules are used, uncertainties as to the form of behaviour required by them may break out in particular concrete cases. (...) In all fields of experience, not only that of the rules, there is a limit, inherent in the nature of language, to the guidance which general language can provide”.⁵² Isso significa que o direito, por se servir inevitavelmente da linguagem, herda as suas principais patologias.

Ao lado da ambiguidade, a textura aberta da linguagem é a mais importante dessas limitações. A primeira se refere à possibilidade de plurívocos significados de uma mesma palavra. Em casos de ambiguidade, não se trata exatamente de definir o sentido de uma determinada palavra, mas de busca pelo sentido mais apropriado dentro de um conjunto fechado de alternativas claras de interpretação. Quando se questiona qual é o sentido da palavra

⁵² Hart, *The Concept of Law*, p. 126.

“sentença” ao longo das disposições contidas no artigo 485 do Código de Processo Civil, a empreitada não se destina a superar necessariamente uma imprecisão semântica decorrente da vagueza da expressão. O que se pretende, na verdade, é definir se, naquele contexto, a interpretação mais apropriada para a palavra é a técnica, relacionando-a a provimentos jurisdicionais terminativos de primeiro grau, ou a qualquer decisão jurisdicional final, o que englobaria, por exemplo, acórdãos. Ambos os sentidos são claros e conhecidos. O problema está apenas em definir qual deles deve prevalecer na hipótese. No geral, a resposta para questões como essa depende do contexto em que a palavra é empregada, o que significa a dificuldade de lidar *in abstracto* com questões de plurivocidade.

Por sua vez, afirmar que a linguagem possui uma *textura aberta* significa reconhecer que todos os termos gerais utilizados em quaisquer processos de comunicação sofrem de uma potencial vagueza. Por tal motivo, pode-se afirmar que a aplicação de qualquer conceito empírico em certos momentos será necessariamente obscura, na medida em que se abrirá mais de uma alternativa de decisão. Nesses casos de penumbra não ocorre a subsunção direta do caso concreto ao conceito linguístico geral contido no padrão de comportamento, o que cria uma situação de incerteza objetiva a respeito da aplicabilidade desse padrão de comportamento a uma situação específica. Isso porque o principal efeito da falta de clareza de significado de algumas expressões é a existência, para os casos de penumbra, de mais de uma resposta possível. Em seu famoso exemplo, Hart explica essa limitação a partir da possibilidade de aplicação da regra “é proibido o tráfego de veículos no parque” a um carro de brinquedo motorizado ou a uma bicicleta. O exemplo mostra que, embora pareça inquestionável como se define um veículo, há certos casos em que a aplicação da definição não é tão óbvia. Por isso, tanto a aplicação como a não aplicação da regra parecem em princípio justificáveis.

É certo que a abertura é uma propriedade da linguagem que se exprime apenas excepcionalmente. Na grande maioria dos casos as nossas convenções linguísticas comuns serão suficientes para definir se um caso concreto se reconduz ou não a um conceito classificatório geral. A textura aberta da linguagem implica, segundo Hart, apenas *uncertainty at the borderline*⁵³. A indeterminação do direito, então, ainda que necessária, não é absoluta e muito menos a regra. Aceitar as limitações da linguagem em alguns casos não permite concluir que não

⁵³ Hart, *The Concept of Law*, p. 128.

existem outros casos em que a aplicação de um conceito é inequívoca. Mesmo que seja possível, aliás, admitir que a linguagem de certas normas, como a das normas da Constituição, tende a ser propositadamente mais plástica e vaga⁵⁴, não é de se afirmar que existe amplo dissenso a respeito do que uma Constituição regula e dos estados de coisas por ela visados, sob pena de ela ser incapaz de desempenhar as suas funções *qua* Constituição. Admitir elevados níveis de incerteza a respeito do sentido das prescrições das principais normas do sistema jurídico seria, na verdade, afirmar que o direito é *radicalmente* indeterminado.⁵⁵ E esse não é o caso. A indeterminação da linguagem é, por um lado, realmente uma causa inevitável e recorrente de incerteza no direito, mas ela, por outro, não pretende retratar o caos.⁵⁶ De fato, a indeterminação é apenas excepcional e restrita às fronteiras do sistema jurídico.

Mas por que seria a textura aberta uma propriedade necessária da linguagem e, conseqüentemente, um problema insuperável para o direito? A pretensão de evitar a ocorrência desses casos de fronteira é um dos mais importantes *Leitmotive* de uma certa visão do que seja formalismo jurídico.⁵⁷ Para lidar adequadamente com essa patologia, bastaria que o legislador fosse capaz de antecipar em suas regras todas as hipóteses de aplicação de cada uma dessas espécies normativas, inclusive as situações de obscuridade. O problema é que algumas situações futuras podem até ser antecipadas, mas não todas. Tampouco um uso cuidadoso da linguagem é

⁵⁴ Nesse sentido, Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107. No caso brasileiro, é importante frisar que o caráter analítico da Constituição reduz um pouco as implicações da tese geral de que a linguagem dos textos constitucionais tende a ser mais aberta. Com efeito, a Constituição brasileira é basicamente composta por normas com a estrutura de regras, não de princípios, compreendidos tradicionalmente como normas mais vagas. Nesse sentido cf. Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, in: Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenojm (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 187-202, p. 189.

⁵⁵ Contra a tese da indeterminação radical cf. Timothy Endicott. 'Linguistic indeterminacy', in: *Oxford Journal of Legal Studies* 16, 1996, pp. 667-697. Reconhecer que as limitações da linguagem não conduzem à indeterminação global do direito é fundamental, no plano linguístico, para que as fronteiras textuais sejam levadas a sério no direito. Contra a possibilidade “de um limite interpretativo do trabalho jurídico que pode ser deduzido de propriedades intrínsecas do texto”, Friedrich Müller. *Juristische Methodik*. 7. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 234ss. (237). Para Müller a aplicação de um texto depende essencialmente do modo como o leitor o compreende e isso impede que se conceba a aplicação de textos normativos como um puro conhecimento jurídico teórico-cognitivo. Na verdade, no caso de aplicação de um texto “exerce o juiz, de fato, poder prático” (p. 238). Dessa forma “[a] vinculação à lei não está, pois, relacionada mais extensamente a um conteúdo da lei pretensamente definido, mas sim é realizada no processo de *produção* da norma jurídica” (p. 238, grifo no original).

⁵⁶ E. W. Thomas, *The Judicial Process*, p. 126.

⁵⁷ Para diferentes versões do formalismo cf. Noel Struchiner, Formalismo, in: Vicente Barreto (Org.), *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006, pp. 363-366.

suficiente para evitar definitivamente problemas semânticos.⁵⁸ A indeterminação do direito vinculada à porosidade da linguagem é, na verdade, uma consequência da nossa incapacidade de superar a incerteza do futuro, ou, em outras palavras, equiparar o presente futuro ao futuro presente.⁵⁹

Mais uma vez: por quê? Em curtas palavras, diz Hart, “the reason is that the necessity for such choice is thrust upon us because we are men, not gods”.⁶⁰ E porque somos homens, tomamos nossas decisões e formulamos padrões de comportamento permanentemente sujeitos a dois tipos de constrangimentos: nossa relativa ignorância sobre os fatos e nossa relativa indeterminação dos objetivos perseguidos por meio de uma prescrição.⁶¹ Como não é possível conhecermos totalmente as incontáveis características do mundo em que vivemos e definirmos precisamente todos os objetivos visados com a definição de uma pauta de comportamento, torna-se inviável pensar um sistema jurídico em cujo âmbito todos os casos concretos sejam fáceis.⁶² Por isso, nas situações de penumbra os pontos de vista dos juízes desempenham um papel criativo fundamental. Aceitas as limitações epistêmicas do legislador, não há como evitar que os tomadores de decisão tenham que lidar com casos não previamente pensados. Em suma, um sistema jurídico ideal, no qual valorações por parte dos aplicadores de regras seriam supérfluas porque os seus padrões de comportamento seriam sempre claros, é, pois, inconcebível, em primeiro lugar, por causa das limitações da linguagem humana, que afetam inexoravelmente o modo como o direito comunica os seus padrões de comportamento.

⁵⁸ Endicott, *Linguistic Indeterminacy*, p. 667.

⁵⁹ Sobre o assunto cf. Niklas Luhmann. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: Bubner, Rüdiger, Cramer, Konrad und Wiehl, Reiner (Org.), *Neue Hefte für Philosophie*, Heft 20. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1981, p. 4ss. e, do mesmo autor, Folgen als Kriterien?, in: do mesmo, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 1974, p. 36ss.

⁶⁰ Hart, *The Concept of Law*, p. 128.

⁶¹ Hart, *The Concept of Law*, p. 128.

⁶² A impossibilidade de criar regras perfeitas, *i.e.* regras cujas hipóteses de aplicação e exceções estejam fixadas *ex ante*, é ainda causa que explica por que as regras são necessariamente sobre- e subinclusivas. Isso significa que nem sempre haverá uma convergência entre o que os limites semânticos que fixam o âmbito de incidência da regra determinam e os objetivos visados por ela, ou seja, a sua justificação subjacente. Nesse sentido, às vezes a generalidade da regra pode incluir casos que, se considerados à luz da sua justificação subjacente, deveriam estar excluídos do seu âmbito de incidência. Esses são os casos de sobreinclusão. Em outras circunstâncias, porém, a regra pode não abranger situações que, se consideradas à luz da sua justificação subjacente, deveriam estar incluídas em seu âmbito de incidência. Essas são os casos de subinclusão. Se pensarmos, por exemplo, na regra que proíbe a entrada de veículos no parque e fixarmos que ela visa a preservar a segurança das pessoas, parece claro que ela é sobreinclusiva para a hipótese de uma ambulância que precisa passar pelo parque para resgatar alguém ferido e subinclusiva para a possibilidade de uma cavalaria cruzá-lo. Sobre o assunto cf. Frederick Schauer, *Playing by the Rules: a philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 31ss.

1.1.2 Os limites da racionalidade humana

O reconhecimento das limitações da linguagem conduz esta investigação à exclusão de ideais de certas versões formalistas de concepção do sistema jurídico (completude, clareza, fechamento e consistência) e do raciocínio jurídico (ideal da subsunção como modelo de justificação). No plano institucional, a tese da indeterminação semântica necessária do direito contribui fundamentalmente para afastar visões idealizadas do Legislativo. Mas a hipótese da textura aberta da linguagem parece ter pouco a dizer a respeito da atividade de decidir casos individuais. É certo que as limitações da linguagem também atuam sobre a atividade de quem não está preocupado com a criação de regras gerais. No plano jurídico, os defeitos da linguagem em decisões específicas podem ser especialmente percebidos nas hipóteses de aplicação e distinção de precedentes. No entanto, se o único problema a ser superado por atores responsáveis pela criação de padrões de comportamento é a impossibilidade linguística de definir *ex ante* padrões gerais de comportamento, coloca-se como pergunta, se não é possível tomar em cada caso decisões sempre corretas a partir da consideração de todas as circunstâncias. Tal hipótese muda o nosso foco para as capacidades epistêmicas do tomador de decisão e nos conduz a uma análise a respeito das limitações da racionalidade humana.

1.1.2.1 Hércules e o juiz ideal

A mais famosa hipótese de um modelo contrafactual de julgador é a desenvolvida por Dworkin. Para estruturar a sua teoria da interpretação e orientar a solução de casos difíceis no âmbito judicial, Dworkin recorre a Hércules, “a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen”.⁶³ Por meio de seu titã, Dworkin preocupa-se com a construção de um esquema

⁶³ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978, p. 105.

geral de argumentação que se sustenta sobre a figura de um juiz ideal, e não pela sugestão de um modelo analítico e abstrato.⁶⁴

O objetivo principal de Hércules é desenvolver teorias para certos casos capazes de explicar o que exigem tanto os propósitos legislativos na interpretação de leis como os princípios jurídicos. Como detém capacidades sobre-humanas, Hércules é capaz de desenvolver uma teoria constitucional completa, que lhe permite construir as melhores respostas para casos difíceis. O encontro dessas respostas, porém, respeita alguns limites. Hércules é pensado como “a judge in some representative American jurisdiction (...). He accepts, that is, that statutes have the general power to create and extinguish legal rights, and that judges have the general duty to follow earlier decisions of their court or higher courts whose rationale, as lawyers say, extends to the case at bar”⁶⁵. Em consequência disso, a hipótese do juiz Hércules no âmbito do direito não sufoca as margens de conformação legislativas, mas antes disso as pressupõe. Por esse motivo, a interpretação de regras por Hércules reconhece a importância dos limites textuais, o que lhe impede de substituir as escolhas legislativas ou interpretar as regras de acordo com argumentos de política que extrapolam os limites da linguagem usada pelo legislador.⁶⁶

Ademais, Hércules também endossa a tese dos direitos (*rights thesis*), que se orienta na necessidade de igual consideração e respeito de todos. Um dos corolários dessa tese é o de que exigências morais, e não razões políticas, dirigem a legitimidade das decisões dos juízes e justificam a força dos precedentes em um regime de *common law*. Como consequência, Hércules deve admitir “that it is understood in his community, though perhaps not explicitly recognized, that judicial decisions must be taken to be justified by arguments of principle rather than arguments of policy”.⁶⁷ Em resumo, as teorias de justificação que Hércules desenvolve para justificar as suas decisões singulares devem satisfazer duas necessidades: elas devem tanto se adequar (*fit*) ao que é aceito como “settled law”, como se sustentar sobre argumentos substantivos de moralidade política.⁶⁸

⁶⁴ Stephen Guest, *Ronald Dworkin* (Jurists: Profiles in Legal Theory). Stanford: Stanford University Press, 1992, p. 47.

⁶⁵ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 105s.

⁶⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 109s.

⁶⁷ *Id.*, p. 115.

⁶⁸ Guest, *Ronald Dworkin*, p. 49.

Independentemente dessas restrições, o fato é que Hércules reúne capacidades ideais de obtenção e processamento de informações. Por esse motivo, a teoria da interpretação sugerida por Dworkin pode se sustentar sobre uma exigência permanente de coerência global entre uma decisão concreta para um caso difícil e um conjunto complexo de princípios e políticas que ao mesmo tempo justifica um esquema de governo constitucional e não negligencia as práticas estabelecidas (*settled practices*) da comunidade. Para justificá-la, Dworkin recorre a uma concepção compreensiva e abrangente do direito, que ele denomina *law as integrity*. O objetivo deste tópico não é apresentar detalhadamente essa concepção e discutir os seus problemas. Ao contrário, o que se pretende é exatamente apresentar em termos gerais uma teoria ideal da interpretação do direito e da justificação de decisões jurídicas visando a esclarecer por que juízes que não possuem as competências de Hércules não podem pretender aplicá-la integralmente.

Dworkin se serve de uma metáfora para explicar como os juízes devem justificar os seus pontos de vista com base na integridade. Por meio da metáfora do romance em cadeia, Dworkin compara a tarefa dos juízes, nos limites dessa concepção de direito que não compartilha das fraquezas do convencionalismo e do pragmatismo⁶⁹, à de um escritor: “each novelist in the chain interprets the chapters he has been given in order to write a new chapter, which is then added to what the next novelist receives, and so on. Each has the job of writing his chapter so as to make the novel being constructed the best it can be, and the complexity of this task models the complexity of deciding a hard case under law as integrity”.⁷⁰ Desenvolver a melhor estória possível não é certamente uma tarefa para mortais.⁷¹ No limite, apenas Hércules é capaz de justificar decisões com base na convicção de que elas são as melhores respostas possíveis à luz dos princípios compartilhados pela comunidade e de todo o material jurídico preexistente. Por quê? A resposta é simples: porque ele é Hércules.

⁶⁹ Ronald Dworkin, *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, p. 225. Sobre o possível espantinho feito por Dworkin do pragmatismo jurídico e para uma compreensão do pragmatismo como teoria da decisão judicial, cf. Diego Werneck Arguelles e Fernando Leal, Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações, In: Daniel Sarmiento (coord.), *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, pp. 171-211.

⁷⁰ Dworkin, *Law's Empire*, p. 229.

⁷¹ Antes disso é possível também discutir se as pretensões de Hércules são em si justificáveis. Sobre essa e outras críticas, assim como as respostas sugeridas por Dworkin v. Ronald Dworkin, *Justice in Robes*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 55ss.

1.1.2.2 Heurísticas, vieses e racionalidade limitada

A resposta de que Hércules é o único julgador capaz de identificar respostas corretas para casos difíceis porque ele é Hércules pode parecer ainda insuficiente diante de sua evidente circularidade. Hércules é o pressuposto de uma teoria da decisão cuja idealidade se sustenta exatamente sobre a impossibilidade de equiparação entre ele e juízes reais. Para que se ateste, então, o caráter subideal dos processos reais de decisão é preciso que se identifiquem as propriedades que separam nossa racionalidade da possível racionalidade de um titã. Em outras palavras, deve-se justificar por que não podemos ser Hércules.

As principais virtudes de Hércules poderiam ser resumidas em suas plenas capacidades epistêmicas, que neste trabalho são definidas em um sentido amplo, ao abrangerem as capacidades de apreensão de informações, processamento de informações e de julgamento imparcial. Essas são pré-condições decisivas para o funcionamento adequado do modelo de coerência proposto por Dworkin. Diferenciar-nos de Hércules depende, assim, de uma análise mais próxima do funcionamento da racionalidade humana e da possibilidade de aproximação do nosso modo de pensar com as habilidades computacionais do titã. Assim como foi feito ao descrevermos o modelo dworkiniano de tomada de decisão, o foco deste tópico estará no *procedimento* de tomada de decisão. Isso significa que nos preocupamos essencialmente com a dimensão *prática* da racionalidade⁷². O objetivo de analisar como pessoas *de fato* tomam decisões – e não em cenários contrafactuais caracterizados por condições ideais de obtenção e processamento de informações – não é sugerir elementos para o desenvolvimento de um modelo

⁷² Essa associação não é necessária e tampouco é aceita de forma unânime por filósofos. Embora autores como Kant identifiquem racionalidade como razão prática (em favor dessa leitura Onora O’Neill, Kant: Rationality as Practical Reason, in: Alfred R. Mele e Piers Rawling (Org.). *The Oxford Handbook of Rationality*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 93-109), para outros a racionalidade teórica, vinculada à formação de crenças e expectativas desvinculadas de um contexto decisório específico, e a racionalidade prática, vinculada com nossas escolhas, panos e decisões, conectam-se pelo menos no plano da existência de razões práticas para se raciocinar teoricamente (V. Gilbert Harman, Practical Aspects of Theoretical Reasoning, in: Alfred R. Mele e Piers Rawling (Org.). *The Oxford Handbook of Rationality*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 45-56, p. 49s.). Para uma discussão sobre o assunto cf. tb. Piers Rawling e David McNaughton, Practical Aspects of Theoretical Reasoning, in: Alfred R. Mele e Piers Rawling (Org.). *The Oxford Handbook of Rationality*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 45-56. Ademais, no âmbito da própria racionalidade prática deixam-se identificar diferentes concepções. As mais importantes concepções de racionalidade prática são a aristotélica (que se orienta num conceito local de “boa vida”), a hobbesiana (o modelo da racionalidade de fins) e a kantiana (cuja ideia principal é a de universalização). Sobre o assunto cf. Robert Alexy. Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft, in: *ARSP*, Beih. 51 (1993), p. 12ss.

único capaz de explicar como pessoas reais decidem e prever como elas decidirão sob certas circunstâncias, mas apenas fornecer aportes pragmáticos capazes de contribuir para a calibragem – ou mesmo o abandono – de modelos ideais.⁷³

Um dos mais poderosos ataques desferidos contra modelos ideais de racionalidade foi feito por Herbert Simon contra a capacidade de o *homo economicus* pressuposto pela economia clássica ser uma base apropriada para a construção de modelos descritivos ou normativos do comportamento humano. Por meio da expressão “racionalidade limitada”, Simon pretendia sintetizar o *insight* de que pessoas se servem de mecanismos simplificadores ou “atalhos” quando tomam decisões que frequentemente resultam em escolhas que não maximizam as suas utilidades individuais.⁷⁴ O ponto de Simon é que as potencialidades da teoria econômica reduzem-se drasticamente quando se pensa em organismos reais que precisam tomar decisões em certos ambientes. Nas palavras de Luhmann, “[e]le estabelece que o modelo de decisão do agir econômico otimizador sobestima as capacidades humanas a considerações racionais e é, por isso, irrealista, ou seja, não verificável empiricamente”.⁷⁵

Pessoas comuns estão rodeadas por constrangimentos internos (físicos e psíquicos) e externos (frutos da interação com o ambiente e com outros seres) que interferem nos seus processos decisórios. Alguns elas podem controlar (*i.e.* otimizar), outros não.⁷⁶ Algumas características físicas (como mortalidade) já são suficientes para justificar por que o tempo é, por exemplo, necessariamente um recurso escasso e por que vencer distâncias e barreiras físicas pode ser um processo bastante custoso. Essas limitações criam uma dimensão de *incerteza* inafastável em qualquer processo de tomada de decisão, já que a obtenção de qualquer informação, ao menos no curto prazo, torna-se necessariamente custosa. O problema da incerteza já seria, assim, um argumento forte contra a onipotência de um juiz real. Mas, ao lado dela, há ainda limitações próprias do modo humano de entender e usar as informações disponíveis. Há, em outras palavras,

⁷³ No mesmo sentido para reforçar as limitações da teoria da escolha racional para fornecer um modelo suficiente de comportamento no qual políticas jurídicas poderiam se orientar, cf. Russell B. Korobkin e Thomas Ulen, Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, in: *University of Illinois Law and Economics Research Papers Series*, research paper nr. 01, sep. 2000, pp. 1-103. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=229937. Acesso em 10/07/2012, p. 25s.

⁷⁴ *Id.*, p. 26.

⁷⁵ Niklas Luhmann. *Zweckbegriff und Systemrationalität: über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1973, p. 114.

⁷⁶ Herbert Simon, A Behavioral Model of Rational Choice, in: *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, nr. 1 (Feb. 1955), pp. 99-118, p. 101.

uma limitação associada à capacidade de processamento dessas informações, que é conhecida como o problema da racionalidade limitada.⁷⁷ Se este argumento é de se levar a sério, então é possível dizer que, por definição, “juízes, como outros tomadores de decisão, nunca são completamente racionais”.⁷⁸ A análise de tal problema constitui o foco deste tópico.

No âmbito das limitações que afetam diretamente a racionalidade teórica (ou seja, aquela que se vincula à formação das crenças e expectativas) é possível sublinhar nossas inclinações naturais à conservação e à simplicidade.⁷⁹ Isso significa que a formação das nossas convicções, elementos importantes em qualquer procedimento prático (*i.e.* de tomada de decisões), tende constantemente a manter nossas primeiras impressões a respeito de um problema e a favorecer as hipóteses mais simples para descrever e/ou explicar fenômenos. Ao lado delas seria possível ainda adicionar nossas inclinações a generalizações, ou seja, à tendência a classificar singularidades em categoriais mais amplas. Tais tendências, parece óbvio, facilitam a formação de crenças e expectativas em ambientes complexos. Os vieses indutivos, que nos permitem criar explicações gerais a partir de casos singulares, são, por exemplo, consequências da simplicidade.⁸⁰ No entanto, nem sempre essas inclinações possibilitarão a formação dos melhores juízos a respeito de um dado fenômeno. A tendência ao conservadorismo impõe maiores custos para a revisão de impressões iniciais; a tendência à simplicidade pode rechaçar modelos mais adequados de descrição ou explicação de fenômenos; a tendência a generalizações pode conduzir a um tratamento inadequado de um caso de exceção.

⁷⁷ Adrian Vermeule, *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2006, p. 155.

⁷⁸ Id. Segue o autor: “Like other decisionmakers, they are prey to cognitive failings, including the use of heuristics that misfire in particular cases, producing cognitive biases”.

⁷⁹ Gilbert Harman, *Practical Aspects of Theoretical Reasoning*, p. 50ss. O autor ainda faz referência a exigências de coerência formal e material, que não serão analisadas por ser discutível se elas não seriam, em vez de vieses, formas de expressão de racionalidade. Nessa perspectiva, cf. Robert Alexy, Coherence and argumentation or the genuine twin criterialess super criterion. In: Aulis Aarnio, Robert Alexy, Aleksander Peczenik, Wlodek Rabinowicz, Jan Wolenski, (Ed.). *On Coherence Theory of Law*. Lund: Juristförlaget i Lund, 1998, pp. 41-49. Ademais ainda é possível entender coerência como “meta-theoretical value”, no qual se orienta a comunicação efetiva de argumentos de uma teoria. Nesse sentido cf. Julie Dickson. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2001, p. 32s. Por outro lado, a coerência pode ser vista como viés quando se enfatiza a inclinação humana a sempre buscar uma unidade para dados isolados, ainda que eles realmente não sejam entre si compatíveis.

⁸⁰ Gilbert Harman, *Practical Aspects of Theoretical Reasoning*, p. 52.

No plano dos processos humanos de solução de problemas, estudos empíricos⁸¹ revelam que eles são guiados por certos princípios que estão em direta dissonância com a racionalidade pressuposta por modelos ideais de tomadores de decisão. O principal desses princípios é o da seletividade, de acordo com o qual a solução de problemas desenvolve-se mediante a seleção de conjuntos menores de alternativas de decisão em espaços de amplas possibilidades.⁸² Efeitos da seletividade são, de um lado, a impossibilidade de consideração de todas as *alternativas* possíveis de decisão para problemas complexos e, de outro, a impossibilidade de determinar, em certas situações, as *consequências* vinculadas a cada uma das possíveis alternativas decisórias.⁸³ O pressuposto por trás dessa heurística é, com outras palavras, o de que é difícil em certos casos tomar certas decisões porque, ou é excessivamente custoso identificar todos os caminhos possíveis de ação, ou porque as consequências de caminhos conhecidos são demasiadamente incertas. Nesses casos, as possíveis respostas para o problema serão sempre um subconjunto do conjunto composto por todas as opções idealmente consideradas.

Esse subconjunto é formado, nessas situações em que a tomada de decisão exige muitos esforços, a partir da aplicação de critérios de relevância, que estão estritamente vinculados à aplicação de certas regras de experiência (*rules of thumb*) chamadas *heurísticas*.⁸⁴ O objetivo dessas regras é permitir que a tomada de decisão seja feita sem um gasto excessivo de recursos como tempo, levando os esforços necessários para a tomada de decisão nessas situações complexas a níveis administráveis. Nas palavras de Simon: “The selectivity, based on rules of thumb or heuristics, allows such searches frequently to reach success in a reasonable length of time, where an undirected, trial-and-error search would require an enormous time, and often could not be completed in human lifetime”.⁸⁵ Como se percebe, as heurísticas desempenham um papel fundamental em contextos de incerteza, nos quais a obtenção de dados para a tomada de

⁸¹ Cf. especialmente as análises levadas adiante em Daniel Kahneman, Paul Slovic e Amos Tversky, *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

⁸² Herbert Simon. Scientific discovery as problem solving, in: Massimo Egidi e Robin Marris (Org.). *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*. Glos/Massachussets: Edward Elgar, 1992, pp. 102-119, p. 108 e Herbert Simon. Thinking by Computers, in: Massimo Egidi e Robin Marris (Org.). *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*. Glos/Massachussets: Edward Elgar, 1992, pp. 55-75, p. 65s.

⁸³ Sobre complexidade e ambiguidade das consequências como aspectos de procedimentos decisórios que levam a escolhas subótimas, cf. Korobkin e Ulen, *Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, p. 28.

⁸⁴ Korobkin e Ulen, *Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, p. 28.

⁸⁵ Id.

decisão é altamente custoso. Elas são, por assim dizer, esquemas mentais redutores de complexidade, por meio dos quais os resultados de eventos incertos podem ser estimados a menores custos. Seus objetivos principais são “abreviar operações mentais e simplificar caminhos de solução”.⁸⁶

Um exemplo de regra tradicional de heurística é determinar a distância de um objeto em função da sua claridade. Para pessoas comuns é geralmente crível que quanto mais brilhante seja um objeto (uma estrela, por exemplo), mas próximo ele está.⁸⁷ Assim, alguém pode comparar mais facilmente a distância entre um ponto e outros dois objetos, em vez de se engajar sempre em cálculos complexos. Para a grande parte dos casos, a simples aplicação da regra permitirá que o investigador chegue ao mesmo resultado ao qual ele chegaria se tivesse realizado um exame minucioso das circunstâncias. Para outros, contudo, a aplicação da regra levará o investigador a erro. As patologias tradicionais relacionadas à aplicação de regras (por exemplo, sobreinclusão e subinclusão) justificam, por um lado, a permanente possibilidade de erro na aplicação de heurísticas, representadas por regras de experiência. Por outro, uma das principais razões para erros sistemáticos no uso de heurísticas é a presença de *vieses* de percepção por elas criados nos procedimentos de aplicação dessas regras. Dessa forma, tanto as tendências gerais à conservação, simplicidade e generalidade, como as inclinações específicas no trabalho com certas heurísticas⁸⁸ contribuem ainda mais para a limitação necessária da racionalidade humana.

Além da seletividade, a solução de problemas deixa-se guiar também por princípios que espelham ordens de prioridade entre as próprias regras heurísticas. No plano dessas heurísticas de segunda ordem, vale o princípio da subsidiariedade dos métodos mais gerais, de acordo com o qual as heurísticas relacionadas a um determinado campo preferem às heurísticas mais gerais, mais úteis na exploração de novos territórios⁸⁹. Ademais, no plano estrutural, é possível dizer que a teleologia é uma heurística fundamental em comparação com outras formas de concepção de

⁸⁶ Wolfgang Fikentscher. *Juristische Heuristik?*, in: *Festschrift für C.W. Canaris*. München: Beck, 2007, pp. 1091-1106, p. 1092.

⁸⁷ O exemplo é de Kahneman e Tversky, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, p. 3.

⁸⁸ Sobre, por exemplo, problemas tradicionais relacionados à aplicação de heurísticas empregadas para definir probabilidades e prever valores (*i.e.* Representatividade, disponibilidade de instâncias ou cenários e ajustamento a partir de uma âncora) cf. Kahneman e Tversky, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, cap. 1 e Korobkin e Ulen, *Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, p. 38ss.

⁸⁹ Herbert Simon, *Scientific discovery as problem solving*, p. 108.

problemas. De acordo com essa heurística, a racionalidade humana tende a reconstruir problemas de decisão como análises meio-fim e, por isso, serve-se de uma racionalidade instrumental para justificar a opção por certas alternativas de solução⁹⁰. Em alguns contextos, o recurso a essa heurística pode ser útil. Em outros, sua aplicação pode trazer mais incerteza para o procedimento decisório, já que ela introduz no problema questões típicas relacionadas à tomada de decisão prospectiva, como determinação de probabilidades, identificação das consequências para cada alternativa de decisão e eleição de um critério para a valoração das consequências.

Ao lado da seletividade, da subsidiariedade dos métodos gerais e do uso de análises meio-fim, um quarto princípio fundamental de solução de problemas no âmbito da racionalidade humana é a heurística de reconhecimento. De acordo com Simon, cada comportamento é guardado em nossas memórias sob a forma de produtos aos quais certas condições estão relacionadas. Assim, quando alguém está diante de um problema de decisão, especialmente um experto, a tendência natural é tentar identificar semelhanças entre o caso atual e outros casos pretéritos. Em outras palavras, o princípio do reconhecimento deixa-se orientar pela busca de pistas que leve o tomador de decisão a uma situação já conhecida⁹¹.

Ainda no âmbito das heurísticas fundamentais de organização do pensamento para a tomada de decisões, podemos citar as heurísticas de planejamento, de fracionamento e as heurísticas satisfatórias. A primeira regra prevê a omissão de certos detalhes do problema por meio da abstração de suas propriedades fundamentais e a consequente aplicação da solução encontrada *in abstracto* como guia para a solução do caso concreto.⁹² A regra de fracionamento sugere a divisão de um problema em subproblemas, visando a facilitar a solução da questão maior.⁹³ Finalmente, para as situações caracterizadas pelo elevado número de soluções possíveis e pela inexistência de um mecanismo de maximização disponível, os processos humanos de tomada de decisão diante de situações complexas costumam recorrer a heurísticas satisfatórias. De acordo com essas regras, o tomador de decisão rejeita de antemão a busca pela melhor solução possível e se satisfaz com uma solução “boa o suficiente” de acordo com um dado

⁹⁰ Id, p. 108s. e Herbert Simon, *Thinking by Computers*, p. 67s.

⁹¹ Herbert Simon, *Scientific discovery as problem solving*, p. 109.

⁹² Herbert Simon, *Thinking by Computers*, p. 68.

⁹³ Id.

critério⁹⁴. Nesses casos, um conjunto pequeno de alternativas de decisão é aleatoriamente selecionado e uma solução para o problema é escolhida em função da inexistência de uma outra estritamente melhor nesse mesmo conjunto. A *possível* existência de outras soluções melhores não frustra o tomador de decisão, já que o papel decisivo das heurísticas satisfatórias é promover, antes da decisão, ajustes nas suas expectativas.

É de se destacar que, em um ambiente de limitações epistêmicas, o uso de heurísticas *qua* regras que visam a simplificar processos custosos de tomada de decisão num mundo subideal é inevitável. Por isso o raciocínio jurídico acaba também necessariamente se servindo de alguns desses simplificadores de decisão, que, por sua vez, levam a vieses cognitivos comuns em tomadores de decisão.⁹⁵ Nesse sentido devem ser relativizadas observações como a de Fikentscher, para quem o direito “não é o adequado mundo da vida para a heurística”.⁹⁶ Se heurísticas são entendidas como as portas para a introdução de uma racionalidade puramente tópica no direito⁹⁷, como ele o faz, então a afirmação é verdadeira. A base para tal afirmativa é a equiparação do pensamento heurístico à sua forma clássica, “definida pela diferenciação entre pensamento lógico e sistemático, por um lado, e ilógico, não-sistemático e diretamente concreto, de outro”. Nesse contexto, “o último é considerado heurística”.⁹⁸ Contudo, como visto, heurísticas são aqui apresentadas como regras de redução de complexidade aplicáveis em qualquer contexto de solução de problemas, o que não necessariamente implica um método de investigação orientado para o caso e tampouco as torna incompatíveis com a aplicação das regras contidas no sistema jurídico e a dimensão lógica da justificação das decisões judiciais. Pensar que heurísticas são desnecessárias ou mesmo ontologicamente incompatíveis com o raciocínio jurídico é pressupor ou que as decisões jurídicas não podem ser problemáticas por razões epistêmicas, ou que os problemas epistêmicos relacionados à tomada de decisão jurídica podem ser solucionados pelas próprias regras do sistema jurídico. Ambos os pressupostos são evidentemente falsos. Observações como a de Fikentscher são úteis simplesmente porque

⁹⁴ Id. p. 69s. V. também Paul Brest e Linda Hamilton Krieger. Lawyers as Problem Solvers, in: *Temple Law Review*, vol. 72, 1999, p. 811-832, p. 818.

⁹⁵ Vermeule, *Judging under uncertainty*, p. 155.

⁹⁶ Fikentscher, *Juristische Heuristik?*, p. 1105, que afirma: “Para o direito a utilidade da heurística é limitada porque decisões jurídicas e seus fundamentos devem ser compreensíveis e verificáveis. Declarações heurísticas não podem ser escritas argumentativamente e julgamentos encontrados heurísticamente não podem ser justificadamente criticados.

⁹⁷ Fikentscher, *Juristische Heuristik?*, p. 1101, 1105.

⁹⁸ Id. p. 1094.

esclarecem que a manutenção da autonomia do direito depende também do desenvolvimento das suas próprias heurísticas, ou seja, das suas regras de solução de problemas epistêmicos. Essas regras devem ser concebidas nos limites do sistema jurídico e devem estar de acordo com os pressupostos mais gerais do pensamento jurídico. Dessa forma é possível tanto compatibilizar heurísticas com o direito, como manter a função subsidiária das heurísticas mais gerais, o que evitaria que o raciocínio jurídico fosse reduzido, como defende Fikentscher, a uma pura tópica. É nesse contexto que se justifica a existência e a função, como se verá, dos ônus de argumentação como elementos do sistema jurídico.

Todos esses elementos contribuem para a formação de uma figura da racionalidade humana bem diferente da pressuposta por Dworkin em seu juiz Hércules e outros modelos ideais de tomada de decisão. Ao contrário do que esses modelos prescrevem, os processos humanos de tomada de decisão são limitados não apenas pelo tempo para obter informações detalhadas, pelas distâncias, nossas condições fisiológicas e contingências físicas, mas também pelo modo como o raciocínio humano se desenvolve. Resolver problemas complexos envolve necessariamente heurísticas e vieses que limitam também nossas capacidades de processamento de informações e de julgamento imparcial. Dessa forma, juízos tomados sob a consideração de todas as circunstâncias (*all things considered*) completamente neutros, como os pressupostos por Hércules e outros modelos de decisão, são absolutamente excluídos em *quaisquer* contextos reais de decisão. As limitações de racionalidade, parece claro, não estão restritas às decisões diárias de pessoas comuns, mas também deixam-se identificar no pensamento científico. Nas palavras de Boudon, “for it is clear that although scientific thinking is obviously more controlled than everyday thinking, a scientific procedure always contains (...) invisible implicit steps beside its official controlled steps. These implicit assumptions are always present. In most cases they are both unconscious and harmless. In other cases they lead to false beliefs”.⁹⁹ Por esse motivo, parece difícil usar modelos ideais como referenciais normativos de procedimentos reais de decisão (no sentido de que eles devem ser assim), a menos que por “ideal regulativo” entenda-se “ideal aproximativo”. Nessa hipótese, a grande utilidade de figuras como Hércules limita-se, no máximo, a orientar a construção de novos modelos ou o desenvolvimento de novas heurísticas

⁹⁹ Raymond Boudon. Subjective rationality and the explanation of social behaviour, in: Massimo Egidi e Robin Marris (Org.). *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*. Glos/Massachussets: Edward Elgar, 1992, pp. 123-147, p. 144.

capazes de reduzir ou corrigir os vieses e ajustar as regras existentes aos casos excepcionais. Mas elas não devem servir de base para se aspirar a eliminação da incerteza e do erro do sistema jurídico, mas, no máximo, para mantê-los sob controle crítico.

1.1.2.3 Discursos reais e ideais

O problema da incerteza e o conceito de racionalidade limitada justificam por que modelos de julgadores ideais devem ser vistos com cuidado quando se pretende apresentar uma descrição ou uma proposta normativa adequada para os processos humanos de tomada de decisão em geral e de decisão jurídica, em particular. Ademais, os mesmos argumentos podem ser úteis também para questionar a importância de modelos *deliberativos* ideais, que poderiam servir de referência para a construção de teorias da argumentação jurídica que levantassem a pretensão de orientar atores reais.

Os principais modelos procedimentais de deliberação são os modelos contratualista e discursivo. O primeiro modelo orienta-se em um procedimento de ação¹⁰⁰ sustentado sobre uma racionalidade teleológica. De acordo com Kraus “contractarian theories can be versions of either political or moral contractualism”.¹⁰¹ O ponto de interseção entre ambas é a referência permanente a uma pergunta, cuja formulação depende do tipo de categoria em que as teorias podem ser classificadas¹⁰². Para teorias com pretensões *analíticas*, o foco é a compreensão das exigências políticas de legitimidade que certa sociedade pressupõe (contratualismo político analítico) ou da escolha de certos princípios morais (contratualismo moral analítico). Por sua vez, versões *normativas* objetivam definir o que deve ser feito para que determinado objetivo seja alcançado, como a escolha justificada de um governo legítimo¹⁰³ (contratualismo político normativo) ou dos princípios fundamentais de justiça que devem reger a sociedade¹⁰⁴ (contratualismo moral normativo). Para justificar a resposta para essas questões, teorias

¹⁰⁰ Alexy, *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*, p. 14.

¹⁰¹ Jody Kraus, *The Limits of Hobbesian Contractualism*. New York/Cambridge/Oakleigh: Cambridge University Press, 1993, p. 2.

¹⁰² Id. p. 2s.

¹⁰³ Essa é a preocupação principal de autores como Hobbes, Locke e Rousseau.

¹⁰⁴ Rawls é o principal nome nesse contexto.

contratualistas partem da colocação de um grupo de indivíduos em cenários hipotéticos¹⁰⁵, como o “estado de natureza” ou a “posição original”. Nesses ambientes, são caracterizados os atores com base em certas propriedades, que geralmente os distanciam de indivíduos comuns, como o gozo pleno da liberdade ou o pleno desconhecimento sobre as suas posições e a dos outros (por ex. a pressuposição de um véu da ignorância na posição original¹⁰⁶). O objetivo dessas teorias é entender ou justificar as melhores escolhas em cenários reais a partir da comparação com as ações que seriam implementadas para resolver problemas nos cenários hipotéticos.¹⁰⁷

Por sua vez, a teoria do discurso pode ser considerada como o principal modelo normativo de um *procedimento de argumentação*. De acordo com Alexy “[o] conceito central da teoria do discurso é o conceito de juízo racional”.¹⁰⁸ Decisivo para esse modelo é, assim, a *justificação* de julgamentos, campo no qual os ônus de argumentação desempenham um papel fundamental. Por esse motivo, a teoria do discurso interessa aqui especialmente.

Como modelo procedimental de correção, quando preenchidos os pressupostos do procedimento deliberativo, devem ser aceitos os seus resultados.¹⁰⁹ Isso significa que os pressupostos do discurso são condições necessárias para a correção de qualquer norma ou para a verdade de qualquer declaração. Dessa forma, a racionalidade do procedimento depende fundamentalmente da observância das regras que estruturam o procedimento, o que pressupõe a satisfação das referidas condições. Nesse cenário, a análise das potencialidades de qualquer modelo deliberativo para orientar procedimentos argumentativos reais depende da possibilidade empírica de satisfação das suas condições de funcionamento adequado, o que nem sempre será possível (essa observação, claro, também vale para as teorias contratualistas). Tal impossibilidade decorre essencialmente do fato de que os modelos discursivos partem de certas condições de deliberação consideradas *contrafactuais*. Esse é o ponto de partida para a diferenciação entre um plano ideal e um real do discurso.

De acordo com a concepção de Robert Alexy, o discurso prático ideal “ é definido pela busca de uma resposta para uma questão prática sob as condições de tempo ilimitado,

¹⁰⁵ Kraus, *The Limits of Hobbesian Contractualism*, p. 4ss.

¹⁰⁶ John Rawls. *A Theory of Justice*. Revised Ed. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 17.

¹⁰⁷ Kraus, *The Limits of Hobbesian Contractualism*, p. 11ss.

¹⁰⁸ Alexy, *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*, p. 14.

¹⁰⁹ Alexy, Probleme der Diskurstheorie, in: do mesmo, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main, 1995, pp. 109-126, p. 109s.

participação ilimitada e completa ausência de coerção na direção da produção de completa clareza lingüístico-conceitual, completa informação empírica, completa capacidade e disposição para a troca de papéis e completa imparcialidade¹¹⁰. Exigências parecidas são pressupostas por Habermas quando ele apresenta a máxima de universalização (Universalisierungsgrundsatz¹¹¹, regra formal de argumentação¹¹², na qual se orienta a validade de juízos práticos morais) e a situação ideal de fala.¹¹³

O caráter ideal da referida concepção de discurso é evidente. Ele se deixa esclarecer por meio dos seus pressupostos, incompatíveis com as limitações cognitivas da nossa racionalidade e com a escassez de recursos como o tempo. Nesse sentido, as críticas dirigidas ao Hércules de Dworkin são também aplicáveis aos indivíduos que deliberam em um discurso ideal. Diante da impossibilidade absoluta de implementação de um discurso desse tipo, as principais objeções contra a relevância prática da teoria do discurso podem ser resumidas nos problemas da construção e do critério¹¹⁴.

O problema da construção resulta do fato de que o discurso ideal é construído independentemente de pessoas e ambientes de fato existentes.¹¹⁵ Em consequência, os pressupostos da teoria, como já citado, jamais poderão ser completamente preenchidos. Essa constatação implica relevantes consequências práticas. A mais fundamental delas conduz-nos ao

¹¹⁰ Alexy, *Probleme der Diskurstheorie*, p. 113.

¹¹¹ Jürgen Habermas, *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in: do mesmo, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983, pp. 53-125, p. 75ss. De acordo com o princípio da universalização, a validade de uma norma depende fundamentalmente da consideração dos interesses dos possíveis afetados. Essa é maneira de se garantir imparcialidade e tratamento igual na formulação de normas. A possibilidade de satisfação desses pressupostos exprime-se por meio da assunção da perspectiva de todos os outros. Dessa forma, “[a] máxima da universalização (Universalisierungsgrundsatz) deve obrigar cada um a uma troca universal de papéis (...) Assim deve cada norma válida satisfazer a condição de que as consequências e efeitos colaterais, que (presumivelmente) decorrem respectivamente da sua observância *geral* para a satisfação dos interesses de *cada um*, podem ser aceitos (e os efeitos das possibilidades alternativas conhecidas de regulação preferidos) por *todos* os afetados.” (id. p. 75s.).

¹¹² Id. p. 76.

¹¹³ Cf. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 155ss.

¹¹⁴ Os termos são empregados por Alexy em *Probleme der Diskurstheorie*, p. 113ss. Ao lado dos problemas da construção e do critério, Alexy adiciona ainda os problemas do consenso e da correção como os mais importantes problemas da teoria do discurso. O primeiro está relacionado à pergunta sobre se um discurso ideal conduz a um consenso em cada questão (p. 114). O segundo trata especialmente da possibilidade de compatibilizar o conceito de correção (de caráter objetivo) pressuposto pela teoria do discurso com os conceitos de discurso e consenso (de natureza subjetiva) e da possível existência de uma única resposta correta para cada pergunta prática (p. 118ss.). Ambos os problemas consistem em objeções internas ou estruturais à teoria do discurso. Por esse motivo não serão aprofundadas neste trabalho, que se concentra nas objeções externas e práticas contra o caráter ideal da teoria do discurso.

¹¹⁵ Alexy, *Probleme der Diskurstheorie*, p. 113.

problema do critério. Ele trata da importância dos possíveis resultados dos discursos reais para a análise crítica de discursos reais. Em outras palavras, discute-se a possibilidade de o discurso ideal ser usado como critério útil de correção.¹¹⁶ As razões contrárias são muitas e incluem até mesmo problemas estruturais, como a aplicação monológica da teoria do discurso como critério de correção e a impossibilidade, mesmo sob condições ideais, de emergir um consenso em cada questão prática. Do ponto de vista estritamente prático, contudo, coloca-se a pergunta a respeito da utilidade de comparar resultados reais com resultados hipotéticos inalcançáveis. Para Alexy, a resposta é “(...) um preenchimento aproximado. Um resultado que preenche as exigências do procedimento apenas de modo aproximado é necessariamente um resultado incerto. Como já explicado, porém, não se segue da incerteza a inépcia”.¹¹⁷ O que essa fórmula pode significar será discutido adiante.¹¹⁸ No momento é suficiente saber que a realidade e especialmente a racionalidade humana impõem sérios limites à relevância de modelos de justificação de decisões práticas que se sustentam sobre figuras ideais, como o Hércules de Dworkin, ou procedimentos ideais, como a teoria do discurso. Por essas razões, a resposta para questões práticas em nosso mundo pode ocorrer apenas no âmbito de um discurso real, que se desenvolve “sob as condições de tempo limitado, participação limitada e limitada ausência de coerção com limitada clareza linguístico-conceitual, informação empírica limitada, capacidade limitada para o câmbio de papéis e imparcialidade limitada”¹¹⁹. Essas são condições que não podem ser simplesmente desconsideradas em situações reais de tomada de decisão. Elas afetam, por isso, necessariamente os procedimentos jurídicos decisórios.

1.2 Os limites intrínsecos do raciocínio jurídico

Os argumentos da sessão anterior contribuíram para mostrar que a impossibilidade de trabalho com ambientes ideais de decisão encontra os seus primeiros e mais fundamentais limites fora das fronteiras do direito. Mas isso não significa que se possa negligenciar as limitações

¹¹⁶ Id. p. 116s.

¹¹⁷ Id. p. 117. Grifo acrescido.

¹¹⁸ Cf. B, II, 1 e C, I, 1.

¹¹⁹ Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 157.

próprias do raciocínio jurídico, que também devem moldar qualquer visão minimamente realista do sistema jurídico e dos processos jurídicos reais de tomada de decisão. Para investigar essas limitações, serão analisadas duas visões, a saber a tese do caso especial, de Robert Alexy, e a tese de que o direito é um domínio limitado, de Frederick Schauer. Os objetivos desta parte da investigação são (i) mostrar que os procedimentos decisórios que acontecem no âmbito do direito são mais limitados em comparação a outros ambientes decisórios (notadamente a moral) e (ii) identificar quais são as principais limitações especificamente jurídicas do raciocínio jurídico (especialmente do raciocínio judicial). A preocupação principal é, como já anunciado, com as limitações que afetam as capacidades epistêmicas dos tomadores de decisão.

1.2.1 A tese do caso especial

Compreender a teoria da argumentação de Robert Alexy pressupõe compreender que o seu conceito de direito inclui tanto uma dimensão ideal como uma dimensão real ou autoritativa. Essas dimensões compõem o coração de sua concepção de acordo com a qual o direito contém uma dupla-natureza.¹²⁰ Mostrar e fundamentar os pontos de contato entre esses dois universos não é uma tarefa simples. A tentativa mais expressiva de fazê-lo se dá por meio da tese do caso especial.

Segundo a tese do caso especial, o discurso jurídico e o discurso prático geral estão em relação de complementaridade. De fato, o discurso jurídico, com suas regras e limitações próprias, é funcionalmente¹²¹ necessário para lidar com as limitações do discurso prático geral. A primeira dessas limitações decorre da impossibilidade de implementação fática do discurso prático geral. Já que o discurso real, como vimos, é uma mera aproximação do discurso prático geral, é, em princípio, possível discutir indefinidamente a validade universal de uma norma. Ademais se deixam adicionar aos problemas vinculados a limitações epistêmicas (*i.e.* de assimilação, processamento de informações e julgamento imparcial) questões de caráter

¹²⁰ Cf. Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 151-166 e Robert Alexy, *On the Concept and the Nature of Law*, in *Ratio Juris* v. 21, nr. 3, Sep. 2008, pp. 281-299.

¹²¹ Klaus Günther, *Critical Remarks on Robert Alexy's "Special Case Thesis"*, in: *Ratio Juris*, vol. 6, nr. 2, Jul. 1993, pp. 143-156, p. 144ss.

estrutural. A primeira dessas dificuldades consiste na possibilidade de o domínio do discursivamente possível (*i.e.* o que não é discursivamente impossível ou necessário) admitir mais de um resultado correto sem que isso implique uma violação das regras do discurso. Por essa razão, muitas perguntas práticas podem até mesmo ter respostas contraditórias (ou seja, A e não-A) como resultados de deliberações, o que traz uma inevitável insegurança para os participantes do discurso. Essa impossibilidade de controle da abertura dos resultados deixa-se reconhecer como o problema do conhecimento (Erkenntnisproblem)¹²². Além dele, o discurso jurídico sofre com uma segunda dificuldade. Ela está relacionada a um problema de implementação ou problema de observância (Befolgungsproblem¹²³), já que um conhecimento obtido em um discurso não necessariamente objetiva a realização da ação correspondente.¹²⁴ Parece claro que as referidas dificuldades trazem mais problemas do que soluções para procedimentos reais de argumentação e de decisão.

Para Alexy, a solução para as patologias de incerteza e de efetividade do discurso prático geral é a institucionalização. É, assim, por meio da institucionalização que o discurso jurídico é capaz de permitir que decisões únicas sejam tomadas e que essas sejam implementadas. O discurso jurídico institucionalizado é, por isso, decisivo para superar as deficiências do discurso prático geral. Mas a relação de complementaridade entre o discurso jurídico e o discurso prático geral não se justifica apenas por razões instrumentais. O discurso jurídico não é apenas um remédio contra as limitações do discurso prático geral. A institucionalização do discurso no domínio do direito é, na verdade, uma condição necessária para a maior realização fática possível da razão prática¹²⁵. “Para a tese do caso especial [diz Alexy] isso significa que o discurso jurídico não representa meramente uma variação especial do discurso prático que é necessário para fechar racionalmente as lacunas do sistema jurídico. Ao contrário ele é em sua estrutura global um elemento necessário para a realização da racionalidade discursiva“.¹²⁶

Esses são os pressupostos fundamentais para uma adequada apresentação da tese do caso especial. Mas o que é por meio dela enunciado exatamente? A tese do caso especial estatui que o

¹²² Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 430.

¹²³ Id.

¹²⁴ Id.

¹²⁵ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 431.

¹²⁶ Id.

discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral¹²⁷. Ela é baseada em três razões. De acordo com Alexy, “[e]la é fundamentada pelo fato de que (1) as discussões jurídicas dizem respeito a questões práticas, ou seja, dizem respeito ao que se deve fazer ou deixar de fazer e que (2) essas questões são discutidas com pretensão de correção. Ela se refere a um caso especial porque a discussão jurídica (3) ocorre sob condições limitadoras do aludido tipo”.¹²⁸

As citadas condições limitadoras constituem o ponto central deste tópico. Muito já se discutiu a respeito da correção da tese do caso especial¹²⁹. Neste momento interessam especialmente as condições constitutivas do discurso jurídico, que, segundo Alexy, diferenciam a argumentação jurídica em relação ao discurso prático geral e a qualquer outro campo de decisão e justificação. Elas são a base para se entender que o plano da decisão jurídica é também intrinsecamente limitado, o que restringe ainda mais as fronteiras epistêmicas dos participantes de processos judiciais.

A necessidade de institucionalização do discurso prático geral é ponto de partida para compreender e identificar, no âmbito da tese do caso especial, essas limitações. Fundamento para isso é que a referida institucionalização do discurso jurídico, que pressupõe o reconhecimento de uma dimensão autoritativa do Direito, é também acompanhada por certas limitações que moldam a racionalidade jurídica. Lidar com os referidos problemas de insegurança e efetividade do discurso prático geral requer a institucionalização de um procedimento legislativo, da definição de regras de um discurso tipicamente jurídico e, por fim, da institucionalização de um discurso judicial¹³⁰. A interação entre esses diferentes níveis de realização ótima do discurso prático geral na realidade e as propriedades típicas de um Estado democrático de Direito são a fonte para a criação de um conjunto de limitações necessárias para o argumentar jurídico, que, no entanto, são indispensáveis para a maior implementação possível da racionalidade prática em processos *reais* de justificação. Essas limitações definem igualmente como a pretensão de correção levantada

¹²⁷ Id., p. 263.

¹²⁸ Id.

¹²⁹ As respostas de Alexy às objeções levantadas por Habermas, Günther, Neuemann, Kaufmann, Tugendhat e outros podem ser vistas no posfácio à *Theorie der juristischen Argumentation*, (pp. 399-435) e no artigo *The Special Casis Thesis*, in: *Ratio Juris* 12 (1999), pp. 374-384.

¹³⁰ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 430s. Para Alexy, esse modelo procedimental em quatro níveis, que inclui os planos (1) do discurso prático geral, (2) do processo legislativo, (3) do discurso jurídico e (4) do processo judicial, não só possibilita a maior realização possível da racionalidade discursiva como também vincula a teoria moral com a teoria do direito. Sobre isso, cf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 499s.

pelo discurso jurídico se diferencia da levantada no discurso prático geral. Porque a decisão jurídica ocorre em um sistema específico de regras e procedimentos preestabelecidos, a racionalidade de juízos normativos no direito significa apenas, “que eles no âmbito da ordem jurídica válida podem ser racionalmente fundamentados”.¹³¹

Com base nessas observações preliminares pode-se dizer que a tomada de decisões práticas no direito exige uma vinculação necessária ao material jurídico válido preexistente. Essa vinculação se expressa, da forma mais geral, pela necessidade de consideração de leis e precedentes e atenção ao sistema de direito trabalhado pela dogmática jurídica¹³². Antes disso, pode-se falar até em um limite intrínseco gerado pela necessidade de se alcançar uma decisão terminativa no processo judicial. Um ponto final na adjudicação é um imperativo funcional do processo judicial e aparentemente exclusivo desse processo.¹³³ Ao lado dessas limitações constitutivas da argumentação jurídica, há ainda limitações típicas do processo judicial, como os limites temporais para a apresentação de argumentos e para a decisão, a orientação das partes em seus próprios interesses e a distribuição assimétrica de papéis no processo penal¹³⁴. Todos esses elementos fixam fronteiras cognitivas ainda mais estritas para o direito. Se é correto que a tomada de decisão jurídica deve se vincular aos resultados de procedimentos anteriores, o juiz e as partes em um processo judicial encontram-se desde o início vinculados a limitações próprias do direito que afetam negativamente suas capacidades de apreensão de informações, de processamento de informações e de julgamento imparcial. As limitações processuais e as heurísticas desenvolvidas pela dogmática jurídica ou derivadas de princípios gerais de direito (como o *in dubio pro reu*) acirram ainda mais aqueles limites, o que engendra um estreito gargalo cognitivo nos processos jurídicos de tomada de decisão. Por conseguinte, o âmbito jurídico pode ser considerado ainda mais limitado do que outros ambientes decisórios reais não limitados pelos referidos elementos estruturais.

¹³¹ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 264.

¹³² Id., p. 261ss., 429s., Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 163.

¹³³ E. W. Thomas, *The Judicial Process*, p. 126.

¹³⁴ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 434.

1.2.2 A hipótese do direito como domínio limitado

As limitações epistêmicas típicas do direito são também objeto da concepção do direito como domínio limitado de Frederick Schauer. No entanto, a hipótese do direito como domínio limitado preocupa-se menos com a identificação das condições constitutivas do raciocínio jurídico e mais com os problemas vinculados a uma suposta abertura da argumentação jurídica a considerações extrajurídicas, como morais ou políticas. Nessas bases, a hipótese do direito como domínio limitado não é defendida como relacionada a uma propriedade necessária do direito. Os debates a respeito do modo como o direito se relaciona (e deve se relacionar) com outros campos de decisão não permitem concluir se o direito é ou deve ser um domínio limitado.¹³⁵ Se a hipótese pode ser considerada (normativa ou descritivamente) pelo menos aceitável é algo que depende de ela ser uma perspectiva preferível a outras em função das suas consequências em ambientes específicos. Isso porque, embora autores como Joseph Raz acreditem que a hipótese do domínio limitado seja, do ponto de vista conceitual, trivialmente verdadeira¹³⁶, para Schauer “[t]he limited domain claim is both empirical and a matter of degree”¹³⁷.

A análise da tese do caso especial de Alexy revelou que o direito confere um papel especial a algumas fontes do direito na argumentação jurídica, como as leis e os precedentes. Porque elas são o resultado normativo das dimensões autoritativa e institucional do direito, elas vinculam o juiz e as partes em qualquer contexto de tomada de decisão. Admitido que isso é correto, coloca-se a questão: em que medida a *interpretação* e a *aplicação* desse material jurídico preexistente não estão abertos à consideração de razões tipicamente morais, políticas ou econômicas? Existe um filtro epistêmico contra a entrada permanente dessas razões na argumentação jurídica? Se a resposta é negativa, outros limites epistêmicos não justificariam a inclusão dessa barreira? Investigar respostas para essas questões é o objetivo da discussão a respeito dos limites do direito.

¹³⁵ Frederick Schauer, *The Limited Domain of the Law*, in: *Virginia Law Review*, vol. 90, 2004, pp. 1909-1956, p. 1910.

¹³⁶ Joseph Raz. *Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons*, in: Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 373-395, p. 379ss. Segundo Raz: “to be a thesis about legal reasoning the limited domain thesis must mean that there are cases of practical reasoning which are not cases of legal reasoning. This is obviously so. (...) The limited domain thesis – all of them – are trivially true” (p. 380).

¹³⁷ Frederick Schauer, *The Limited Domain of the Law*, p. 1915.

O argumento central da tese do domínio limitado é a de que o direito da maior parte dos sistemas avançados impede (pelo menos em alguma medida) a consideração de fatos, dados, métodos e normas sociais válidas ou outras fontes de decisões relevantes em outros campos.¹³⁸ Filtros desse tipo limitam, por exemplo, o uso de argumentos religiosos em questões morais controvertidas, análises teleológicas muito abrangentes ou o recurso constante a modelos matemáticos no argumentar jurídico. Se ela é defensável, então isso implica que o direito possui limites internos não apenas relacionados às fontes autorizadas de decisão, como também à natureza dos argumentos e métodos aplicáveis nos seus processos de justificação.

A tese, contudo, é controversa. Dworkin parece ser o mais eminente defensor de que a hipótese do domínio limitado não descreve adequadamente o desenvolvimento dos processos jurídicos decisórios. Um dos pontos mais importantes do seu “general attack on positivism¹³⁹” é mostrar que as supostas fontes autorizadas de decisão jurídica reconhecidas pela regra de reconhecimento de Hart não são as únicas nas quais a prática dos tribunais se orienta. Mais especificamente, Dworkin pretende mostrar que a concepção do sistema jurídico como um sistema de regras, típica para ele do positivismo jurídico, é inadequada para descrever os tipos de padrões usados pelos juízes na decisão de casos controversos. Segundo Dworkin, a solução desses casos é justificada não no sentido da aplicação de uma regra, mas sim a partir de razões que protegem ou asseguram direitos (princípios) ou argumentos que apelam para a realização de fins sociais, políticos ou econômicos (políticas)¹⁴⁰. Para defender a sua tese, Dworkin recorre a alguns casos que foram decididos não com base na aplicação de uma regra válida conforme a regra de reconhecimento, mas com base naqueles tipos de padrão de decisão. Em alguns desses exemplos decisões *contra legem* são claramente justificadas com base nesses padrões. Isso significa, para ele, que os juízes sentem-se constrangidos não apenas por regras em seus processos decisórios, mas também reconhecem outras fontes como fundamentos jurídicos de seus julgamentos. Mas seria esse ataque contra a concepção hartiana de sistema jurídico como um conjunto de regras primárias e secundárias realmente uma objeção contra a hipótese do domínio limitado?

¹³⁸ Id. p. 1914s. Como consequência vale também o contrário: “Another aspect of the claim that law is a limited domain, although in some tension with the ordinary meaning of the word ‘limited’, is that *law not only makes irrelevant otherwise relevant arguments, but that it also makes relevant otherwise irrelevant ones*. Arguments from precedent may be good examples of this phenomenon (...)” (Id. p. 1915, nota 20)

¹³⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 22.

¹⁴⁰ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 22ss.

A resposta é negativa. Por meio da demonstração de que o sistema jurídico não se compõe apenas por regras, mas que as fontes usadas pelos juízes incluem também argumentos de princípio e de política, Dworkin pretende – além de, posteriormente, oferecer um modelo normativo de decisão jurídica – fundamentalmente mostrar que o positivismo jurídico oferece uma descrição incompleta das fontes de decisão em sistemas jurídicos como o dos EUA. Mas o reconhecimento de que o sistema jurídico não se compõe apenas de regras não implica que qualquer possível *input* decisório deve ser considerado juridicamente relevante. Mesmo entre princípios e políticas há diferenças específicas. Dworkin, por exemplo, afirma que “[t]he rights thesis, in its descriptive aspect, holds that judicial decisions in hard cases are characteristically generated by principle not policy”¹⁴¹. Ademais, como visto¹⁴², Hércules também tende a dar maior importância para argumentos de moralidade do que para argumentos de política, além de reconhecer valor na observância de regras e precedentes. No limite, a própria concepção interpretativista do conceito de direito não exclui a hipótese do domínio limitado. A existência de conexões necessárias entre direito e moral não dilui completamente as fronteiras que separam os dois. Para Dworkin, compreender e identificar o direito são tarefas que não se esgotam pela simples referência a fatos sociais, mas que pressupõem analisá-lo como a melhor expressão dos valores, funções ou objetivos aos quais serve.¹⁴³ Existe, assim, uma relação intrínseca entre investigar o direito e se pensar no valor substantivo de se viver sob o direito. Isso não implica, porém, que o direito não possa ser diferenciado da moralidade política. O direito é, na verdade, uma parte distinta da moralidade política estruturada por princípios específicos relacionados a ideias como a de autoridade, precedente e confiabilidade.¹⁴⁴

A concepção de Dworkin, então, não exclui necessariamente a hipótese do domínio limitado. Ela apenas mostra que o direito não é cognitivamente tão limitado quanto supõe o positivismo jurídico¹⁴⁵. Nessas bases é igualmente possível dizer que Alexy endossa a hipótese do domínio limitado. Contudo, além da divergência quanto à amplitude dos limites (para Alexy,

¹⁴¹ Id., p. 96s.

¹⁴² V. *infra* 2.1.

¹⁴³ Dworkin, *Law's Empire*, p. 52. Para Dworkin esse ponto ou função do direito consiste em justificar o exercício da coerção pelo Estado: “A conception of law must explain how what it takes to be law provides a general justification for the exercise of coercive power by the state”. Id. p. 190.

¹⁴⁴ Essa posição fica clara em Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2011, p. 411, 413.

¹⁴⁵ No mesmo sentido, Schauer, *The Limited Domain of the Law*, p. 1921.

tal qual para Dworkin, mais amplos em função do reconhecimento da normatividade dos princípios¹⁴⁶ e da dependência estrutural do discurso jurídico do discurso prático geral¹⁴⁷), o que a diferencia da perspectiva de Schauer é fundamentalmente sua perspectiva teórica de justificação: ao contrário das bases empíricas da tese schaueriana, a tese do caso especial é uma tentativa de justificação *conceitual* da existência de um filtro no qual se orienta a seleção de argumentos, fatos, normas e métodos nos processos jurídicos decisórios.

Os verdadeiros opositores da tese do domínio limitado são os autores do realismo jurídico, dos *critical legal studies* e certas versões do pragmatismo jurídico¹⁴⁸, nos EUA, e da “Escola do Direito livre” (Freirechtslehre), na Alemanha. O que há de comum nesse grupo é o endosso da tese da abertura larguíssima dos procedimentos jurídicos decisórios para quaisquer razões úteis para a tomada de decisões sob a consideração de todas as circunstâncias¹⁴⁹. Tal ideia deixa-se esclarecer no âmbito da doutrina do direito livre por meio da tese “de que cada julgamento judicial é uma atividade *exhaustiva* cognitivamente conduzida”¹⁵⁰. Os juízes, para tais movimentos, não se deixam limitar apenas pelo material jurídico disponível, que é manejado apenas como mais um dado ou referência, mas tomam (e, para as escolas com propostas normativas, *deveriam* tomar) as suas decisões com base nos mais diversos fundamentos. Por tal motivo, as decisões jurídicas não podem ser explicadas simplesmente a partir da simples subsunção de fatos a regras gerais. De acordo com a famosa frase de Oliver Wendell Homes “[y]ou can give any conclusion a logical form”¹⁵¹. Por isso é ingênuo pensar que a aplicação ordinária de regras é a técnica mais tradicional de tomada de decisão jurídica. As técnicas ditas tradicionais de tomada de decisão têm, na verdade, um peso reduzido¹⁵². Mais importante do que

¹⁴⁶ A teoria dos princípios, que pressupõe a distinção entre princípios e regras de Dworkin, mas que não se deixa reduzir à sua concepção, exerce indiscutivelmente um papel fundamental no pensamento jurídico alexiano. Cf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 71ss.

¹⁴⁷ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 355.

¹⁴⁸ Pelo menos na versão fornecida por Dworkin (bastante criticável) do pragmatismo jurídico, que conjuga antiformalismo, ceticismo, instrumentalismo e ação estratégica. Cf. Dworkin, *Law's Empire*, p. 95, 151ss. Contra essa visão, cf. Richard Posner. *How Judges Think*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2008, p. 13: „It [legal pragmatism] is widely misunderstood to be an ‚anything goes‘ approach to judging, like extreme versions of legal realism. It is not. The pragmatic judge is a *constrained* pragmatist“. Grifo no original.

¹⁴⁹ Schauer, *The Limited Domain of the Law*, p. 1924.

¹⁵⁰ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Auflage. Berlin/Heildeberg/New York/London/Tokyo/Hong Kong/Barcelona/Budapest: Springer, 1991, p. 60. Grifo no original.

¹⁵¹ Oliver Wendell Homes Jr. The Path of the Law, in: *Harvard Law Review*, X, nr. 8, pp. 457-478, p. 466.

¹⁵² Assim Karl Llewellyn. Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound, in: David Kennedy e William W. Fischer III (Org.), *The Canon of American Legal Thought*. Princeton: Princeton University Press, 2006, pp. 141-162, p. 147.

as leis ou os fatos do caso é saber, como disse Jerome Frank, o que o juiz tomou no café da manhã¹⁵³, pois isso pode ter um papel decisivo em sua decisão. Isso significa assumir que o processo de tomada de decisão dos atores jurídicos – notadamente dos juízes – não é substancialmente diferente de outros processos de tomada de decisão.

A perspectiva dessas escolas permite afirmar a falsidade da hipótese do domínio limitado? A resposta é negativa. Contra esses autores é possível levantar três argumentos. Em primeiro lugar, eles diluem a distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação. A principal importância da tese do domínio limitado encontra-se no âmbito da justificação de juízos normativos, e não no processo psicológico de encontro da decisão. De fato, não é possível controlar empírica ou teoricamente com base em que tipo de razões decisões em qualquer âmbito são tomadas. Pode até ser verdadeiro que o café da manhã de um juiz seja decisivo em suas decisões. Mas isso é meramente contingente e essa contingência vale para a consideração *interna* de qualquer tipo de razão. Relevante para a análise do argumentar jurídico é como as decisões dos juízes são *justificadas*. E, nesse caso, a recusa da tese do domínio limitado dependeria da validade das conclusões que os seus adversários extraem para o contexto de descoberta também para o contexto de justificação, o que não é feito.

Em segundo lugar, é preciso destacar que um dos pressupostos centrais de Schauer em favor da hipótese é a defesa do seu caráter gradual e empírico. Nessas bases, a hipótese do domínio limitado pode ainda ser defendida, se se entende que os autores dessas escolas ampliam o rol de fontes de decisão possíveis, mas não em absoluto, porque a prática revela que os juízes têm uma preocupação especial em justificar as suas escolhas na grande maioria dos casos com base no material jurídico preexistente, ainda que seja correto o reclame de que outras razões interferem em seus processos *psicológicos* de decisão. Em favor dessa tese, é preciso aduzir antes de tudo, que a maioria dos casos decididos pelos juízes não podem ser classificados como “casos difíceis”. A excepcionalidade desses casos é um fator decisivo para que se afirme que as fontes tipicamente jurídicas formam uma espécie de filtro cognitivo contra razões relevantes em outros contextos decisórios¹⁵⁴. Mas essa afirmação, tal qual a crítica feita à tese do domínio limitado,

¹⁵³ Embora essa frase seja tradicionalmente atribuída a Frank, paira certa dúvida a respeito. Cf. Schauer, *Thinking like a Lawyer*, p. 129, nota 15.

¹⁵⁴ Schauer, *The Limited Domain of the Law*, p. 1935ss. O autor, contra a tese da abertura das fronteiras do direito, mostra, por exemplo, como *Riggs vs. Palmer* e *Henningsen vs. Bloomfield Motors*, citados por Dworkin contra a

também dependeria de comprovação empírica, embora ela pareça intuitivamente correta¹⁵⁵, o que poderia enfraquecer o presente argumento.

Finalmente, o terceiro argumento sustenta-se sobre a falta de consenso dentro das escolas a respeito de uma abertura absoluta do raciocínio jurídico a quaisquer tipos de razão. Pragmatistas como Sunstein¹⁵⁶ e realistas como Llewellyn¹⁵⁷ e Holmes¹⁵⁸ levam a sério as consequências da abertura cognitiva do direito para a previsibilidade das decisões e para a estabilidade do sistema jurídico. Também Dewey, por exemplo, afirma que “[i]t is most important that rules of law should form as coherent generalized logical systems as possible”¹⁵⁹ e que “[t]here is of course every reason why rules of law should be as regular and as definite as possible”¹⁶⁰. “Legal certainty” também é um valor social importante e por isso não pode ser desconsiderado. Nesse sentido, o fechamento do direito em face de alguns argumentos é visto como elemento importante para preservá-la, já que algum grau de certeza é sempre desejável. Esse é um argumento normativo em favor da limitação do domínio jurídico diante da eventual possibilidade de abertura no contexto de descoberta. Com base nesses três argumentos, o rechaço absoluto da tese do domínio limitado parece algo pouco defensável normativa e, especialmente, empiricamente. Recusá-la significaria reconhecer a impossibilidade de diferenciação entre o direito e outros domínios práticos e assumir as consequências da deterioração da segurança jurídica, da dimensão autoritativa do direito e do próprio Estado de direito. O grande desafio dos críticos da hipótese do domínio limitado não é, assim, na grande maioria das vezes, um desafio

hipótese do domínio limitado, são absolutamente excepcionais, já que a jurisprudência dos tribunais tende a não aplicar o precedente e a solucionar casos semelhantes com base em regras.

¹⁵⁵ Motivos para isso são assim apresentados: “Lawyers in their non-appellate practices focus overwhelmingly on the language of statutes, appellate cases, and authoritative legal treatises, and law students learn the law from casebooks whose content – cases, overwhelmingly – differs less than might have been accepted. And when lawyers criticize legal outcomes, it is rare for them to couch those criticisms in the language of morality or policy. Rather, they accuse judges of having mistakenly interpreted statutes, constitutional provisions, and reported cases, again underscoring the way in which the actual practices of judging, legal argument and legal education remain disproportionately focused on a limited domain of plainly pedigreed legal materials”. (Id. p. 1941s.)

¹⁵⁶ Cass R. Sunstein. Must Formalism be Defended Empirically?, in: *University of Chicago Law Review* 66 (1999), pp. 636-670. Posner igualmente marca com ênfase que “legal pragmatism is different from both legal realism and critical legal studies”. Cf. Richard Posner. *Law, Pragmatism, and Democracy*. London/Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 60, 84s.

¹⁵⁷ “What law needs is a manageable degree of certainty and predictability – enough to get on it”, citado por Brian Tamanaha. *Law as a means to an end. Threat to the rule of law*. Cambridge: CUP, 2006, p. 70. Cf. também Lon Fuller. American Legal Realism, in: *University of Pennsylvania Law Review*, 82, nr. 5, pp. 429-462, p. 431ss.

¹⁵⁸ “The efforts of law must always be directed to narrow the zone of uncertainty as far as possible”, citado por Tamanaha, *Law as a means to an end*, p. 70.

¹⁵⁹ John Dewey. Logical Method and Law, in: *The Cornell Law Quarterly*, 10 (1924), pp. 17-27, p. 19.

¹⁶⁰ Id. p. 43.

conceitual. Na verdade, as objeções levantadas contra ela relacionam-se muito mais com a *extensão* das fronteiras do direito, e não com a sua existência.

Mas de que tipo de limites falamos? Como podemos identificá-los? Schauer defende um domínio limitado de fontes¹⁶¹, cujas bordas são fixadas por uma regra de reconhecimento. Nesse sentido, a resposta àquelas perguntas é uma questão, como já aduzimos, empírica, já que a regra de reconhecimento não se explica normativamente, mas de forma meramente factual.¹⁶² Ela apenas identifica quais são as fontes válidas de decisão em um determinado sistema jurídico. Por esse motivo, a hipótese do domínio limitado de Schauer não se ocupa da resposta das questões colocadas pelo simples fato de elas não fazerem sentido no âmbito de sua proposta metodológica. Os seus grandes méritos (e fraquezas) residem precisamente na necessidade de análises locais para que se defina a extensão da limitação dos *inputs* de decisão. Em sistemas jurídicos complexos as fronteiras do direito podem ser realmente vastas, mas isso é também algo completamente contingente. Por isso Schauer considera que a melhor forma de compreender as bases da hipótese do domínio limitado deixa-se resumir por meio de “prolegômenos para um programa de pesquisa”.¹⁶³

Certo, no entanto, é que a hipótese pressupõe a existência de um limite. Se ela é plausível, isso implica que o conjunto de normas, fatos e métodos considerados juridicamente relevantes para a tomada de decisão é um subconjunto das normas, fatos e métodos disponíveis na realidade para os mais amplos procedimentos de decisão. Além disso, as limitações epistêmicas mais gerais decorrentes das capacidades humanas de tomada de decisão, as patologias da linguagem e a escassez de recursos como tempo e informação permitem concluir que esse último conjunto também é um subconjunto das normas, fatos e métodos disponíveis para a tomada de decisão sob condições ideais. Por conseguinte é possível afirmar que a decisão jurídica é, desde o início, duplamente condicionada: por um lado ela é *externamente* condicionada pelos limites existentes em qualquer procedimento de decisão; por outro ela se deixa *internamente* condicionar pelas peculiaridades que diferencia o direito e o raciocínio jurídico de outros domínios decisórios.

¹⁶¹ Schauer, *The Limited Domain of the Law*, p. 1931, 1933.

¹⁶² Hart, *The Concept of Law*, p. 110: “Its existence is a matter of fact”.

¹⁶³ Schauer, *The Limited Domain of the Law*, p. 1936.

1.2.3 Breve excursão sobre a existência de uma forma tipicamente jurídica de pensar

A tese do triplo condicionamento do direito e da decisão jurídica – que se completa com as limitações institucionais, objeto do próximo tópico – sustenta-se sobre um pressuposto fundamental: o da existência de uma forma de pensar tipicamente jurídica que diferencia o direito de outros campos decisórios. Sem esse pressuposto, a dimensão interna dos limites do direito não pode ser justificada, porque ele é o motivo decisivo tanto para a defensabilidade da hipótese do domínio limitado, como para as restrições de justificação indicadas por Alexy. E sem o reconhecimento de que os constrangimentos do direito (sejam eles de qualquer natureza) exercem um papel decisivo no desenrolar dos procedimentos decisórios, não é possível passar para o plano das limitações institucionais.

Esse pressuposto é colocado em xeque pelo realismo jurídico e outras escolas que compartilham as suas ideias mais importantes. Como visto, para os realistas os processos jurídicos de tomada de decisão podem ser influenciados por quaisquer tipos de razões, métodos, fatos e dados.¹⁶⁴ As fontes institucionais de decisão não são, por isso, sempre decisivas para os julgamentos judiciais e isso cria um ceticismo em relação à relevância dos métodos considerados tipicamente jurídicos de decisão (como a subsunção de fatos às proposições que designam o âmbito de incidência de regras gerais). Investir na tentativa de compreender o pensamento jurídico a partir dessas técnicas significaria apenas implantar exigências ingênuas e irrealistas de certeza e regularidade.¹⁶⁵ A consequência desse ceticismo é a ênfase absoluta no contexto de descoberta das decisões, que se deixa acompanhar por um equivalente desprezo pelo contexto de justificação. Nessas bases, a compreensão e a justificação dos processos jurídicos de decisão são

¹⁶⁴ Na caracterização mais analiticamente mais precisa de Leiter da visão dominante, o realismo jurídico é “(1) uma teoria *descritiva* sobre a natureza da decisão judicial, de acordo com a qual (2) juízes exercem *discretionariedade irrestrita* (unfettered discretion) a fim de (3) alcançar resultados baseados em seus gostos e valores *pessoais*, os quais (4) eles *racionalizam ex post* com regras jurídicas e razões apropriadas”. (Cf. Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2007, p. 16). É de se ressaltar, no entanto, que Leiter acredita que essa visão é uma redução orientada na ideia de “Frankificação” do realismo, em referência ao radicalismo das teses de Jerome Frank. Para Leiter o coração do realismo jurídico pode ser apresentado na seguinte tese descritiva: “juízes respondem primariamente a estímulos factuais” (id. p. 21). Independentemente da crítica, opta-se, aqui, por usar como referência a visão mais comum sobre o realismo apenas para justificar que ela tende a diluir as fronteiras que separam o direito de outros domínios normativos.

¹⁶⁵ Dewey, *Logical Method and Law*, p. 26.

reduzidas aos motivos internos (ou seja, *psicológicos*) com base nos quais as decisões são explicadas. Já que, então, esses motivos podem ser de várias ordens, as fronteiras do direito deixam-se confundir com as fronteiras de quaisquer outros campos de decisão. Pensar, decidir e justificar juízos no âmbito jurídico torna-se o mesmo que pensar, decidir e justificar juízos, por exemplo, nos planos moral, político ou econômico: as fontes específicas de cada um desses campos é tratada apenas como mais um *input* decisório, e não como uma constrição. Se isso é verdade, o argumentar e o decidir jurídico são tão amplos quanto possível, o que implica a impossibilidade de dizer que existe um modo típico de pensar juridicamente capaz de conduzir a justificação de decisões no domínio do direito.

Para rechaçar essa visão, questiona-se se a formação do jurista e a prática do direito tornam os atores que participam dos processos jurídicos de decisão (especialmente os juízes) diferentes das pessoas que não possuem tal treinamento e experiência.¹⁶⁶ Mas diferentes em que sentido? Para que se possa falar em um pensamento tipicamente jurídico, é preciso que essa diferença não diga respeito ao conteúdo das manifestações de juízes e advogados, mas ao *método* de raciocínio. Justificar a existência de tal método depende certamente de investigações empíricas. Apesar disso, o referido pressuposto de condicionamento interno do direito pode ser defendido com base em algumas observações, cuja força será apenas teoricamente sugerida.

Tanto a formação quanto a prática dos juristas revelam que o uso frequente das fontes autorizadas de decisão e o respeito a regras e precedentes é a referência dos procedimentos jurídicos de justificação. Haveria boas razões normativas e funcionais para justificar esse ponto de vista. É certo que a deferência a um sistema de decisão institucionalizado sobre princípios como os da democracia e da separação de poderes exige respeito à autoridade por trás de regras e precedentes¹⁶⁷. Ao mesmo tempo, não há como garantir previsibilidade e segurança de expectativas no futuro se as decisões presentes não são, de alguma forma, constrangidas pelo

¹⁶⁶ Frederick Schauer. Is There a Psychology of Judging?, in: *John F. Kennedy School of Government Working Paper Series nr. RWP07-049*, Oktober, 2007, pp. 1-31. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015143, p. 5.

¹⁶⁷ Esse é, por exemplo, um dos pilares da fórmula de Radbruch, de acordo com a qual “(apenas) a injustiça extrema não é direito”. Por conseguinte, não é absurdo dizer que “sie positives recht auch dann gelten läßt, wenn es ungerecht ist“, já que „[d]as Besondere an dieser Formel ist, dass sie Recht und Moral verbindet, ohne eine vollständige Übereinstimmung von Recht und moral zu fördern“ (Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 159). Cf. também Robert Alexy. *Begriff und Geltung des Rechts*. München/Freiburg: Karl Alber Verlag, 1992, p. 52s., 92 e 97s. Cf. também Schauer, *Thinking like a Lawyer*, p. 12.

passado¹⁶⁸. Independentemente da força desses argumentos é possível dizer, sem a necessidade, neste caso, de testes empíricos, que os processos *reais* de decisão jurídica também se deixam conduzir basicamente por esses elementos.

Os realistas costumam dar pouca atenção a essa circunstância, uma vez que consideram que o uso das fontes institucionais tende a ser meramente instrumental. Para eles, o material jurídico preexistente é apenas adaptado e reconstruído para justificar uma decisão tomada com base em outros critérios. Mas isso é correto? A resposta parece ser negativa se se pensa que os olhos orientados para o passado do jurista não são apenas uma triste consequência da necessidade de se esconder escolhas feitas livremente atrás das cortinas da legalidade. O foco nas fontes autoritativas de decisão exige mais do que isso. A existência de um modo tipicamente de pensar – e consequentemente a defensabilidade da hipótese do domínio limitado – deixa-se fundamentar pelos condicionamentos de segunda ordem que moldam o perfil do jurista¹⁶⁹. Pensar juridicamente é aceitar que certas decisões devem ser tomadas apesar de eventualmente não serem as melhores consideradas todas as circunstâncias.¹⁷⁰ A crítica realista seria correta se o material jurídico fosse permanentemente manipulado para permitir que o juiz tomasse a decisão que julgasse a melhor, o que poderia ser facilmente notado pelo número de decisões *contra legem* ou pela superação de precedentes dentro de um dado sistema jurídico. Mas isso não ocorre porque o método especificamente jurídico de tomar decisões requer antes da busca pelo resultado justo uma maior deferência às fontes institucionais de decisão.¹⁷¹ Diz-se, por exemplo, comumente que o que diferencia os juristas dos outros tomadores de decisão é sua habilidade de lidar com fatos e provas¹⁷². Mas essa caracterização é parcialmente falsa, se se leva a sério a

¹⁶⁸ Sobre o assunto cf. Niklas Luhmann. Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?, in: do mesmo, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2004, pp. 73-91.

¹⁶⁹ No mesmo sentido, Schauer, *Is There a Psychology of Judging?*, p. 10ss. Contra essa hipótese cf. Paul Brest e Laura Hamilton Krieger, *Lawyers as Problem Solvers*, p. 824: "...the fundamental process of problem solving in a professional context is not essentially different from problem solving everyday life." (grifo acrescentado).

¹⁷⁰ Schauer, *Is There a Psychology of Judging?*, p. 17 e, do mesmo autor, *Thinking like a Lawyer*, p. 7.

¹⁷¹ Mesmo nos casos em que as fontes de decisão não são claras ou inexistentes, há autores que defendem que a dimensão autoritativa do direito deve ainda permanecer como base principal para a justificação de decisões. Nesse caso, o clássico exemplo é Edward Levi, que defende a concepção de que o cerne da argumentação jurídica é o pensamento por exemplos, a busca por semelhanças entre casos atuais e anteriores. Cf. Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago/London, 1949.

¹⁷² Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, p. 4.

forma de raciocínio orientada para as fontes dos juízes, pois, como regra, “they might not react against rules that don’t allow them to consider particular evidence”¹⁷³.

Dworkin, como visto, é um dos mais conhecidos críticos da concepção de que o raciocínio jurídico é prioritariamente orientado para a aplicação de fontes positivas de decisão, e avesso, assim, à aplicação de teorias complexas construídas sobre bases políticas ou morais (como a sua). Nessa que seria uma típica visão positivista, cita Dworkin, “when you go to law school, you are taught what is to think like a lawyer, not a philosopher. Lawyers do not try to decide vast theoretical issues of moral or political theory”.¹⁷⁴ A objeção oferecida por ele consiste no fato de que qualquer procedimento de decisão jurídica está desde o início sujeito à aplicação de teorias amplas para orientar a argumentação. Com outras palavras, Dworkin defende a concepção de que escaladas de justificação teóricas são inevitáveis porque não há limites efetivos contra a possibilidade de objeções contra um argumento jurídico aparentemente consensual serem levantadas a partir de níveis mais abstratos.¹⁷⁵ Ainda que o raciocínio dos profissionais do direito seja notoriamente orientado para a aplicação de fontes autoritativas de decisão, isso não significa que a argumentação jurídica é avessa ou contrária à aplicação particularista de teorias amplas. Em casos difíceis (ou problemas de integridade), a aplicação de fontes positivas ou métodos considerados tipicamente jurídicos de decisão como a analogia seriam insuficientes, ao fornecerem respostas insatisfatórias.¹⁷⁶ Nesses casos, os atores jurídicos não deveriam se prender a metodologias restritivas.¹⁷⁷

Essa sugestão, no entanto, não fala contra o que foi defendido, quando se reconhece que o recurso a teorias abrangentes é *excepcional*. Dworkin mesmo reconhece que a aplicação de teorias não deve ser permanente: “the embedded account (...) recommends that judges ascend to more abstract theory only when they have special reason to do so”.¹⁷⁸ Sob circunstâncias normais, o desenvolvimento de longas cadeias de argumentação que se movimentam por diversos planos de uma arquitetura teórica tende a ser limitado (e *deve ser* limitado), já que tomadores de

¹⁷³ Barbara A. Spellman, On the supposed expertise of judges in evaluating evidence, in: *University of Pennsylvania Law Review* (PENNumbra), vol. 156, 1, 2007, p. 1-9, p. 6.

¹⁷⁴ Ronald Dworkin. In Praise of Theory, in: do mesmo, *Justice in Robes*, pp. 49-74, p. 65.

¹⁷⁵ Esse é um dos argumentos centrais em Dworkin, *In Praise of Theory*.

¹⁷⁶ Dworkin, *In Praise of Theory*, p. 68s.

¹⁷⁷ Id. p. 69.

¹⁷⁸ Id. p. 71.

decisão estão sob constantes limitações epistêmicas. Por esse motivo, eles sabem que escaladas de justificação dependem de muito tempo, pesquisa e processamento de informações.¹⁷⁹ Assim, a visão de Dworkin sobre a interpretação jurídica não destrói a tese de que o raciocínio jurídico é prioritariamente deferente a fontes autoritativas de decisão e resistentes a julgamentos particularistas. Sua visão, ao contrário, a aceita. O condicionamento do pensamento jurídico impede que as decisões jurídicas não se deixem justificar de forma particularista para a grande maioria dos casos (questões envolvendo direitos poderiam ser exceções justificáveis). Dessa forma, o pensamento jurídico é conduzido por vieses que se irradiam pelo modo de seleção e compreensão de fatos e de construção das justificações normativas. São esses vieses cognitivos, desenvolvidos desde os primeiros momentos nas faculdades de direito e mantidos pelas atividades de criação, aplicação e interpretação do direito desenvolvidas especialmente por juízes e por parte da dogmática jurídica, que limitam o direito e justificam a hipótese do domínio limitado.

1.3 Os limites institucionais

As limitações institucionais podem ser reconduzidas às limitações intrínsecas do direito, se elas são definidas apenas como o conjunto de condicionamentos derivados da sua institucionalização ou da formação técnica dos membros das instituições. Como visto, a institucionalização do discurso jurídico é a fonte para a deferência aos elementos autoritativos nos processos jurídicos decisórios e, por conseguinte, para a diferenciação do pensamento jurídico para o pensamento de outros ambientes. Sem ela não é possível reconhecer a relevância de um grupo limitado de fontes, métodos, fatos e dados nos procedimentos de argumentação e decisão jurídica e diferenciar o raciocínio jurídico do raciocínio econômico ou moral, ainda que, por exemplo, as razões que justifiquem o respeito às fontes possam ser também razões econômicas ou morais. Respeitar regras e precedentes pode ser, sim, algo que se justifique por

¹⁷⁹ Id. p. 54s.

motivos de igualdade¹⁸⁰ (*i.e.* pela necessidade de tratar igualmente situações iguais) ou de eficiência¹⁸¹ (porque reduzem custos de decisão e facilitam a coordenação de ações em um ambiente estável), mas isso não permite identificar o raciocínio jurídico com o raciocínio moral ou econômico, já que os atores institucionais (especialmente o juiz) não são livres (e não se sentem livres) para, em nome desses princípios, “to give up any particular considered judgement or to modify any particular abstract formulation of principle”.¹⁸² Esse assunto já foi suficientemente trabalhado nesta investigação. No entanto, ele não esgota o que pode ser classificado sob o rótulo “limitações institucionais”. Dentro dessas limitações podem ser agrupadas também todas as opções contingentes que estruturam em cada ordem jurídica o processo decisório, como prazos, presunções, distribuição de ônus de prova, restrições à apreciação de fatos pelos tribunais, quóruns deliberativos etc. Essas restrições variam entre os sistemas jurídicos e, por isso, criam limites estruturais internos aos processos decisórios levados adiante em determinada ordem jurídica.¹⁸³ Elas certamente afetam as capacidades cognitivas de tomadores de decisão, mas não são o objeto central do presente tópico.

Por “limitações institucionais” entende-se, pois, não somente as linhas que caracterizam e diferenciam a decisão jurídica em comparação a outros campos, mas também as regras que conformam, por exemplo, o processo civil em um dado Estado e especialmente os limites impostos a processos reais de decisão decorrentes das opções de desenho institucional. Por tal motivo é também possível caracterizar o presente grupo de limitações como o das *limitações intrínsecas contextuais*. O ponto de partida do presente tópico é, então, o fato de que o direito é também limitado dentro de suas próprias fronteiras pelas opções específicas do constituinte e do legislador democrático sobre o desenho das instituições e que, por isso, o arranjo institucional definido em cada sistema jurídico pode influenciar as capacidades epistêmicas dos tomadores de decisão. Para evitar um estudo excessivamente detalhado das diversas peculiaridades dos muitos

¹⁸⁰ Por exemplo, Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 113: “The gravitational force of a precedent may be explained by appeal, not to the wisdom of enforcing enactments, but to the fairness of treating like cases alike”.

¹⁸¹ Por exemplo, Richard Posner. Creating a Legal Framework for Economic Development, in: *The World Bank Research Observer*, vol. 13, nr. 1 (1998), pp. 1-11.

¹⁸² Jeremy Waldron. Judges as moral reasoners, in: *International Journal of Constitutional Law (I.CON)*, vol. 7, nr. 1, 2009, pp. 2-24, p. 13.

¹⁸³ A existência desses limites processuais não traz consigo apenas limitações cognitivas, mas também, como vantagem, um corselete argumentativo em que a ação estratégica das partes é colocada. Dessa forma as regras do processo também podem ser consideradas como condições que aproximam discursos reais e ideais. Sobre isso v. Carsten Bäcker, *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 265.

sistemas jurídicos existentes, serão privilegiadas as opções de desenho institucional que permitem definir como os principais Estados democráticos de Direito estão conformados.

Falar de desenho institucional pressupõe falar sobre procedimentos estabelecidos e organizados por certas regras e destinados a promover certos objetivos.¹⁸⁴ Nesse sentido, um princípio fundamental de desenho institucional é: os poderes devem ser alocados para o nível de governo ou da sociedade que possa exercê-los melhor.¹⁸⁵ Sob tal perspectiva, uma palavra de ordem para a distribuição de poderes em qualquer Estado constitucional é *especialização*. A Constituição, nesse domínio, pode ser comparada a um arquiteto, que distribui competências e aloca poderes entre instituições criadas especificamente para alcançar certos resultados, ao mesmo tempo em que, para que tais resultados possam ser alcançados, dota aquelas instituições de propriedades específicas capazes de incrementar a eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos¹⁸⁶. Há, nesse sentido, uma relação de mútua implicação entre a estrutura das instituições e as suas funções e os resultados por elas visados.

Não é por outra razão que a fórmula tradicional de divisão de poderes define que as leis são criadas pelo Legislativo, executadas pelo Executivo e interpretadas/aplicadas pelo Judiciário. A explicação racional para tanto pode ser assim sintetizada: a criação de leis depende de barganha e deliberação, condições providas pelo Legislativo, compreendido como um fórum político de discussão entre as facções políticas da comunidade; o Executivo, com sua estrutura hierarquizada voltada para a ação estatal, resume as características suficientes para a execução de leis e programas; finalmente, como a atividade de interpretação e aplicação de normas depende de certo isolamento ou blindagem contra as forças políticas e a influência econômica, desloca-se tal função para o reduto mais independente do governo: o Poder Judiciário. E, ao mesmo tempo, porque o Legislativo deve formular leis, o Executivo executá-las e o Judiciário aplicá-las é que a Constituição procura criar condições para que sejam garantidas, respectivamente, a

¹⁸⁴ Donald Chisholm, Problem Solving and Institutional Design, in: *Journal of Public Administration Research Theory*, nr. 5 (1995), pp. 451-491, p. 453.

¹⁸⁵ Francesco Parisi. Sources of Law and the Institutional Design of Law Making, in: *Law and Economics Working Paper Series*, George Mason University School of Law, n. 00-42, nov. 2000, p. 1 e Robert D. Cooter. *The Strategic Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 173.

¹⁸⁶ Cooter, *The Strategic Constitution*, p. 173.

representação, a liderança e a independência, compreendidas como condições de possibilidade para o exercício eficiente daquelas funções.¹⁸⁷

Do ponto de vista da práxis constitucional, a discussão é certamente menos pacífica. Embora a função da Constituição seja criar o cenário dentro do qual os poderes serão exercidos por meio da definição das regras do jogo político e da fixação dos limites (direitos fundamentais e cláusulas pétreas, por exemplo) e dos fundamentos para uma atuação legítima, ela não vem com um “manual de instruções” no qual os responsáveis por sua interpretação, concretização e aplicação podem se orientar. Tal fato torna crucial para a práxis decisória constitucional os estilos de entendimento fundamental da Constituição, ou seja, os modos de vista que conduzem “ao modo de assimilação fundamental da Constituição”.¹⁸⁸ Dessa forma, o modo como Executivo, Legislativo, a dogmática jurídica e os juízes em especial compreendem a Constituição também é um fator relevante para a resposta da pergunta sobre a extensão das prerrogativas do Judiciário em relação às decisões dos outros poderes.¹⁸⁹ Em outras palavras, o que se defende aqui é que a solução para problemas dessa ordem depende também de análises institucionais internas, ou seja, de como cada instituição compreende o seu papel diante da Constituição e das suas regras de desenho institucional.

Essa discussão ganha especial relevância quando se discute a existência de margens de conformação legislativas e as fronteiras do controle judicial sobre as decisões do legislador democrático. Nesse contexto, a compreensão da Constituição como moldura ou uma “ordem fundamental abrangentemente dirigente”¹⁹⁰ interfere certamente na extensão dos limites cognitivos dos processos de decisão jurídica, na medida em que interfere diretamente sobre os métodos de decisão aplicados. Defensores da concepção da Constituição como moldura, por exemplo, podem (embora nem sempre¹⁹¹) rechaçar o uso da ponderação como técnica de decisão, na medida em que a compreendem como irracional ou fundamento para um Estado judicial

¹⁸⁷ Cooter, *The Strategic Constitution*, p. 173-174.

¹⁸⁸ Peter Lerche. *Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis*, in: Peter Badura e Horst Dreier (Org.) *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Erster Band*. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 333-361, p. 336.

¹⁸⁹ No caso específico das interações entre teorias decisórias e atuação judicial cf. Fernando Leal, *Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional*, in: *Revista de Direito do Estado*, 16, 2009, pp. 87-116.

¹⁹⁰ Lerche, *Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis*, p. 345.

¹⁹¹ Por exemplo Karl-Eberhard Hain. *Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*. Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 193ss.

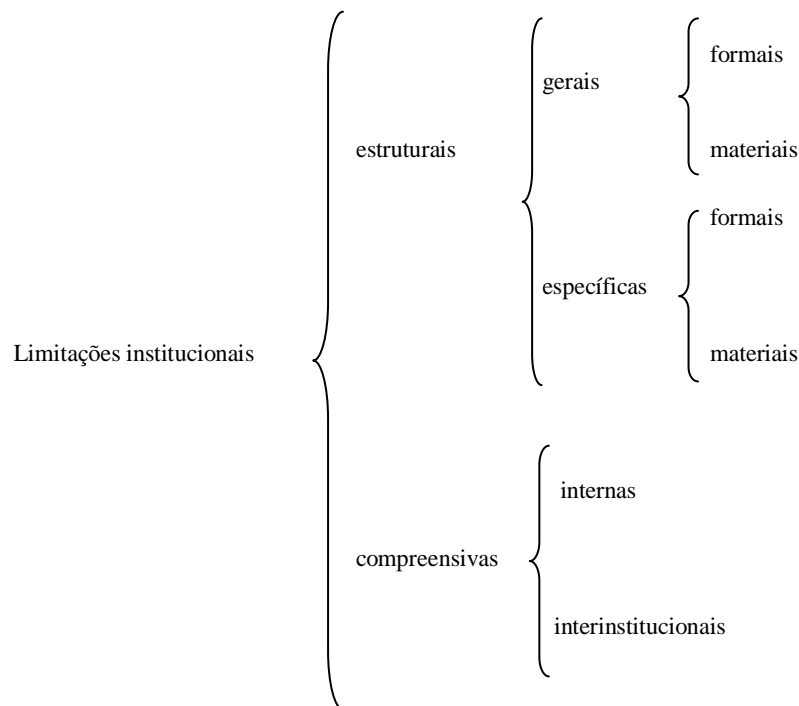
(*Justizstaat*).¹⁹² Essa discussão esclarece como as análises institucionais podem ser multifacetadas e como a arquitetura constitucional não parece ser *per se* suficiente para definir todos os limites da decisão judicial. Elas são, no entanto, um passo decisivo para a resposta de perguntas sobre como uma determinada instituição deve decidir, na medida em que a conformação de uma instituição interfere na definição das capacidades epistêmicas de seus integrantes. Para o Poder Judiciário, esse tipo de análise revela por que juízos sobre a adequação de uma determinada postura decisória ou da internalização de uma determinada teoria interpretativa não pode prescindir de considerações sobre as *capacidades institucionais* dos seus membros *vis-à-vis* as capacidades de outras instituições que também podem, em certo arranjo institucional, ser chamadas a se manifestar sobre certo assunto.¹⁹³ Por essas razões, uma análise institucional completa exige que se olhe não apenas para a conformação normativo-estrutural de cada instituição, como também que se olhe para dentro de cada uma delas e as compare entre si.

Com base nas análises desenvolvidas, os limites institucionais que afetam as habilidades cognitivas de tomadores de decisão reais podem ser diferenciados em estruturais e compreensivos. Os primeiros podem se subdividir em gerais (relacionadas ao modo como a Constituição e as leis definem competências, os seus elementos fundamentais e conformam a divisão de poderes, ou seja, à estruturação da moldura) e especiais (relacionadas à estruturação normativa e organizacional de cada instituição). Sob o ponto de vista do conteúdo das limitações estruturais, elas podem ser ainda formais ou materiais. Os segundos podem se referir tanto ao

¹⁹² O principal defensor da tese da impossibilidade de compatibilização da concepção de princípios como mandamentos de otimização e a existência de margens de conformação legislativas é Ernst-Wolfgang Böckenförde. “Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik“, in: do mesmo, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 219ss. A respeito desse debate e da defesa de que a concepção dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização e o uso da ponderação não fulminam as margens de conformação legislativas cf. Virgílio Alfonso da Silva. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 67ss. Ademais caracteriza Habermas o procedimento de decisão baseado em princípios como arbitrário porque faltariam critérios racionais capazes de determinar os resultados da ponderação (Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 316). Da mesma forma rejeita Schlink a racionalidade da ponderação na medida em que a retrata como essencialmente subjetiva e decisionista. (Bernhard Schlink. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, in: P. Badura/H. Dreier (Orgs.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 460ss.). Leisner também descreve a ponderação como uma varinha de condão capaz de produzir pseudoconsensos (Walter Leisner, “Abwägung überall” – Gefahr für den Rechtsstaat, in: NJW 1997, p. 638). Para a defesa da racionalidade da ponderação cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 143ss. e Alexy. *Die Gewichtsformel*, in: J. Jickeli, P. Kreutz e D. Reuter (Orgs.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter Recht, pp. 771-792.

¹⁹³ Sobre o argumento das capacidades institucionais, seus pressupostos teóricos e suas exigências operacionais cf. Diêrgo Werneck Arguelhes e Fernando Leal, *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*, in: *Direito, Estado e Sociedade*, nr. 38, jan/jun 2011, pp. 6-50.

modo como cada instituição compreende o seu próprio papel (ex. quando resumem sua função a promover eficiência econômica, as regras do procedimento democrático ou uma ordem constitucional objetiva de valores), como o modo específico com que deve se relacionar com outras instituições (ex. posturas de *judicial self restraint*). No âmbito das limitações compreensivas, as primeiras podem ser classificadas como internas e as segundas como interinstitucionais. Esquemáticamente temos:



O reconhecimento das limitações compreensivas no quadro geral das limitações institucionais não afasta, contudo, a importância das análises institucionais estruturais. Se é certo que as instituições também desempenham um papel relevante na definição dos seus próprios limites, é incorreto simplesmente desconsiderar o modo como cada instituição é organizada. Em um jogo de futebol, a prática pode, por exemplo, estabelecer critérios para definir o que pode ser considerado como “falta”, mas isso não impede que se leve a sério as regras que estruturam o jogo. No campo da presente investigação, isso significa que não se pode analisar completamente os limites institucionais sem compreender que prática e desenho institucional andam de mãos dadas. Nessas bases, um dos pontos centrais para se encarar os principais debates relacionados aos limites dos poderes judiciais é entender que o Judiciário não é uma ilha institucional e que

suas capacidades institucionais são fixadas, sobretudo, em razão das tarefas que deve primordialmente desempenhar. Levar a sério essas capacidades e o cenário específico no qual são desenvolvidas as relações entre o Judiciário e outras instituições (especialmente o Legislativo e o Executivo) é fundamental para compreender os limites da decisão judicial. Se isso é correto, é possível, então, diferenciar dois tipos de análise relacionados aos incentivos e condicionamentos institucionais que moldam a atuação do juiz, nosso foco primordial neste trabalho. Essas análises podem ser resumidas nas questões “sobre o que os juízes podem decidir?” e “como ou sob quais condições eles podem decidir?” em um determinado arranjo institucional. Além de exigir a identificação das limitações estruturais, a primeira pergunta direciona as análises institucionais comparativas especialmente para as *outras* instituições. Neste segundo caso, o objetivo é saber precisamente como os outros poderes se comportam em relação ao exercício das competências judiciais, especialmente quando os juízes são chamados a decidir questões polêmicas. Estamos, pois, no plano das análises compreensivas. É claro que, em alguns momentos, o Judiciário pode ser provocado a se manifestar sobre questões altamente controvertidas (de natureza moral ou social, por exemplo) que podem levá-lo a extravasar as suas competências iniciais. É possível até que a atividade interpretativa ou uma postura compreensiva da corte provoque transformações fundamentais nas bases do sistema constitucional, alterando, assim, os próprios limites estruturais de sua atuação.¹⁹⁴ O problema aqui, porém, é saber como as outras instituições reagem e quais são os efeitos das posições das outras instituições sobre a postura do Judiciário. Em outras palavras, trata-se de definir o que pode ou não ser levado aos tribunais independentemente do

¹⁹⁴ Uma transformação fundamental (*coup d'État*) é definida por Alec Stone Sweet restritivamente e em função da possibilidade de a alteração compreensiva ser capaz de ter sido, em um juízo contrafactual, ratificada pelo constituinte originário. Assim, uma alteração constitucional pode promover uma transformação daquela natureza quando teria sido rejeitada pelo constituinte originário se fosse colocada na mesa de negociações e quando ela altera a operacionalização do sistema jurídico de forma tal que também seria por este rejeitada. O caso mais claro de *coup d'État* apresentado por Stone Sweet está relacionado a como o Tribunal Constitucional Federal alemão no caso Lüth, por meio da sua tese de que a Constituição deveria ser compreendida como uma *ordem objetiva de valores* que se espalharia por todo o ordenamento, aumentou as prerrogativas do Judiciário, especialmente dos juízes de primeira instância, no sistema constitucional alemão, inclusive para verificar violações de direitos fundamentais em relações entre particulares. Uma das principais consequências da afirmação da tese da ordem objetiva de valores foi a diluição das fronteiras entre o público e o privado, na medida em que a aplicação de qualquer dispositivo de direito privado ficou condicionada à sua compatibilidade com os valores fundamentais que afetariam todas as esferas do direito. Stone Sweet argumenta que essa mudança alterou profundamente a estrutura do sistema jurídico e atribuiu competências a juízes que muito provavelmente teriam sido rejeitadas durante os debates constitucionais anteriores à decisão de Lüth. Esse caso mostra que o modo como o Judiciário compreende a ordem constitucional e o seu papel institucional nela pode afetar inclusive os limites estruturais à sua atuação. Cf. Alec Stone Sweet. *The Judicial Coup d'État and the Problem of Authority*, in: *Yale Law School Legal Scholarship Repository* - Faculty Scholarship Series, paper 78 (2007). Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/78.

desenho institucional em vigor com base nas relações existentes entre o Judiciário e as demais instituições. Posturas passivas ou menos engajadas de outras instituições podem criar incentivos para que o leque de questões passíveis de apreciação seja maior ou menor ou para que o ativismo judicial seja mais ou menos combatido em um sistema jurídico. Análises em regimes políticos de transição mostram, por exemplo, como a instabilidade do cenário político ou a descrença nos poderes eleitos podem contribuir para o aumento de poderes dos juízes, quando Legislativo e Executivo se omitem na decisão de questões importantes e simplesmente “transferem”, sem levar a sério o desenho institucional em vigor, para o Judiciário as suas responsabilidades.¹⁹⁵ A segunda pergunta direciona o foco da análise comparativa para o *Judiciário* e as limitações específicas fixadas pelas normas que estruturam o seu desenho institucional. Neste momento nós nos ocuparemos com esse tipo de problema.

No geral, o uso de análises institucionais comparadas tem servido para desfazer visões idealizadas do Judiciário ou do Legislativo (quase sempre por meio de um otimismo exagerado em favor da instituição privilegiada¹⁹⁶) ou mesmo para sugerir métodos de interpretação mais adequados para realidades institucionais específicas.¹⁹⁷ Os objetivos do presente tópico, sem embargo, são muito mais modestos. Além de diferenciar os diversos planos das limitações institucionais, o objetivo é mostrar como o direito, por meio de decisões institucionais, pode limitar ainda mais as capacidades dos seus atores. Como? Basicamente aumentando os custos de obtenção e processamento de dados, que, como vimos, já são intrinsecamente limitados.

No que se refere às capacidades epistêmicas do Judiciário, fatores como a admissibilidade de atores externos no processo judicial (como *amicus curiae*), seus recursos humanos e materiais, seu grau de autonomia, sua forma de organização, a forma de acesso dos juízes e dos membros do tribunal constitucional, a existência de mandato para os membros do tribunal constitucional, a existência de juízos especializados e a estrutura humana e material relativa de outras instituições

¹⁹⁵ Sobre o assunto cf. especialmente Ran Hirschl. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

¹⁹⁶ Além do exemplo de Dworkin, podemos citar, pró-Legisaltivo, Jeremy Waldron. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999 e, do mesmo autor, *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

¹⁹⁷ Cass Sunstein e Adrian Vermeule. Interpretation and Institutions, in: *Michigan Law Review* 101 (2003), pp. 885-951 e Adrian Vermeule, *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2006. Para uma visão crítica cf. Richard Posner Richard. The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation (a Reply to Sunstein and Vermeule), in: *Michigan Law Review*, vol. 101, feb. 2003, pp. 952-971.

podem contribuir para aumentar ou reduzir as capacidades dos seus membros de obtenção e processamento de informações e julgamento imparcial.¹⁹⁸ E porque esses fatores influenciam suas capacidades epistêmicas eles interferem na *qualidade* da decisão judicial. Por tal motivo, analisar e conhecer as condições epistêmicas de trabalho dos juízes e compará-las com as de outras instituições é fundamental para a definição de posturas institucionais e métodos de decisão.

Certos fatores favorecem posturas mais contidas dos tribunais no controle das decisões do legislador democrático porque fomentariam uma superioridade epistêmica relativa do Legislativo, como o maior número de membros em comparação com o de juízes que compõem cada tribunal, a maior representatividade nacional do Legislativo, que se compõe por membros de mais regiões de um país, e a diversidade profissional dos seus membros, que não se resumem a juristas.¹⁹⁹ Para questões que envolvem direitos, contudo, a independência dos juízes, que os protege contra interesses políticos das maiorias e, assim reduz os seus vieses, justificaria posturas mais agressivas do Judiciário. Nessa direção se encontram até mesmo autores contrários a qualquer tipo de ativismo judicial. Embora defenda que o legislador está mais capacitado para enfrentar questões novas, Waldron reconhece que “if an essentially legalistic decision is called for, then it will not be appropriate for the decision to be taken by an institution accustomed to reasoning as legislatures do. What we need is judicial reasoning of a familiar type, and it is well known that legislators do not have the competence to reason in this way”.²⁰⁰

Em face do que foi dito, a afirmação categórica da superioridade epistêmica de uma instituição sobre outra não é algo que só possa ser justificado teórica ou normativamente. Elementos dessa natureza podem ser, não se nega, muito importantes para a fixação dos limites da decisão judicial. O papel primordial deles não está aqui sob discussão. Entretanto, uma análise institucional completa depende também de análises reais tanto internas como comparativas a respeito das capacidades de cada instituição. Se, com base nos argumentos apresentados, isso

¹⁹⁸ Uma análise sobre essas condições que afetam as capacidades institucionais é feita em Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, *O Argumento das “Capacidades Institucionais” entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo*, especialmente pp. 42-43.

¹⁹⁹ Adrian Vermeule. *Law and the Limits of Reason*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2009, p. 11, 90. No mesmo sentido Jeremy Waldron. Refining the question about judges’ moral capacity, in: *International Journal of Constitutional Law* (I.CON), vol. 7, nr. 1, 2009, pp. 69-82, p. 80.

²⁰⁰ Waldron, *Judges as Moral Reasoners*, p. 21.

pode ser considerado plausível, completa-se, então, a análise do terceiro nível dos limites da decisão jurídica.

1.4 O argumento do triplo condicionamento do direito em uma visão geral

De acordo com as análises precedentes é possível afirmar que as capacidades epistêmicas dos atores envolvidos no processo de tomada de decisão jurídica, especialmente do juiz, são limitadas porque as barreiras extra e intrajurídicas não conseguem impedir a existência de problemas de decisão sob condições de incerteza. Essas barreiras cognitivas criam um triplo condicionamento de qualquer processo de tomada de decisão judicial, que se deixa resumir por meio das limitações extrínsecas, das limitações intrínsecas e das limitações institucionais. Dessa maneira, a solução de quaisquer problemas concretos no âmbito do direito deve pressupor que os limites da linguagem dos textos jurídicos interfere (ainda que apenas potencialmente) nos processos cognitivos do juiz, que o seu raciocínio invariavelmente orienta-se em heurísticas e é influenciado por vieses, que o direito direciona os seus processos de justificação para o material jurídico preexistente e para o trabalho da dogmática jurídica e que as condições institucionais dos mais variados tipos sob as quais trabalha podem facilitar ou dificultar o seu trabalho. Esses fatores interferem diretamente sobre as suas capacidades de apreensão de dados, processamento de informações e de julgamento imparcial, o que cria deficiências epistêmicas relevantes para qualquer juiz. Os efeitos dessas deficiências são sentidos fortemente na decisão de questões complexas, já que elas impedem quase sempre o alcance das melhores respostas possíveis para problemas reais, ou seja, as soluções que seriam encontradas caso as limitações cognitivas pudessem ser eliminadas ou ao menos reduzidas. A consequência desse fato é uma obviedade: os juízes erram. Mas levar a sério as limitações do direito pode significar mais: pode significar que os juízes erram mais do que eles mesmos ou os teóricos que negligenciam o triplo condicionamento dos tomadores institucionais de decisão sob cenários reais pensam.

2 O SISTEMA JURÍDICO COMO UMA REDE DE ÔNUS DE ARGUMENTAÇÃO

Reconhecer a importância do triplo condicionamento da decisão jurídica significa reconhecer que as limitações epistêmicas dela decorrentes afetam a *qualidade* da justificação da decisão judicial. Isso significa que o conjunto de limitações extrínsecas, intrínsecas e institucionais que está presente em qualquer procedimento jurídico decisório é capaz de explicar não apenas decisões supostamente incorretas em comparação com os resultados decorrentes de condições ideais de deliberação²⁰¹ (ao menos teoricamente²⁰²), como também deficiências de justificação de juízos normativos singulares. Saber como o sistema jurídico pode lidar com a incerteza insuperável que sobrepairá a decisão de casos difíceis e com os erros que podem advir das limitações cognitivas dos juízes e outros atores institucionais é o motivo condutor desta parte.

2.1 Em busca da racionalidade possível

Dadas as limitações do raciocínio jurídico e a incerteza insuperável existente na solução de problemas complexos, em que sentido se pode falar em racionalidade no sistema jurídico e na justificação de decisões judiciais? Os modelos ideais ou contrafactuais de correção podem ser úteis para a análise da correção de decisões tomadas sob condições reais? Como o sistema jurídico pode lidar com as referidas limitações e incertezas? Quais são as consequências metodológicas para a busca de respostas para esta última questão? Sugerir respostas para esses problemas é o objeto desta parte da investigação.

²⁰¹ Essa afirmação não depende necessariamente do reconhecimento de que existe uma única resposta correta para cada problema jurídico. Mesmo processos deliberativos ideais, como vimos, podem conduzir a mais de uma resposta aceitável. O reconhecimento da pluralidade de resultados “corretos”, contudo, não impede que se possa falar em respostas “erradas” em quaisquer procedimentos decisórios, já que a tese pressupõe a existência de um conjunto de opções válidas e de outras (fora do conjunto) inválidas. Sobre o problema do consenso cf. Alexy, *Probleme der Diskurstheorie*, p. 114ss. Sobre a existência de uma única resposta correta para cada questão prática cf. Ronald Dworkin. *A Matter of Principle*. Cambridge: Mass./London, 1985, p. 119ss.

²⁰² O principal limite decorre do problema do conhecimento. Sobre o assunto cf. supra B. II.1.

2.1.1 Ambiente ótimo, decisões subótimas

Perguntar em que sentido é possível falar em racionalidade no sistema jurídico e na decisão judicial é algo que depende, em primeiro lugar, de determinar qual papel os modelos ideais podem desempenhar como mecanismos de correção de decisões reais, ou seja, como eles podem permitir “diferenciar fundamentações corretas de falsas”.²⁰³ Uma das respostas para essa questão consiste em afirmar que os modelos ideais funcionam como *ideais regulativas* de procedimentos decisórios que se desenvolvem sob condições subideais. Essa é, por exemplo, a concepção de Robert Alexy sobre as relações entre discursos ideais e reais, que será usada neste momento como base para as discussões a respeito das possibilidades de maior realização possível da racionalidade da fundamentação jurídica.

Mas em que consiste um ideal regulativo? Para Alexy esse conceito deixa-se na teoria do discurso explicar pela ideia de aproximação: os discursos reais devem aspirar ser aproximações possíveis dos discursos ideais. Por isso, esses estão permanentemente presentes no âmbito daqueles, na medida em que servem como parâmetros nos quais as regras e procedimentos dos discursos reais podem se orientar. A mesma ideia inspira, em alguma medida, o juiz Hércules de Dworkin.

Contra qualquer pretensão de aproximação poderia, porém, ser objetado que não é possível fazer isso na realidade ou que uma aproximação seria irrelevante para a correção de discursos reais. Em outras palavras, se a aproximação for impossível e irrelevante para a correção prática, então o trabalho com um ideal regulativo revelar-se-ia sem sentido²⁰⁴. A refutação dessa afirmação pode estar vinculada à ideia de “melhor relativo”. Se, em um conjunto com duas possíveis alternativas, é claramente possível definir que um discurso é melhor segundo os critérios em que se orienta a estrutura dos discursos ideais, então é porque o outro está menos próximo de um discurso perfeito. Ademais, se for possível compreender o citado “melhor” como o “mais correto”, então é porque a aproximação dos discursos reais aos discursos ideais é importante para a justificação de decisões jurídicas.

²⁰³ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 498.

²⁰⁴ Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 157.

Mas esses argumentos não parecem esgotar o já citado problema do critério. Na verdade, eles parecem ser suficientes apenas para justificar a importância dos discursos ideais como mecanismos de correção de discursos reais²⁰⁵, mas não como ideais regulativos podem efetivamente conduzir julgamentos concretos. Segundo Alexy, as partes no processo civil “aparentam pelo menos que os seus argumentos são colocados de tal forma que encontrariam aceitação sob condições ideais”.²⁰⁶ O problema, como esboçado, é identificar como seria o argumento sob condições ideais. Como é impossível chegar a ele ou mesmo definir qual é o resultado próximo, não há controle empírico possível *ex ante* dos resultados de procedimentos argumentativos reais. A noção de aproximação, dessa forma, seria pouco relevante como *critério de orientação* de decisões práticas reais. Dessa forma, o critério de aproximação serviria, então, no máximo, como mecanismo de correção *ex post* de resultados. Contra isso, poder-se-ia, porém, defender que a ideia de aproximação não está direcionada para os resultados dos procedimentos discursivos, mas sim para as suas condições estruturais. Nesse caso, o problema também permaneceria, pois a referida incerteza também vale para as regras que conformam o procedimento. O que significaria a maior liberdade possível para os participantes? Como definir um tratamento permanentemente imparcial ou igual? Alexy reconhece que “uma série de regras do discurso tem caráter ideal e, por isso, são apenas aproximadamente performáveis”.²⁰⁷ Assim, dado que as condições do procedimento também dependem de parâmetros contrafactuais, também é difícil usá-los como bússolas.

A importância de um ideal aproximativo para a *condução* de procedimentos reais de decisão, então, depende do que se entende por essa ideia. Ela pode significar duas coisas: ou que se sabe qual é o destino a que se quer se chegar, o que permite traduzir a ideia de aproximação em uma análise de meio-fim que pode ser objetivamente controlada, ou que não se sabe aonde se quer chegar e que, por isso, os resultados a serem obtidos podem ser considerados quase sempre insuficientes, já que as análises *ex post* podem sempre mostrar a existência de uma opção melhor. Os dois cenários podem ser comparados a duas corridas: uma em uma estrada com e outra em uma estrada sem fim. No primeiro caso, se não é possível construir um mapa preciso que indique ao competidor como chegar ao destino, pelo menos ele pode ver, sabe onde se localiza ou pelo

²⁰⁵ Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 157.

²⁰⁶ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 271, 434.

²⁰⁷ Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 157.

menos sabe que existe a linha de chegada. No segundo cenário, pouco pode ser feito, pois se pressupõe que qualquer resultado obtido pode ser melhorado em alguma medida, já que é sempre possível ir mais longe. Isso garante a qualquer conjunto de condições sempre uma suboptimalidade relativa a uma possível *futura* conformação da realidade. A analogia mais simples que se pode fazer dessa concepção está na percepção de que o infinito é um ideal aproximativo para alguém que enunciar o maior número natural. Se alguém afirma que um milhão é um número bem grande, alguém pode objetar que, em relação ao um milhão e um, o resultado indicado é subótimo para a realização da tarefa; mas o um milhão e um também não é a melhor solução possível para a questão se se considera o um milhão e dois etc. Tendo por base, assim, qualquer ideia regulativa no sentido de ideia aproximativa nenhum resultado presente pode ser considerado ótimo (ou correto) sob condições reais. Admiti-lo seria trair a própria função do ideal regulativo. Ele jamais poderá ser alcançado, porque se pressupõe que existe (ao menos potencialmente) sempre uma melhor opção possível em comparação a um determinado resultado. Ademais, é preciso não esquecer que a decisão jurídica é cercada por limitações, que não podem ser compensadas pela simples adição de um mecanismo ideal de correção. Ao contrário, as limitações do raciocínio jurídico prejudicam ainda mais a realização de qualquer ideal.

As análises anteriores mostram, então, que as relações entre discursos reais e ideais deixam-se explicar mais adequadamente por meio da metáfora da estrada sem fim porque a existência de um discurso ideal é meramente contrafactual. Por isso a função dos ideais regulativos como diretrizes nas quais o tomador de decisão pode se orientar em cada caso sob condições reais pode, no máximo, se resumir a um ônus de busca pela melhor resposta possível. A correção dos resultados *específicos* de discursos reais depende, assim, essencialmente da satisfação desse ônus, algo que se revela por meio de uma pretensão de aproximação por parte dos participantes.

Os limites de mecanismos de correção que se sustentam sobre uma pretensão de aproximação a resultados obtidos sob condições ideais não impedem, contudo, que se possa continuar a buscar o maior grau possível de racionalidade para qualquer procedimento de tomada de decisão. Tais limites mostram apenas como a busca permanente pela racionalidade de *cada* decisão real pode ser pouco controlável. Dados os constrangimentos que condicionam o raciocínio jurídico, investir no maior grau possível de promoção de racionalidade de cada decisão

pode significar uma tarefa sem sentido. Isso exige a busca por outras estratégias de realização de objetivos.

Se a busca pela maior realização possível da racionalidade prática é um objetivo do discurso jurídico em qualquer nível, a tese do triplo condicionamento do direito e as dificuldades dos mecanismos de correção aproximativos para orientar *ex ante* as decisões jurídicas mostram que há limites para se fazer isso caso a caso, ou seja, no âmbito de decisões de primeira ordem. Por conseguinte, excluem-se propostas que pretendem realizar o objetivo de aproximação do discurso jurídico do discurso ideal e de seus respectivos resultados *diretamente*. O ponto decisivo, então, é saber se é possível realizar aquele objetivo *obliquamente*. Em outras palavras, já que estratégias *maximizadoras* de promoção de racionalidade para a decisão jurídica são inviáveis, coloca-se a pergunta, se não é possível buscar uma resposta *otimizadora* ou mesmo *satisfatória*.

Estratégias maximizadoras deixam-se orientar na busca pelos melhores resultados em cada situação à luz de todas as circunstâncias.²⁰⁸ Elas são, como visto, inatingíveis sob as referidas limitações. As outras duas estratégias podem ser consideradas como estratégias de maximização indireta ou de segunda ordem²⁰⁹, porque elas levam a sério os custos e os constrangimentos para a tomada de cada decisão sob condições reais. Assim, uma estratégia de otimização é aquela que busca a melhor forma possível de alcançar certo objetivo à luz dos limites existentes, o que implica nem sempre investir todos os recursos na análise de cada caso particular. Nesse contexto, ela não deve ser confundida com estratégias de otimização de primeira ordem, como a busca, de acordo com a teoria dos princípios, por soluções ótimas de pareto para colisões de princípios.²¹⁰ Por sua vez, uma estratégia satisfatória, como vimos, pode ser definida pela busca do “suficientemente bom” (*good enough*). Nela o tomador de decisão busca soluções até encontrar uma que satisfaça minimamente os seus critérios e se abstém, então, de considerar outras possíveis alternativas. As vantagens alcançadas são claras: “[b]y satisficing with respect to

²⁰⁸ Adrian Vermeule, Three strategies of interpretation, in: *San Diego Law Review* 42 (2005), pp. 607-628, p. 607, 610.

²⁰⁹ Id. p. 608, 610.

²¹⁰ Robert Alexy, On the structure of legal principles, in: *Ratio Juris* v. 13, nr 3, sept. 2000, pp. 294-304, p. 298. Como estratégia de primeira-ordem, a busca por uma solução ótima é também inalcançável em grande parte dos casos, já que apenas resultados subótimos são praticáveis. Cf. A respeito Niklas Luhmann. *Zweckbegriff und Systemrationalität*, p. 115. Por esse motivo, a teoria dos princípios não pode negligenciar a possibilidade de trabalho com resultados subótimos para casos individuais.

the particular decision at hand, the satisficer conserves time and other resources that may then be expended on other decisions”.²¹¹

Diante dessas possibilidades, a busca pela maior promoção possível da racionalidade prática depende fundamentalmente da estruturação de uma adequada estratégia de maximização indireta. E esse é exatamente o objetivo de Alexy com a sua exigência de institucionalização. Para Alexy, a maior realização possível da razão prática é alcançada por meio da arquitetura do discurso jurídico. Nas suas palavras: “o direito [é] um meio necessário para a realização da razão prática na realidade”.²¹² A aproximação do discurso ideal se dá, então, em primeiro lugar por meio da criação de um ambiente *ótimo*, no sentido referido, para a tomada de decisão, a saber, o ambiente institucionalizado e autoritativo do direito²¹³, onde o ideal de racionalidade discursiva pode ser realizado na maior medida possível em face dos limites do discurso real.

Pode-se dizer que deferência à autoridade legítima em um cenário como o dos Estados constitucionais democráticos contemporâneos é, para Alexy, uma solução encontrada para lidar com a reduzida importância dos ideais aproximativos como ferramentas que orientam *ex ante* o alcance de respostas discursivamente válidas sob condições reais de decisão. Nesse caso, uma decisão é, pois, respeitada não pela comprovação da sua correção em comparação com resultados ideais, mas sim pelas competências institucionais do tomador de decisão. Exceções seriam justificadas, como na Fórmula de Radbruch²¹⁴, apenas em casos de injustiça insustentável, ou seja, nas bordas do sistema jurídico. Dessa forma, a institucionalização do discurso prático geral e o reconhecimento da dimensão autoritativa do direito seriam fundamento não só para superar os problemas estruturais da teoria do discurso (como o problema da construção), como também para solucionar todas as dimensões do problema do critério. Por meio da institucionalização, como vimos, Alexy defende a criação das condições *estruturais* ótimas para a realização da razão prática. No entanto, a afirmada otimalidade do ambiente institucional não é capaz de garantir que

211

Adrian Vermeule, *Three strategies of interpretation*, p. 610.

²¹² Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 431.

²¹³ Idéias parecidas de racionalidade por meio do ambiente de decisão podem também ser encontradas em contratualistas como Hobbes e Locke.

²¹⁴ Na resumida versão da fórmula formulada por Alexy, a fórmula prescreve que “direito injusto não é direito”. Cf. Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 159. Cf. também Gustav Radbruch. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: do mesmo, *Rechtsphilosophie*. 2a. Edição. Müller, 2003, pp. 211-219.

as decisões nele tomadas também sejam consideradas *individualmente* as melhores possíveis. Em outras palavras, a otimização por meio da estruturação do ambiente não implica, por definição, que as decisões tomadas em suas fronteiras serão sempre as melhores ou mesmo corretas. A institucionalização é apenas condição necessária de possibilidade de otimização da razão prática, mas não é condição suficiente para a maximização da correção dos julgamentos singulares. É preciso que o discurso legislativo, o discurso jurídico geral e o discurso judicial deixem-se também conduzir pelo ideal aproximativo mediante outros instrumentos.²¹⁵ Naturalmente isso não significa também afirmar a irrelevância das condições estruturais de tomada de decisão. Sem elas, a incerteza das decisões práticas seria absolutamente incontrolável. O ponto de vista de Alexy é, por isso, especialmente útil para se entender porque é preciso investir na racionalidade tanto das decisões jurídicas em si, como para justificar a relevância da institucionalização dos procedimentos reais de tomada de decisão na busca pela administração da incerteza que as condiciona.

2.1.2 Soluções para os problemas epistêmicos da decisão judicial: bases metodológicas

As conclusões do item anterior mostram que o grau de promoção da racionalidade da decisão jurídica pode ser analisada tanto estática (*i.e.* em cada julgamento normativo singular) como dinamicamente (*i.e.* globalmente dentro de certo espaço de tempo). Além disso, a busca por racionalidade pode se dar tanto direta como indiretamente. No primeiro caso, são usadas estratégias maximizadoras, enquanto no segundo são usadas estratégias otimizadoras ou satisfatórias. A principal diferença entre os dois grupos consiste no fato de que as segundas

²¹⁵ Alexy, por exemplo, investe no complemento de racionalidade de decisões singulares por meio de mecanismos como a lei de colisão e a fórmula de sopesamento. Críticos entendem que essas ferramentas podem ser compreendidas como propostas de sobreracionalização da decisão jurídica, na medida em que elas são interpretadas como fórmulas nas quais os tomadores de decisão podem se orientar para alcançar as melhores respostas sob a consideração de todas as circunstâncias em cada caso. Para Schauer, por exemplo, Alexy maneja tanto a ponderação como a subsunção quase como “equally formally rational and, more important, equally objective”. Frederick Schauer. *Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text*, in: *University of Virginia Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2009, Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1403343, p. 5. Contra objeções de tal natureza é importante destacar que para Alexy “[t]he real premisses of the Weight Formula are not numbers but judgements about degrees of interference, the importance of abstract weights and degrees of reliability”. Cf. Robert Alexy. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in: *Ratio Juris* v. 16, nr. 4, dez. 2003, p. 448.

preocupam-se com a formulação de estratégias de decisão que visam o maior alcance possível de racionalidade de julgados singulares a partir da consideração das limitações que dificultam a adoção de simples estratégias maximizadoras como as mais adequadas. Pensar nesses limites significa pensar nas restrições epistêmicas decorrentes do triplo condicionamento da decisão jurídica. Porque o pensamento jurídico encontra-se externa e internamente limitado, os processos jurídicos de tomada de decisão incluem necessariamente custos para a obtenção e o processamento de informação. E porque recursos como tempo e informação são limitados, qualquer tomador de decisão ou ambiente de tomada de decisão não deve negligenciar os custos de oportunidade vinculados a reunir em todos os casos o maior conjunto possível de dados quando se coteja a solução do caso presente com outros que também requerem a aplicação de recursos escassos.

Sob o ponto de vista metodológico, essas observações sublinham a importância de uma tripla perspectiva para se pensar modelos teóricos de promoção de racionalidade em domínios limitados como o do Direito. Em primeiro lugar as análises devem se preocupar com os efeitos futuros das possíveis sugestões para determinados valores jurídicos, como justiça, segurança, liberdade e democracia. Isso significa que elas devem ser estruturadas em meios *consequencialistas*. Ademais, como vimos, a justificação de um determinado modelo de decisão como o mais adequado em um ambiente repleto de limitações depende, em segundo lugar, de *análises de segunda ordem* ou de maximização indireta. Finalmente, já que resultados ideais não podem ser alcançados na realidade, essas análises devem também pressupor, em terceiro lugar, uma teoria do *second best*.

2.1.2.1 Consequencialismo formal

A busca por uma estratégia de maior realização possível das condições de racionalidade do sistema jurídico é também uma tarefa que deve ser justificada racionalmente. E, se a maior realização possível de tais condições pode ser vista como um objetivo, uma maneira adequada de discuti-la é por meio de uma racionalidade orientada para finalidades.

O tipo de análise proposto parte dos *elementos* de uma teoria da escolha racional. Esse modelo “serve como uma heurística, não como dogmática”²¹⁶ e a escolha dos seus elementos deixa-se fundamentar apenas pela necessidade de redução da complexidade de uma análise orientada para finalidades. Pensar prospectivamente deve seguir, portanto, um determinado procedimento, que, ademais, diferencia a presente concepção de racionalidade orientada para finalidades de outras concepções. Dessa forma, a racionalidade de análises preocupadas com a realização de objetivos deve-se orientar, no geral, nos seguintes três passos: a indicação de um conjunto de alternativas de decisão, a definição dos possíveis estados do mundo relacionados a cada alternativa de decisão e a escolha de um critério com base no qual esses possíveis estados do mundo possam ser avaliados e ordenados segundo uma função *payoff*.²¹⁷ A realização das associações “alternativas de decisão/estados do mundo” corresponde à dimensão *descritiva* ou *positiva* do procedimento de decisão. A justificação e a aplicação do critério com base no qual os efeitos dos possíveis caminhos serão apreciados expressam a sua dimensão *normativa*.

Enquanto procedimento, o modelo de análise citado é meramente formal. Ele não pressupõe qualquer compromisso com um específico critério de avaliação dos estados do mundo, com uma postura mais ou menos conservadora do tomador de decisão e tampouco sugere que uma decisão deva ser sempre tomada com base na análise prospectiva. A análise consequencialista é, nessas bases, uma simples metodologia de justificação racional de tomada de decisão. Ela não pressupõe uma concepção do bem e tampouco do correto. Ela conduz o tomador de decisão para a alternativa de decisão que é capaz de produzir as melhores *consequências relativas*, ou seja, de produzir um estado de coisas que realiza um determinado valor em uma medida maior em comparação com as demais possíveis soluções. Em outras palavras, uma decisão orientada para finalidades pode ser considerada racionalmente justificada se promove um determinado bem em uma medida maior do que as outras possíveis alternativas de decisão.

Essa concepção formal, então, afasta qualquer possibilidade de identificação necessária do consequencialismo referido com o utilitarismo ou qualquer outra concepção ética teleológica do bom ou do correto ou com um tipo de racionalidade puramente instrumental. A abordagem

²¹⁶ Karl Homann. Die ökonomische Dimension der Rationalität, in: M. Hollis e W. Vossenkuhl, (Org.), *Moralische Entscheidung und rationale Wahl*. München: R. Oldenburg Verlag, pp. 11-24, p. 19.

²¹⁷ Os elementos citados resumem as condições necessárias para a racionalidade de juízos prospectivos. Para um modelo mais complexo, que se preocupa com problemas de incerteza, cf. Simon, A Behavioral Model of Rational Choice, in: *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, nr. 1 (Feb. 1955), pp. 99-118, p. 102.

consequencialista formal sugerida exige simplesmente que a busca por mecanismos de aumento ou promoção da racionalidade da decisão jurídica não negligencie as consequências vinculadas a cada proposta. Fazer isso é, na verdade, compatível com qualquer concepção ética ou modelo de racionalidade, porque, por um lado, qualquer teoria que se ocupa com a correção de atos deve levar as consequências a sério (de acordo com Rawls “one which did not would simply be irrational, crazy”²¹⁸) e, por outro, “toda ação humana racional possui uma estrutura teleológica”.²¹⁹ Por esses motivos, o método indicado envolve apenas uma metodologia fundamental de justificação de medidas destinadas a promover certos objetivos no nível prático.

2.1.2.2 Decisões de segunda ordem

Um modelo de racionalidade formal-consequencialista pode ser aplicado em análises de primeira e de segunda ordem. No primeiro caso, a procura pela alternativa de decisão que produz as melhores consequências em função de um determinado valor é feita em cada momento de decisão, ou seja, de forma particularista. No segundo caso, a análise se desenvolve em um metanível, no qual são considerados os efeitos dinâmicos vinculados ao uso de diferentes estratégias de primeira-ordem. Em outras palavras, uma decisão de segunda ordem não está preocupada com casos específicos, mas sim com as soluções de uma estratégia de decisão que possa produzir os melhores efeitos globais à vista de um determinado valor. Nessas bases é possível justificar por que nem sempre estratégias maximizadoras são as melhores para a promoção de determinados valores como segurança jurídica, eficiência ou justiça, ou mesmo dos fins imediatos objetivados por elas²²⁰, quando os custos de erro, efeitos de longo-prazo e alguns efeitos colaterais são levados a sério em um ambiente de limitações epistêmicas. O ponto central é que a racionalidade prática inclui mecanismos de autocrítica, o que a permite revisar ou simplesmente não endossar estratégias de ação indiretamente *self-defeating* e de perceber igualmente as desvantagens globais de estratégias de ação e decisão. Nesse sentido a

²¹⁸ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 26.

²¹⁹ Alexy, *Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft*, p. 13, nota 17.

²²⁰ Nesse sentido, David Gauthier. *Moral Dealing. Contract, Ethics and Reason*. Ithaca/London: Cornell University Press, p. 224 e R.M. Hare. *Moral Thinking. Its Levels, Method and Point*. Oxford: Clarendon Press, 1981, cap. 3.

racionalidade prática não se ocupa apenas com a avaliação das alternativas específicas de ação, mas também com a avaliação das diferentes concepções a respeito de como devemos decidir. Ela atua, assim, não somente em um primeiro nível, mas também em um segundo nível ou nível crítico, no qual se desenvolvem decisões de segunda ordem. Assim, em curtos meios, decisões de segunda ordem são decisões sobre como decidir.²²¹

Um exemplo claro de aplicação de uma concepção desta natureza encontra-se na crítica de Gauthier contra a concepção de racionalidade como *straightforward maximization*. Essa é uma postura egoísta, de acordo com a qual o indivíduo escolhe sempre a alternativa de decisão que lhe garante a maior utilidade. Seu objetivo, em outras palavras, é “individual utility maximization”.²²² Para Gauthier a aplicação permanente de tal postura conduz a um resultado autodestrutivo, na medida em que ela exclui acordos cooperativos.²²³ A vida em uma sociedade não inclui apenas ações independentes, mas também ações interdependentes, ou seja, ações que dependem de decisões dos outros e influenciam as decisões dos outros. Nesse cenário, buscar sempre a maximização individual pode levar a resultados contraditórios porque nem sempre pensar em seus próprios objetivos produz resultados ótimos. Um acordo, por isso, é observado por um egoísta apenas enquanto ele representa um curso de ação que lhe traz maiores benefícios em comparação a outras possíveis alternativas. Por conseguinte ele está permanentemente propenso a descumprir acordos quando isso não lhe parecer mais “racional”. Mas essa postura é, no entanto, problemática, pois ela conduz o agente racional constantemente a dilemas dos prisioneiros. Porque grande parte das decisões de um egoísta também depende das decisões de outros agentes, seguir os seus próprios interesses (ou seja, sem considerar os impactos das escolhas dos outros sobre a sua própria situação) conduz a resultados globais subótimos, como mostra a matriz:

A₁ A₂

²²¹ Cf. Cass Sunstein e Edna Ullmann-Margalit. Second-Order Decisions, in: *Chicago Public Law and legal Theory Working Paper*, [S.l.], n° 75, okt. 1999, pp. 1-37, p. 3: „By second-order decisions we refer to decisions about the appropriate strategy for reducing the problems associated with making a first-order decision. Second-order decisions thus involve the strategies that people use in order to avoid getting into an ordinary decision-making situation in the first instance. There are important issues here about cognitive burdens and also about responsibility, equality and fairness. In law, for example, some judges favor a second-order decision in favor of rules, on the ground that rules promote predictability and minimize the burdens of subsequent decisions”.

²²² Gauthier, *Moral Dealing*, p. 209.

²²³ Id., p. 223ss.

B ₁	-1,-1	-8,0
B ₂	0,-8	-5,-5

No jogo apresentado, é claro que a estratégia B₂ é dominante para o jogador 1, enquanto a estratégia A₂ é dominante para o jogador 2. Em outras palavras, independentemente do que o outro jogador faça, os melhores resultados para cada um dos jogadores decorrem das estratégias B₂ e A₂. Dado que ambos os agentes são egoístas racionais e que, por isso, seguirão as suas estratégias dominantes, a situação de equilíbrio do jogo conduziria ao resultado (B₂, A₂). Esse resultado, no entanto, não é o resultado global ótimo, na medida em que o par (B₁, A₁) implica maiores benefícios para cada jogador. Superar essa dificuldade pressupõe, então, que os jogadores façam algum tipo de acordo em favor da adoção, por ambos, das estratégias B₁ e A₁. O problema, neste caso, consiste no fato de que um suposto acordo em favor do resultado ótimo jamais seria respeitado por um egoísta, uma vez que tal acordo pressupõe a adoção de estratégias não dominantes pelos jogadores, ou seja, alternativas de ação que não satisfazem os seus critérios de racionalidade. É preciso, então, considerar os efeitos vinculados à aplicação de uma postura egoísta, ou seja, levar adiante uma análise de segunda ordem que compara os efeitos esperados do egoísmo com alguma outra estratégia de primeira-ordem. Nesse sentido, Gauthier propõe uma *condition of constrained maximization* como estratégia de ação que conduz a resultados globais ótimos.²²⁴ Essa condição inclui a importância de respeitar acordos e cria, assim, uma estratégia mais racional em contextos de ação interdependente.

Outra forma de compreender as relações entre decisões de primeira e de segunda ordem na construção de um modelo de justificação é por meio da diferenciação entre utilitarismo de atos e de regras. Um utilitarismo de atos é, *grosso modo*, essencialmente uma estratégia de maximização direta do bem-estar humano.²²⁵ Como tal, ela depende de uma série de inputs para que decisões corretas sejam tomadas em cada caso, o que esbarra nas limitações epistêmicas do pensamento humano. Além disso, em função do seu caráter impessoal e tendencialmente individualista, a aplicação de um utilitarismo de atos (*i.e.* a pretensão permanente de promover o

²²⁴ Gauthier, *Moral Dealing*, p. 227.

²²⁵ R. G. Frey. Act-Utilitarianism, in: Hugh la Follette (Org.), *The Blackwell Guide to Ethical Theory*. Oxford/Massachussets, 2000, p. 165, 171.

bem-estar em todos os casos) pode implicar consequências contraintuitivas²²⁶, especialmente quando direitos fundamentais estão em jogo. Para superar essas dificuldades, teóricos utilitaristas desenvolvem meta-análises para buscar uma realização indireta do bem-estar, mas que possa também se justificar em termos utilitaristas. A ironia está exatamente no fato de que o utilitarismo de atos não é capaz de se justificar em termos utilitaristas. Como alternativa, o utilitarismo de regras pretende realizar o referido bem-estar indiretamente: a correção de uma ação (que é definida em função do bem, que, por sua vez, está vinculado ao bem-estar humano) não depende das suas próprias consequências particulares, mas sim das consequências vinculadas ao respeito a um conjunto de regras, o qual, em uma análise global, promove o bem-estar na maior medida possível.²²⁷ O utilitarismo de regras é, por conseguinte, um modelo de decisão prática que pretende maximizar indiretamente o bem-estar humano.²²⁸

Decisões de segunda ordem são, pelo exposto, fundamentais em contextos de decisão nos quais a maximização de qualquer valor não pode ser alcançada de forma direta ou quando os custos para alcançar sempre os melhores resultados em cada caso é tão alto que supera os benefícios marginais do encontro da resposta.²²⁹ É preciso, nesse contexto, sempre reforçar que o ambiente de tomada de decisão jurídica é fortemente limitado. Por isso, investir muito em um determinado caso implica sempre reduzir a quantidade de recursos disponíveis para lidar com outros. Se isso é correto, a busca pelo maior grau possível de racionalidade das decisões judiciais deve incluir também análises de segunda ordem, que devem ser realizadas tanto na estruturação do sistema jurídico, como na definição de estratégias para lidar com casos particulares (especialmente os casos difíceis).

²²⁶ J. L. Mackie. Utility and Universalization, in: R. G. Frey (Org.), *Utility and Rights*. Oxford: Basil Blackwell, 1985, p. 91.

²²⁷ Brad Hooker. Rule-Consequentialism, in: Hugh la Follette (Org.), *The Blackwell Guide to Ethical Theory*. Oxford/Massachusetts, 2000, p. 183.

²²⁸ É por meio de estratégias indiretas de maximização do bem-estar que utilitaristas como Hare tentam, por exemplo, justificar a compatibilidade do utilitarismo com direitos fundamentais. Em sua teoria, Hare diferencia dois níveis de pensamento moral, a saber um nível crítico, que corresponde ao plano das meta-análises de decisões em casos específicos, e um intuitivo, que representa o âmbito das decisões de primeira-ordem. Hare defende um utilitarismo de atos apenas no nível crítico, enquanto o nível intuitivo deixa-se guiar pelas regras de ação desenvolvidos no nível crítico que possuem aceitação geral (*i.e.* regras universalizáveis) e incorpora certos direitos substantivos. À luz desses pressupostos é possível, para ele, maximizar a utilidade. Cf. Hare, *Moral Thinking*. Ver também, do mesmo autor, Rights, Utility and Universalization. Reply to J.L. Mackie, in: R. G. Frey (Org.), *Utility and Rights*. Oxford: Basil Blackwell, 1985, pp. 106-120.

²²⁹ Cf. por exemplo Vermeule, *Three Strategies of Interpretation*, p. 614.

2.1.2.3 Perspectivas *second best* e a reduzida relevância dos modelos ideais

A impossibilidade de alcançar o maior grau possível de racionalidade em cada decisão, *i.e.* de maximizar a racionalidade de cada decisão jurídica, sugere a busca por modelos de decisão e ambientes que possibilitem a realização indireta daquele objetivo. Mas é preciso sublinhar que a procura por soluções otimizadoras pode ser mais complexa do que o simples recurso à maximização e que os mesmos constrangimentos epistêmicos que agem sobre as decisões de primeira-ordem também agem sobre as decisões de segunda ordem. A diferença material entre os dois modelos de maximização (direta e indireta) consiste em que as tentativas de maximização indireta partem da impossibilidade de maximização direta porque são conscientes da existência de limites. Por isso a busca por otimização também envolve cálculos complexos, já que ela ambiciona o alcance dos melhores resultados mediante a consideração de todos os custos e limitações envolvidos na decisão de casos singulares²³⁰. Dessa forma é ingênuo acreditar que a consciência da existência de constrangimentos cognitivos e limitações para conseguir e processar novas e antigas informações é suficiente para o alcance de respostas ideais. Pelo contrário, mesmo diante de modelos de otimização a ideia de aproximação permanece presente. Pensar com modelos contrafáticos de correção como os de Dworkin e Alexy implica, então, a necessidade de busca real, em qualquer nível (ou seja, tanto direta quanto indiretamente), pelo melhor *second best*.

A principal causa para a inevitabilidade de trabalho com perspectivas *second best* reside na impossibilidade de identificação de todos os fatores que impedem o preenchimento das condições necessárias para a maximização de qualquer objetivo. Por esse motivo, torna-se impossível quantificar os custos envolvidos nesse processo. O raciocínio é simples: se não é possível identificar todos os constrangimentos, não é possível otimizar qualquer função-objetivo. A diversidade das limitações epistêmicas extra e intrajurídicas e a multiplicidade de fatores contingentes e vieses que podem afetar as capacidades epistêmicas de tomadores de decisão impossibilitam a identificação do conjunto de problemas a serem superados. Alexy, por exemplo,

²³⁰ Vermeule, *Three Strategies of Interpretation*, p. 610s. Segundo o autor a complexidade da busca por resultados ótimos é tão grande, que “[t]he antonym of satisficing (...) is not simpleminded maximizing. Rather it is optimizing, by which we denote maximization that takes into account constraints, such as the cost of searching for further information and options”.

define um discurso ideal por meio de um conjunto composto por seis propriedades (ou seja, “tempo limitado, participação limitada e limitada ausência de coerção com limitada clareza linguístico-conceitual, informação empírica limitada, capacidade limitada para o câmbio de papéis e imparcialidade limitada”²³¹). Mas parece claro que não são *apenas* esses fatores que limitam os discursos reais. A institucionalização do ambiente de decisão é, como vimos, um elemento que contribui para a maximização indireta da racionalidade das decisões jurídicas, mas isso é pouco, se se considera a pluralidade de modelos institucionais em vigor nos Estados constitucionais contemporâneos. Com outras palavras, a defesa da institucionalização em abstrato não implica a defesa de um modelo institucional determinado. E não poderia ser diferente, se se pensa nos diversos fatores que diferenciam as realidades de cada um desses Estados. Ademais a institucionalização não é a única condição para a maior realização possível da racionalidade prática no âmbito jurídico. A formação dos tomadores de decisão, por exemplo, é um fator que influencia decisivamente suas capacidades epistêmicas. Finalmente, nada garante que a variação positiva em um fator de limitação epistêmica produza resultados globais melhores. Os primeiros problemas apontados estão relacionados ao *conhecimento* de todas as condições que limitam a argumentação jurídica. Mas a realização máxima – direta ou indireta – de qualquer objetivo também envolve problemas de *coordenação* entre as soluções destinadas a lidar com as limitações. Ainda que fosse possível conhecer todas as limitações (assumamos, por exemplo, que elas se resumem às seis condições identificadas por Alexy), não é possível dizer como possíveis medidas destinadas a reduzi-las devem ser coordenadas para que se alcance um resultado ótimo. Devem as medidas se ocupar apenas com o tempo limitado? Só com a imparcialidade? Com todas elas? Em que grau? Se for possível apenas lidar com um desses fatores, chega-se a resultados globais melhores?

A dificuldade de determinar quais são os elementos que influenciam a correção de uma decisão ou conjunto de decisões e com que peso cada um deles contribui para a maior realização possível da racionalidade prática afeta, como visto, a utilidade desses modelos como mecanismos de orientação. Mas ambos os problemas afetam também a própria força explicativa dos mesmos, o que reduz substancialmente a relevância de mecanismos ideais de correção como aqueles aqui analisados. Uma tal consequência segue-se essencialmente da própria estrutura *positiva* desses

²³¹ supra, p. 40.

modelos contrafactuais, ou seja, de modelos cuja eficácia depende sempre da *adição* de condições de operacionalização. Uma das utilidades fundamentais de modelos contrafáticos é justificar relações causais empiricamente não comprováveis em ambientes caracterizados por uma quantidade grande de variáveis. Nesse sentido, um modelo contrafático é uma estratégia de justificação que pretende explicar a causa de certos fenômenos sem a necessidade de verificação real das hipóteses levantadas. Ao contrário, a validade metodológica das explicações está relacionada não a análises empíricas específicas, mas sim, em casos como esse, à confiabilidade dos pressupostos da teoria usada para justificar certas relações causais.²³² Assim, a importância prática de um modelo contrafactual para a orientação de conclusões reside na sua consistência para esclarecer julgamentos como “K é a causa para o resultado E”. Normalmente essas análises possuem um caráter *negativo*, ao serem feitas em cenários caracterizados pela presença de certos fatores, que são posteriormente retirados (ou considerados com um peso diferente) para se medir a sua real força causal. Com outras palavras, toma-se uma determinada situação e supõe-se o caso contrafático em que um determinado fator do cenário real está ausente. A partir dessa análise é possível, então, afirmar se o referido fator pode ser considerado causa para um determinado resultado. Assim funcionam os principais modelos de justificação contrafactuais em campos como a ciência política.

Ao contrário, modelos contrafactuais de correção como os de Dworkin e os relacionados a aplicações da teoria do discurso se servem de uma estrutura positiva para explicar a força causal de certos resultados, uma vez que eles partem não da retirada, mas da *inclusão* de certos fatores para explicar o *não* alcance de certo resultado tido como indesejável. Na base desses modelos, a análise de uma decisão considerada insuficientemente justificada é feita a partir da representação de um contexto em que um fator é alterado e procura-se saber se, nesse cenário contrafático, a mesma decisão estaria mais ou suficientemente justificada. Enquanto, então, as análises contrafáticas negativas se ocupam da questão “na ausência do fator K no cenário S, teria o mesmo resultado E sido obtido?”, os modelos positivos se ocupam, por sua vez, da questão “tivesse o fator K sido inserido no cenário C, teria o resultado E não sido obtido?”. Nesses casos, a principal dificuldade dos modelos consiste em identificar a real força de um fator considerado como causalmente relevante para a realização de certo estado de coisas à luz de todas as possíveis

²³² James D. Fearon. Counterfactuals and Hypothesis testing in Political Science, in: *World Politics*, vol. 43, nr. 2, p. 176.

variáveis envolvidas. Não se nega que as teorias sobre as quais esses modelos se sustentam são capazes de justificar de forma confiável a importância de um determinado elemento (maior igualdade das partes, por exemplo) para o atingimento de um resultado específico (maior grau de realização da racionalidade prática na fundamentação de decisões jurídicas, por exemplo). O que se questiona, no entanto, é a consistência da teoria para, apenas a partir de um determinado grupo limitado de fatores, medir a força efetiva de um fator causal para o alcance do resultado pretendido e impedir a ocorrência de efeitos indesejáveis em um ambiente real mais complexo em comparação àquele imaginado pela teoria. Nesse aspecto, a confiabilidade dos modelos contrafáticos positivos aqui analisados é discutida em razão da sua incompletude metodológica para sustentar a plausibilidade das suas explicações. Ao contrário dos modelos negativos, a plausibilidade das relações causais justificadas por modelos positivos depende fundamentalmente da fundamentação de que (i) a implementação das condições defendidas pelo modelo é capaz de conduzir ao resultado pretendido também em um ambiente subideal e (ii) outras mudanças não são indispensáveis para afetar decisivamente o resultado. Tais análises, no entanto, não são desenvolvidas pelas teorias consideradas. Assim, os modelos contrafáticos positivos usados por teorias da decisão jurídica como as de Alexy e Dworkin podem ser questionados tanto pela sua aptidão para orientar eficazmente processos reais de tomada de decisão, como por sua força persuasiva para explicar decisões imperfeitas (*i.e.* insuficientemente fundamentadas). Mas, em um mundo caracterizado por limitações epistêmicas, a força de uma teoria que pretende definir, a partir de construções contrafactuais, as condições positivas de possibilidade de realização de qualquer objetivo pode ser afetada não apenas pelo ataque aos seus pressupostos e à sua consistência interna, mas também pela apresentação de uma teoria mais confiável para produzir os resultados pretendidos. Nesse último caso, o recurso a uma perspectiva *second best* é uma alternativa mais consistente para lidar com as limitações decorrentes da dificuldade de operacionalizar as inúmeras informações e cálculos necessários para uma maior realização possível de qualquer objetivo por teorias daquela natureza.

Embora desenvolvida para lidar com os problemas de aplicação da otimalidade de Pareto, parte-se da possibilidade de se ampliar as conclusões de uma teoria geral do *second best* para qualquer modelo de otimização. De acordo com essa teoria, um resultado pode ser considerado um *second best* quando ele está sujeito a pelo menos uma limitação que impede o atingimento

pleno de pelo menos uma das condições necessárias de otimização.²³³ Mas como é possível chegar a uma solução desse tipo?

O teorema geral da teoria estatui: “if there is introduced into a general equilibrium system a constraint which prevents the attainment of one of the Paretian conditions, the other Paretian conditions, although still attainable, are, in general, no longer desirable”.²³⁴ Isso significa que a impossibilidade de realizar uma das condições necessárias para a otimização torna o preenchimento das outras pouco relevante para o alcance do melhor resultado possível diante dessa limitação. Como primeiro corolário da tese, não é possível afirmar que uma situação é melhor do que a outra porque nela um número maior de condições de otimização (mas não todas) são realizadas.²³⁵ Além disso, como segundo corolário, diante da existência de diversos constrangimentos que impedem o alcance de um resultado ótimo, a simples retirada de um deles não implica que o valor sob consideração será mais realizado. Se as outras limitações são mantidas, ele pode ser tanto aumentado, como reduzido ou permanecer inalterado.²³⁶

À vista desses pressupostos, a impossibilidade empírica de maximizar ou otimizar na maior medida possível, no sentido apresentado, a racionalidade do discurso jurídico reduz substancialmente a importância de modelos ideais positivos como os expostos e torna, por conseguinte, propostas baseadas em respostas *second best* mais plausíveis para o alcance daquele objetivo. Se a relevância de um modelo ideal está no oferecimento de ideais aproximativos para contextos reais de decisão, a teoria do *second best* mostra que, diante das limitações a que se submete o discurso jurídico, a impossibilidade de satisfazer qualquer um desses requisitos torna irrelevantes todos os demais. Por conseguinte, a melhor forma de promover qualquer objetivo em um ambiente caracterizado por limitações necessárias e constrangimentos contingentes é desistir dos discursos ideais.²³⁷ Porque suas pré-condições não podem ser preenchidas na prática, investir mais ou menos na promoção de outras condições de discursos ideais se revela uma tarefa sem sentido, pois nada garante que promover na maior medida possível determinadas (e não todas) as condições do discurso ideal garantirá necessariamente um ambiente de decisão melhor em

²³³ R. G. Lipsey e Kevin Lancaster. The General Theory of *Second best*, in: *The Review of Economic Studies*, vol. 24, nr. 1 (1956-1957), p. 12.

²³⁴ Id. p. 11.

²³⁵ Id. p. 12.

²³⁶ Id.

²³⁷ No mesmo sentido, Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, p. 5, 129.

comparação a outras possíveis possibilidades. Isso parece claro. Se, como vimos, fosse possível permitir que todos os participantes do discurso jurídico pudessem trocar livremente de papéis, isso não necessariamente seria vantajoso para a racionalidade jurídica, se a variável *tempo* permanecesse limitada. Uma analogia pode ser feita com a famosa “tragédia dos comuns”. De acordo com ela, a manutenção de um recurso finito (como a terra) em condições de demanda irrestrita e livre-acesso produz um resultado catastrófico: a consumação do recurso por conta da sua superexploração.²³⁸ A tragédia dos comuns é apenas um exemplo de que racionalidades maximizadoras ao lado de variáveis não ideais pode implicar resultados péssimos. Ademais nada pode garantir que um aumento, *no âmbito do faticamente possível*, apenas das condições apontadas pela teoria do discurso pode conduzir a resultados diferentes em comparação aos contextos atuais. Dessa maneira, a melhor forma de aumentar a racionalidade dos procedimentos reais de decisão jurídica é regulá-los em alguma medida²³⁹ e torná-los cada vez menos dependentes de modelos ideais ou estratégias individuais de maximização. Como visto, eles podem no máximo servir de mecanismos de correção *ex post* de resultados concretos ou exigências vagas de busca pelo melhor possível de utilidade prática questionável na orientação de decisões concretas.

2.1.3 Os limites da decisão jurídica: três alternativas de solução

Dado que a decisão jurídica está sujeita a uma série de limitações e que essas limitações afetam a qualidade da fundamentação de juízos normativos singulares, realizar a racionalidade em uma medida minimamente satisfatória em um determinado sistema jurídico exige, em princípio, soluções para lidar com as dificuldades epistêmicas dos participantes dos procedimentos jurídicos de decisão. Fundamental nesse caso é, antes de tudo, determinar como as limitações epistêmicas podem ser encaradas. Isso quer dizer que mais importante do que buscar soluções específicas para lidar com aquelas dificuldades (essas soluções podem ser de natureza normativa, procedimental, comportamental, institucional etc.) é saber o quão controlável é a

²³⁸ Garrett Hardin. The tragedy of the commons, in: *Science*, vol. 162, dez. 1968, pp. 1243-1248, especialmente p. 144s.

²³⁹ Essa é a conclusão de Hardin para os problemas vinculados às consequências do crescimento populacional.

incerteza decorrente das limitações cognitivas dos participantes do discurso judicial. Nesse contexto, considerar essa incerteza como mais ou menos controlável (ou mesmo incontrolável) influencia decisivamente a escolha dos meios apropriados para lidar com ela. Assim, é possível conceber três possíveis alternativas de solução: a solução da ficção, a solução da redução e a solução do controle.

2.1.3.1 A solução da ficção

A solução da ficção parte da desconsideração da incerteza vinculada às limitações cognitivas. Ela pressupõe que as limitações epistêmicas são tão complexas e variadas que não podem ser adequadamente controladas. Por esse motivo, tentar reduzir a incerteza que sobrepaira qualquer decisão jurídica é uma tarefa sem sentido. O melhor é simplesmente fingir que ela inexistente e imaginar que todos os juízos incertos formulados por participantes do discurso jurídico devem ser considerados “como se” fossem tomados sob condições de certeza.²⁴⁰ Nesse cenário, o máximo de racionalidade ambicionada por qualquer sistema jurídico e decisão judicial se reduz ao respeito às condições formais do processo decisório, às regras que definem competências e à deferência à autoridade.

Em outra versão, a solução da ficção pode atuar no plano da estrutura do problema de decisão: neste caso, ela prescreve a transformação de problemas de decisão sob condições de incerteza ou ignorância em problemas de decisão sob condições de risco por meio da aplicação do princípio da razão insuficiente. Como assim? Um problema de decisão estruturado como uma questão meio-fim (por exemplo, como promover na maior medida possível a racionalidade da decisão judicial) pode ser analisado em função do grau de certeza que as diferentes opções disponíveis podem ser associadas com os seus respectivos resultados. Quando essa relação é

²⁴⁰ A solução da ficção é, por exemplo, uma possível solução para lidar com os juízos empíricos orientados para finalidades do legislador democrático baseados sobre premissas incertas. Nesse caso, reconhecer uma margem de conformação avaliativa do legislador significa que o aplicador do direito deve partir da segurança suficiente de cada premissa daquele tipo. Essa segurança é, com outras palavras, fingida. Dentro das discussões sobre a existência de uma margem de conformação avaliativa defende Raabe que há uma “prioridade da solução de ficção”. Cf. Marius Raabe. *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 54ss, 88ss.

determinística (por exemplo: beber água é uma medida que certamente conduz ao resultado “matar a sede”), diz-se que a decisão se dá sob condições de certeza. Quando essa relação em vez de certa é simplesmente provável, ou seja, quando é possível associar uma probabilidade a cada possível evento, diz-se que a decisão se dá sob condições de risco. Quando se joga, por exemplo, par ou ímpar, sabe-se de antemão que a chance de vencer (*i.e.* de ocorrer o resultado almejado) é de 50%. Finalmente, quando é sem sentido ou absolutamente impossível definir as probabilidades de um evento que não é certo (por ex. se vou ser feliz se me casar com a primeira mulher que encontrar na rua ou como agiriam os homens se fossem colocados sob o “véu da ignorância” de Rawls), diz-se que a decisão se dá sob condições de incerteza ou ignorância.²⁴¹ O princípio da razão insuficiente é uma técnica que permite a transformação (fictícia, evidentemente) de problemas de decisão sob condições de ignorância em problemas de decisão sob condições de risco. Como não é possível definir o grau de probabilidade de ocorrência de qualquer resultado, presume-se, de acordo com tal princípio, que todos os eventos possíveis podem ocorrer com a mesma probabilidade.²⁴² Nesse caso, contudo, é importante destacar que o procedimento pressupõe que o tomador de decisão é capaz de identificar todos os possíveis resultados vinculados a cada alternativa de ação.

2.1.3.2 A solução da redução

Se, na linguagem da teoria da decisão, a solução da ficção parte da compreensão de que os problemas epistêmicos dos participantes do discurso jurídico implicam problemas de decisão sob condições de incerteza ou ignorância, a solução da redução considera tais problemas como problemas de tomada de decisão sob condições de risco. Isso significa que a incerteza dos processos jurídicos de decisão não é absoluta. Ela, na verdade, se limita, na grande maioria dos casos, a saber, o quão *confiável* é um argumento, informação ou prognose que não é formulado sob condições de certeza. E essa confiabilidade depende da *probabilidade* de ocorrência dos

²⁴¹ A respeito v. Michael D. Resnik. *Choices. An Introduction to Decision Theory*. Minneapolis/London: University of Minnesota Press, 1986, p. 13ss.

²⁴² Id., p. 35ss e Vermeule, *Judging under Uncertainty*, p. 173ss.

resultados vinculados a cada um dos juízos causais ou teleológicos sobre os quais cada argumento, informação ou prognose se sustenta.

Nesse cenário, a solução da redução ambiciona atuar sobre a aceitabilidade das decisões encontradas sob condições de risco por causa das limitações epistêmicas dos atores jurídicos. E isso pode ser feito de duas formas. Por um lado, é possível lidar com o risco por meio da redução das exigências sobre a segurança das probabilidades. À luz da força das limitações epistêmicas é possível, nesse caso, assumir como mais confiáveis decisões que se sustentam sobre resultados pouco prováveis.²⁴³ Dessa forma, essa primeira proposta lida com as dificuldades cognitivas dos atores reduzindo as expectativas de racionalidade nos casos em que a incerteza não é absoluta, mas não pode ser eliminada. Nesse sentido, as soluções de redução podem ser reconduzidas a mecanismos de adaptação, que agem diretamente sobre os níveis de exigência dos participantes do processo decisório.²⁴⁴

Por outro lado, é possível tentar superar as limitações cognitivas dos atores por meio do investimento em meios de ajuda que ambicionam aumentar as suas capacidades epistêmicas. Essas medidas podem atuar sobre qualquer um dos níveis de limitações já referidos, ou seja, extrínsecas, intrínsecas ou institucionais²⁴⁵. Nesse caso, contudo, a grande armadilha pode encontrar-se em uma sobrevalorização de modelos ideais e na busca por aproximações de condições não preenchíveis, cuja utilidade, como visto, pode ser até mesmo nula, se considerarmos o principal teorema de uma perspectiva *second best*. Embora o investimento em meios que aumentem a capacidade epistêmica dos tomadores de decisão e demais participantes do discurso jurídico seja *prima facie* desejável, não se pode negligenciar que isso *nem sempre* implicará efetivo aumento de racionalidade no sistema jurídico e em cada decisão particular.

2.1.3.3 A solução do controle

²⁴³ Solução parecida é proposta por Ernst Ludwig Nell. *Warscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*. Berlin, 1983, p. 225 e usada por Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, p. 61ss.

²⁴⁴ A respeito Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, p. 122s.

²⁴⁵ Exemplo de proposta nessa direção é a de Vermeule, de acordo com a qual a inclusão de juízes formação em direito na suprema corte é uma maneira de aumentar as suas capacidades epistêmicas. Cf. Vermeule, *Law and the limits of reason*, cap. 4.

A solução do controle pretende apenas, como o nome sugere, manter sob controle o nível de insegurança das decisões tomadas sob condições de limitação epistêmica. Ela não abstrai a existência da incerteza, como a solução da ficção, mas também não pressupõe o investimento em medidas de aumento das capacidades epistêmicas dos atores ou uma redução nas pretensões de racionalidade da decisão jurídica, como a solução de redução. Ao contrário, a solução do controle ocupa-se especialmente em impedir que o grau de incerteza existente aumente. Dessa forma, a racionalidade da decisão jurídica poderia ser resumida na busca permanente por manter sob controle os níveis de incerteza.

O objetivo principal desse tipo de solução é impedir que a tentativa de busca por maiores informações ou reforço das capacidades cognitivas dos tomadores de decisão implique um efeito autodestrutivo. Controlar a incerteza significa, neste caso, não ampliar as fronteiras que definem o direito como um domínio limitado. Ampliar excessivamente o conjunto de informações ou os métodos de decisão disponíveis para tomadores de decisão pode significar, como efeito colateral, um aumento de incerteza. Em outras palavras, parte-se de uma relação paradoxal entre a pluralidade de inputs decisórios e a capacidade desses inputs de aumentar a qualidade da justificação das decisões judiciais. Dessa forma, quanto mais complexo é o tipo de argumentação aceito no âmbito jurídico, maiores são as chances de a fundamentação das decisões ser insuficiente, já que, na maioria dos casos, as capacidades de processamento de informações e os vieses dos tomadores de decisões permanecem constantes. E quando elas não permanecem constantes, os obstáculos se deslocam para a dificuldade de lidar com a incerteza vinculada a novos métodos ou ao trabalho adequado com novas fontes de decisão. Isso porque, nesse caso, o direito invariavelmente internaliza os graus de incerteza associados a essas novas alternativas científicas²⁴⁶ e, não raro, por meio dessa internalização cria também conflitos entre racionalidades. É simples perceber esse tipo de problema quando se pensa (i) nas diferenças entre as formas tradicionais de solucionar problemas jurídicos, políticos, econômicos e morais ou (ii) na relação de tensão existente entre os princípios que conduzem a construção do conhecimento científico, que garantem o caráter aberto e, assim, provisório, de qualquer explicação ou

²⁴⁶ Niklas Luhmann. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1990, p. 325: “Durch Wissenschaft wird nicht Sicherheit, sondern gerade Unsicherheit gesteigert – in gerade noch tolerierbaren Grenzen”.

entendimento de um determinado fenômeno²⁴⁷, e a dimensão de autoridade do direito ou a sua função de estabilização de expectativas. Existe certamente uma potencial possibilidade de transição permanente do discurso puramente jurídico para o discurso interdisciplinar. Nos casos difíceis parece que as fronteiras do direito não são suficientes para o encontro de uma solução adequada e é difícil impedir que as cadeias de justificação externa não recorram a outros campos do conhecimento ou à opinião de expertos. A pergunta que se coloca, no entanto, diz respeito às consequências decorrentes de uma ampla abertura do direito para novos campos.²⁴⁸ Dentro das soluções deste tipo, manter a incerteza sob controle significa não transformar a decisão jurídica em um debate puramente científico ou reduzi-la a discussões de natureza econômica, política, social ou moral.

O controle da incerteza pode se manifestar de duas formas. Em primeiro lugar mediante a limitação dos tipos de informação e métodos considerados relevantes pelo direito para a enunciação de um juízo normativo singular. A forma mais comum de manifestação dessa solução de controle consiste em filtrar os diálogos entre o direito e outros campos do conhecimento com a ajuda de construções dogmáticas ou normas jurídicas. Em segundo lugar o controle da incerteza pode se realizar por meio da instituição de regras de parada na argumentação jurídica, ou seja, de regras jurídicas de argumentação que possibilitem o encontro da decisão em casos de incerteza sem que o procedimento de decisão dependa da inclusão de novos elementos e/ou da sua extensão infinita. Isso não é feito pela afirmação da validade das proposições teóricas ou empíricas incertas contidas nas cadeias de justificação externa, como ocorre nas soluções de ficção, mas sim pelo reconhecimento de que os dados disponíveis não são suficientes para justificar um determinado resultado. Nesse campo, como veremos, estão incluídos os principais efeitos dos ônus de argumentação.

Soluções de controle desempenham um papel fundamental no plano da suboptimalidade. Elas exprimem estratégias de decisão conservadoras, na medida em que privilegiam a manutenção de um estado de coisas certo em comparação a um estado de coisas melhor

²⁴⁷ Sobre esses problemas no nível da filosofia da ciência confira Georg Henrik von Wright. *Explanation and Understanding*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1971.

²⁴⁸ A respeito cf. Luis Fernando Schuartz. *Interdisciplinaridade e Adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência do direito*. Texto disponível em <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2174?show=full>.

meramente possível.²⁴⁹ Opções desse tipo seguem uma racionalidade específica. Essas estratégias deixam-se justificar especialmente por meio da predileção por valores como estabilidade e segurança para comparar estados do mundo. Essa preferência também vale para análises de segunda ordem. Nessas análises, a manutenção certa de um estado de coisas é confrontada com os efeitos vinculados à implementação de um meio incerto. No caso do direito, a manutenção dos níveis de incerteza atuais do sistema jurídico é comparada com os resultados vinculados à implementação exclusiva de mecanismos de redução e ficção, cuja eficácia é de antemão incerta para aumentar as capacidades epistêmicas dos tomadores de decisão. Esse último caminho pode tanto conduzir a um estado de coisas ótimo, como também pode produzir uma catástrofe. O estado de coisas ótimo revela-se por um aumento do número global de decisões corretas sem redução de segurança; a catástrofe se expressa por meio da redução tanto do número global de decisões corretas como da segurança. Há evidentemente soluções intermediárias. Mas todas permanecem apenas prováveis. Por esse motivo, as soluções de controle partem da necessidade de se manter a manutenção da incerteza conhecida – especialmente em situações de extremo risco ou incerteza.

2.1.3.4 Prioridade entre as soluções?

As referidas propostas de solução para lidar com as dificuldades epistêmicas de tomadores de decisão podem se refletir basicamente em dois planos da decisão jurídica. Por um lado, essas soluções podem se concretizar por meio de regras processuais ou de desenho institucional que objetivam geralmente o aumento das possibilidades cognitivas dos tomadores de decisão. Essas regras estão comumente associadas à instrução probatória, à admissibilidade de atores externos, ao modo como os tribunais são compostos, limitações recursais e quaisquer outras decisões que conformem/modificações que alterem as capacidades judiciais de acesso e processamento de informações e julgamento imparcial mediante influências sobre a *estrutura* do

²⁴⁹ Em sentido próximo cf. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, p. 123s, que fala de uma “adaptação por meio de funções latentes“. Nesse sentido “se e na medida em que há diversas soluções disponíveis pode-se sem sombra de dúvidas escolher aquelas que se aproximam ao máximo do status quo, ou seja, as menos danosas“. (p. 124).

procedimento de tomada de decisão. Essas soluções estão geralmente associadas às soluções de redução e são frequentemente frutos de decisões legislativas. Por outro lado, as soluções podem atuar diretamente sobre a *fundamentação* de decisões ao facilitar ou dificultar a justificação de certos argumentos apresentados sob condições de incerteza. Elas estão geralmente associadas às soluções de ficção e de controle e são frequentemente frutos de posturas jurisdicionais e construções da dogmática jurídica ou da teoria do direito.

Evidentemente cada uma das alternativas de decisão não exclui necessariamente a outra. Ao contrário, o investimento dosado em cada campo é a chave para lidar com as limitações do direito, já que o investimento em um único tipo de alternativa tende a aumentar globalmente as dificuldades dos tomadores de decisão à luz de problemas de incerteza. Pensar só em mecanismos de ficção tende a tornar a fundamentação judicial artificial e, por isso, irrelevante. Isso direciona a argumentação jurídica a puro decisionismo. Investir apenas em mecanismos de redução pode esgarçar as fronteiras que diferenciam o direito de outros domínios normativos ou até mesmo, paradoxalmente, reduzir a qualidade da fundamentação judicial, que se torna refém de modelos cada vez mais complexos de justificação. Finalmente, concentrar-se apenas em soluções de controle significa despedir-se de qualquer pretensão de redução da incerteza. Tentar uma implementação de cada proposta de solução no maior nível possível também seria sem sentido, já que haveria uma evidente contradição entre as medidas que visassem, na maior medida possível e ao mesmo tempo, desconsiderar a incerteza, eliminá-la e mantê-la sob controle. A realização desse objetivo depende de uma completa otimização, algo que, como vimos, nem sempre é faticamente possível. Mas a possibilidade de implementação subótima de cada uma das soluções também não deve ser considerada um problema. Pelo contrário, a pedra fundamental de uma teoria *second best* é a afirmação de que um *second best* pode existir *apesar da* subotimalidade de todos os seus elementos. “The system whose rules most closely approach the optimum, evaluating the efficiency of rules one by one, might well be the inferior system”.²⁵⁰ Assim, mais importante do que a busca incessante pela redução da incerteza é relacionar adequadamente cada uma das alternativas de solução para os problemas epistêmicos da decisão judicial. Isso implica que o investimento em cada solução não deve desconsiderar o papel desempenhado pelas outras, mas sim que elas devem ser concebidas como complementares. Em síntese, o alcance dos

²⁵⁰ Vermeule, *Law and the limits of reason*, p. 101.

melhores níveis de domesticação da incerteza em um sistema jurídico deve incluir tanto mecanismos de ficção, de redução e de controle.

2.2 Relações normativas de prioridade e a racionalidade do sistema jurídico

2.2.1 Sistema jurídico e decisão jurídica

O problema da racionalidade da decisão judicial é algo que pode ser analisado em diversos níveis e sob diversas perspectivas. O resultado das investigações desenvolvidas até o momento mostra que a maior realização possível da racionalidade prática na realidade não pode negligenciar as limitações epistêmicas dos tomadores de decisão e depende da implementação coordenada de soluções que atuem na redução, no controle e até mesmo na desconsideração da incerteza em certas situações. Esse é o caminho da otimização global (entendido em consonância com os postulados de uma perspectiva *second best*) das condições de racionalidade do sistema e da decisão jurídica.

Sistema jurídico e decisão jurídica, na verdade, andam juntos, quando se fala na solução de problemas jurídicos concretos como tarefa da teoria do direito.²⁵¹ Pensar na solução racional de problemas jurídicos pressupõe a aplicação do material jurídico disponível. Reduzir a complexidade dessa tarefa pressupõe, por sua vez, que os elementos jurídicos possam ser organizados de um tal modo que sejam capazes de selecionar alternativas de decisão e orientar a construção das cadeias de argumentação que justifiquem a solução encontrada para um determinado problema.²⁵² A organização dos referidos elementos pode se orientar em diversos critérios. No entanto, falar-se em uma organização *sistemática* significa que é possível reconstruir as suas peças como um conjunto dotado de unidade e ordem.²⁵³ Sob o conceito de ordem,

²⁵¹ Niklas Luhmann, Luhmann, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2004, p. 198.

²⁵² Nesse sentido afirma também Sieckmann: “O direito como sistema normativo não é, pois, apenas um conjunto estruturado de normas, mas tenta determinar como deve se decidir ou agir“. Jan Sieckmann. *Recht als normatives System*. Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 120.

²⁵³ Claus-Wilhelm Canaris. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 2. üb. Auflage. Berlin: Duncker und Humblot, 1983, p. 12.

pretende-se exprimir “um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade”.²⁵⁴ A idéia de unidade, por sua vez, modifica o elemento da ordem “para o efeito de não permitir uma dispersão numa abundância de singularidades desconexas, devendo, porém, deixá-las reconduzir-se a poucos princípios fundamentais.”²⁵⁵

No âmbito jurídico, essas ideias basilares apresentam-se, segundo Canaris, como “congruência valorativa” e “unidade interna da ordem jurídica”²⁵⁶. Elas não são apenas pressupostos do caráter científico da ciência do direito e postulados da metodologia, mas sim expressões derivadas da própria ideia de direito, já que elas se encontram intimamente conectadas com a máxima da igualdade (Gleichheitssatz) e, dessa forma, com o postulado da justiça (Gerechtigkeitspostulat).²⁵⁷ Ordem e unidade seriam, pois, ao mesmo tempo expressões das exigências “(i) de ausência de contradição da ordem jurídica e (ii) de realização da tendência generalizadora da justiça, que requer a ascensão da amplitude dos aspectos possivelmente relevantes no caso concreto para poucos princípios abstratos e gerais”.²⁵⁸ Mas a ideia de sistema jurídico não se deixa reconduzir apenas ao princípio da justiça. A construção de um sistema arraiga-se também na segurança jurídica, na medida em que ordem e unidade fomentam a realização de seus principais postulados, a saber, a determinação e a previsibilidade do direito, a estabilidade e a continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente a operacionalidade da aplicação do direito.²⁵⁹

Conceber o direito como um sistema no sentido referido é de crucial importância para a solução de problemas jurídicos, especialmente casos difíceis, porque a possibilidade de reconduzir os seus componentes a um grupo de elementos fundamentais (por exemplo, a princípios jurídicos²⁶⁰ ou valores²⁶¹ gerais) permite criar e visualizar relações entre todos eles e identificar mais claramente as fontes válidas de decisão. Nessas bases, a estruturação sistemática

²⁵⁴ Id.

²⁵⁵ Id., p. 12s.

²⁵⁶ Id., p. 13ss.

²⁵⁷ Id., p. 16. Cf. também Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 1974, p. 20.

²⁵⁸ Canaris. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 16s.

²⁵⁹ Id., p. 17.

²⁶⁰ Id., p. 46f.

²⁶¹ Id., p. 51.

do direito é a força motriz para solucionar problemas de pertencimento, compor os conflitos entre as normas que o integram e direcionar a decisão nos casos de colmatação de lacunas.

Do ponto de vista epistêmico, pensar o direito como uma estrutura sistêmica é relevante porque as suas fronteiras e conexões tornam possível identificar as fontes, dados e métodos relevantes para a tomada de decisão em um domínio limitado normativamente, mas aberto cognitivamente e conteudisticamente. A limitação normativa pode, na verdade, ser considerada um fechamento relativo. Sob uma perspectiva estática, exprime o sistema jurídico um fechamento relacionado às fontes de decisão, na medida em que, em um momento específico, seus elementos normativos estão *caeteris paribus* todos fixados. A determinabilidade estática das fontes esclarece, pois, em que sentido é possível falar-se sobre o fechamento do sistema jurídico. Sua abertura, no entanto, decorre da possibilidade permanente de novas compreensões dos seus elementos válidos e da delimitação de sentido dos princípios e disposições vagas nele integrados. Essa abertura deriva do caráter não insular e provisório do conhecimento científico.²⁶² Um sistema de normas não se constrói de si mesmo. Unidade, ordem e relações entre normas são na verdade resultados do trabalho contínuo do jurista, o qual, por sua vez, serve-se também do conhecimento científico disponível para realizar sua tarefa. A compreensão e a estruturação de um sistema dependem, assim, do estágio do conhecimento atual e a sua abertura é uma simples consequência do caráter provisório das hipóteses e conclusões científicas.²⁶³

Ao mesmo tempo, a abertura do sistema jurídico exprime-se também por meio da mutabilidade dos valores fundamentais da ordem jurídica e de certas propriedades dos seus elementos principais. A mutabilidade segue-se da possibilidade de desenvolvimento contínuo do sistema por meio da inclusão ou descobrimento de novos princípios pela jurisprudência (*Rechtsfortbildung*) ou por meio da atividade legislativa. Dessa forma, a abertura deixa-se explicar também pela possibilidade constante de agregação de novos elementos ao sistema.²⁶⁴ Mas a ideia de mutabilidade, em um sentido mais amplo, pode também seguir-se das diferentes interpretações que princípios vagos e regras gerais podem receber no decurso do tempo. Há, por exemplo, uma grande diferença prática, se se entende a máxima da igualdade apenas na base de sua dimensão formal ou se a ela se agrega também sua dimensão material. Finalmente, a abertura

²⁶² Id., p. 62.

²⁶³ Canaris. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 62.

²⁶⁴ Id., p. 63s.

do sistema pode ser observada como consequência da estrutura de algumas das suas normas. Alexy destaca essa possibilidade quando apresenta o caráter de princípios das normas de direitos fundamentais. De acordo com a teoria dos princípios, o caráter de princípio implica a necessidade de ponderação.²⁶⁵ A inevitabilidade da ponderação implica que a aplicação dessas normas depende de julgamentos de valor, que, apesar da defendida racionalidade do procedimento de ponderação, não são por meio de suas regras controláveis. “Nesse sentido – afirma Alexy – a ponderação é um procedimento aberto. A abertura da ponderação, porém, não leva a uma abertura do sistema jurídico substancialmente determinado pelas normas de direitos fundamentais. O sistema adquire, dessa forma, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o caráter de sistema jurídico *aberto*, independentemente da extensão dessa abertura”²⁶⁶.

A ponderabilidade dos princípios não é relevante apenas para esclarecer por que o sistema jurídico é aberto, mas também para justificar a sua parcial mobilidade. A mobilidade deixa-se reconhecer pela inexistência de relações de hierarquia entre alguns elementos do sistema. De acordo com Canaris, que se fundamenta na concepção de Willburg, uma equiparação hierárquica existe apenas no âmbito dos princípios fundamentais.²⁶⁷ Para Alexy, a mobilidade do sistema revela-se especialmente na solução de colisões de princípios. Porque princípios são definidos como *Optimierungsgebote*, ou seja, normas realizáveis em diferentes graus de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas²⁶⁸, eles podem ter diferentes pesos em casos concretos. Isso impede que se determine uma relação de prioridade fixa entre eles, o que garantiria a imobilidade do sistema. Ao contrário, as relações de prioridade fixadas entre princípios em colisão valem apenas para as circunstâncias fáticas e jurídicas específicas do caso. Com outras palavras, as relações de prioridade entre princípios são sempre *condicionadas*.²⁶⁹

²⁶⁵ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 494.

²⁶⁶ Id. Grifo no original.

²⁶⁷ Canaris. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 77.

²⁶⁸ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 76. Mais tarde, em função de críticas formuladas por Sieckmann e Aarnio, Alexy passou a caracterizar princípios como mandamentos para serem otimizados. Mandamentos de otimização exprimem, por sua vez, um mandamento definitivo, o que lhe garante uma estrutura de regra. Eles se localizam em um metanível. Princípios são, assim, os *objetos* do dever de otimização e com ele não se confundem. A respeito cf. Alexy, *On the structure of legal principles*, Jan-Reinard Sieckmann. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, p. 65. Aulis Aarnio. Taking Rules Seriously, in: *ARSP*, Supplement 42, pp. 180-192, p. 187.

²⁶⁹ Canaris. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 78ss.

Um sistema com tais propriedades (abertura e mobilidade) rechaça, por um lado, a existência de respostas únicas e definitivas para problemas jurídicos concretos. A abertura torna, no sentido da possibilidade de ulterior revisabilidade, todas as conclusões provisórias, enquanto a mobilidade tende a particularizar determinadas soluções (por exemplo, as soluções encontradas para colisões de princípios). Ademais, a abertura também influencia a mobilidade, já que as relações de prioridade entre princípios também podem ser teoricamente invertidas quando novos conhecimentos do direito válido mostram que o resultado da ponderação deveria ter sido outro à luz das circunstâncias do caso. Abertura e mobilidade são, por conseguinte, condições de possibilidade para o progresso do sistema e, nesse sentido, contribuem também para a correção material das decisões jurídicas individuais, já que a abertura permite a atualização do conhecimento jurídico e a correção de erros, enquanto a mobilidade exige que, em certos casos, as particularidades do problema sejam levadas a sério.

Por outro lado, as propriedades estruturais (ordem e unidade) impedem que a argumentação jurídica e a justificação das decisões, especialmente nos casos difíceis, desenvolvam-se sem orientação.²⁷⁰ Se as limitações epistêmicas a que se submetem os atores institucionais, a abertura cognitiva, a mobilidade, a realização de valorações pelos tomadores de decisão e o contato com a moral são fatores que impedem que o direito possa ser resumido nas disposições constitucionais e legislativas, o conhecimento desse “direito” em abstrato ou em casos específicos não é um empreendimento absolutamente livre porque as tarefas da dogmática jurídica, da teoria do direito, da metodologia do direito e do próprio desenvolvimento judicial do direito (Rechtsfortbildung) orientam-se no caráter sistemático do direito e, por isso, naquelas propriedades em última instância.²⁷¹ Dessa forma, uma das dimensões do pensamento sistemático deixa-se apresentar por meio da sua utilidade para compreender amplamente o direito válido, formular critérios gerais de decisão e, por isso, aumentar a capacidade cognitiva dos participantes dos diferentes planos do discurso jurídico.

Poderia ser objetado que isso, no entanto, não contribui para uma maior relevância *prática* do sistema. Ele poderia ser apenas útil para apresentar e organizar o direito válido, mas não teria

²⁷⁰ Por exemplo Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 437.

²⁷¹ A respeito cf. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 239ss., 437ss.

“nenhum valor para a adjudicação (Rechtsgewinnung)”.²⁷² É correto que essas funções possibilitam o aumento das capacidades epistêmicas dos tomadores de decisão. Mas a decisão jurídica não poderia se orientar efetivamente no sistema para justificar juízos normativos singulares. O sistema jurídico poderia, no máximo, alertar o tomador de decisão para o fato de que os seus elementos são partes de um todo. De acordo com Canaris isso seria suficiente para não se questionar o valor cognitivo de ordenações sistêmicas”.²⁷³ Sem embargo, poder-se-ia ainda dizer que uma tal orientação sistemática da interpretação carece de determinação.²⁷⁴ Com isso as suas fraquezas para a adjudicação não seriam superadas.

Para rechaçar essa crítica, é preciso analisar como a estrutura sistêmica do direito pode contribuir para o aumento das capacidades epistêmicas dos tomadores de decisão. Há dois caminhos para tanto. A forma tradicional de pensamento sistemático está vinculada com a criação de relações lógicas entre normas e com a fixação de conceitos e regras suplementares de fundamentação deduzidos das normas.²⁷⁵ Com isso o sistema jurídico é concebido como um sistema lógico ou axiomático-dedutivo. Nele “o direito especificado no texto da lei e da Constituição”²⁷⁶ é o ponto de partida exclusivo para a estruturação de um sistema, do qual resultados para casos concretos poderiam ser deduzidos. Esse tipo de proposta combina, dessa forma, métodos das soluções de redução e especialmente de ficção. E na ênfase em soluções fictícias localiza-se o principal problema dessa concepção de sistema jurídico.

A referida práxis do direito é sabidamente impossível: “O fundamento decisivo é que a dedução do sistema ou não traz nada de novo (caso em que o desvio do texto constitucional na direção ascendente sobre o sistema jurídico e de volta, em sentido descendente, para o resultado deduzido é completamente inútil), ou leva, contudo, a resultados cujas correção e racionalidade devem ser provadas sobre as bases de pontos de vista extrasistemáticos”.²⁷⁷ Em relação à inutilidade da dedução, a razão decisiva para isso é que nem o legislador, nem o constituinte, nem a dogmática jurídica podem criar um sistema perfeito, ou seja, um sistema no qual cada caso

²⁷² Essa crítica é apresentada por Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 86.

²⁷³ Id., p. 90.

²⁷⁴ Sobre isso e outras fraquezas dos cânones de interpretação, cf. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 19s.

²⁷⁵ Id., p. 20.

²⁷⁶ Martin Kriele. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967, p. 98. Grifo Acrescido.

²⁷⁷ Id.

pode ser resolvido a partir de uma simples subsunção das suas circunstâncias a conceitos, premissas maiores ou textos normativos preexistentes.²⁷⁸ Essas limitações não implicam que a lógica não desempenha nenhum papel na justificação de decisões e que todas as tentativas de sistematizar o direito a partir dos textos das leis e da constituição é infrutífera. Ao contrário. Por um lado, entender o sistema de direito positivo e criar critérios de decisão a partir do material jurídico dado é tarefa essencial da dogmática jurídica (já que a sua função depende também da não negação dos pontos de partida das cadeias de argumentação),²⁷⁹ enquanto, por outro, a lógica é decisiva para verificar a justificação interna das decisões. Kriele aponta outras possíveis funções desse sistema intrajurídico: “ele serve [a] a fins didáticos, [b] à classificação externa e, com isso, à orientação sobre a ordem jurídica, e [c], jurídico-politicamente, à organização simplificada das leis (ele leva, por exemplo, à construção de uma ‘parte geral’).”²⁸⁰ As referidas limitações de um sistema dedutivo não fundamentam, então, a sua irrelevância, mas desvelam apenas os seus limites, especialmente para a adjudicação, já que em diversos casos a decisão de um problema jurídico não se segue *logicamente* nem das normas existentes nem de um sistema de proposições deduzido a partir delas ou das regras da metodologia do direito. Nesses casos, a abertura da decisão cria para o tomador de decisão uma margem de conformação, no âmbito da qual a escolha de uma das possíveis alternativas de decisão se orienta nas suas valorações.²⁸¹ E, no campo das valorações, os textos normativos e regras de fundamentação fornecidas pela dogmática jurídica e pela metodologia do direito são insuficientes para justificar um julgamento normativo singular.

Essa conclusão não implica, contudo, que o pensamento sistemático é sem utilidade para a decisão jurídica. O ponto de vista lógico-conceitual não é a única perspectiva a partir da qual o sistema jurídico pode ser encarado. Ao mesmo tempo as soluções de ficção também não resumem as alternativas de controle da incerteza da tomada de decisão jurídica. O pensamento sistemático pode contribuir para a tomada de decisão jurídica de uma segunda forma, a saber, por meio da orientação racional das valorações. Aqui as soluções de redução desempenham o papel principal.

²⁷⁸ Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 163.

²⁷⁹ Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 15ss.

²⁸⁰ Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 98.

²⁸¹ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 22.

Isso pressupõe naturalmente a possibilidade de controle crítico das valorações.²⁸² Além disso, para que o controle dessas valorações possa ser feito à vista de padrões *jurídicos* é preciso também entender que o sistema jurídico não é composto apenas por regras. O motivo para tanto é: aceito que as valorações são inevitáveis e que é possível controlar criticamente a sua racionalidade, se o sistema jurídico fosse composto apenas por regras, esse controle dependeria de postulados extrajurídicos (por exemplo, de postulados de natureza política e moral), ou seja, de análises que ultrapassariam os limites do sistema jurídico. Esses diálogos interdisciplinares conduziram, como visto, ao aumento da incerteza dos processos jurídicos de justificação de decisões, em vez da redução dos mesmos. Para evitar esse tipo de objeção é preciso despedir-se da análise das propriedades estruturais do sistema e investigar a sua composição.

2.2.2 O sistema jurídico como um sistema de fontes normativas de decisão e de justificação de preferências

2.2.2.1 As fontes normativas de decisão: o modelo de regras e princípios do sistema jurídico

A maneira mais tradicional de se conceber um sistema jurídico é pensá-lo como um sistema de normas. E a forma mais simples de se estruturar um sistema de normas é compreendê-lo como um sistema de regras. Regras são, na definição de Alexy, mandamentos definitivos.²⁸³ Isso significa que o preenchimento do seu predicado fático é, em princípio, condição suficiente para a sua aplicação. Em um sistema de tal tipo, as respostas para problemas jurídicos são encontradas a partir da subsunção da descrição dos fatos do caso à hipótese de incidência das

²⁸² Sobre a possibilidade de controle jurídico-racional das valorações cf. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*. Contra Hans Kelsen. *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage. Wien: Franz Deuticke, 1964 p. 350ss. Contra a racionalidade da ponderação como método de solução racional de colisões de princípios, cf. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 316, Bernhard Schlink. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: P. Badura/H. Dreier (Org.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 460ss., Leisner, „Abwägung überall”, p. 638 e o voto especial dos juízes Böckenförde e Mahrenholz em BverfGE 69, I (63ss.).

²⁸³ Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 164 e, do mesmo, *Theorie der Grundrechte*, p. 88.

regras jurídicas ou da aplicação das regras da metodologia jurídica.²⁸⁴ Mas há casos em que, como citado, a aplicação desses elementos não é suficiente para resolver determinado problema. As patologias da linguagem dos textos normativos, as lacunas e a possibilidade de a aplicação das regras trazer consigo decisões injustas (o que exigiria uma decisão *contra legem*) são causas conhecidas para a existência de casos difíceis no direito. Nessas situações, a visão do sistema jurídico como um exclusivo conjunto de regras impede que respostas intrajurídicas possam ser encontradas porque ele delimita excessivamente as fontes de justificação. No modelo de regras do sistema jurídico, essas fontes de justificação das decisões restringem-se às regras preexistentes e, embora isso crie uma vinculação forte do tomador de decisão ao direito vigente, também traz um alto custo para a racionalidade no sistema jurídico. Já que o domínio do direito é o domínio das regras e, por isso, o aplicador do direito só se encontra a elas vinculado, deixa-se reconhecer uma ampla margem de atuação para o tomador de decisão nos chamados casos difíceis, já que o conjunto dos elementos que formam o domínio limitado da decisão jurídica (*i.e.* as regras e os parâmetros da metodologia) são insuficientes para fixar uma decisão naquelas situações. Ele exerce, nesses casos, então uma “discricionariedade juridicamente livre que, sobretudo quando se pretende orientar em medidas, só é capaz de fazê-lo em critérios extrajurídicos”.²⁸⁵ Autores que concebem o sistema jurídico como um conjunto de regras, como Kelsen e Hart, estão de acordo com uma tal afirmação.²⁸⁶

A principal consequência de uma tal limitação exagerada das fontes de decisão é uma maior porosidade do sistema jurídico. Em um sistema de regras no qual as relações entre os seus elementos são fixadas apenas por meio dos postulados gerais da metodologia, relações conceituais e regras secundárias, a abertura é ampla, porque o controle das valorações desenvolvidas durante a decisão de casos difíceis escapa das fronteiras do direito. Há duas razões para tanto. A primeira está na impossibilidade de o legislador, como vimos, criar um sistema perfeito de regras, ou seja, um sistema completo, fechado e consistente. A segunda razão, que está vinculada com a primeira, segue-se dos limites da subsunção enquanto forma de aplicação de regras para a justificação de valorações no âmbito de um sistema aberto. Nesse sentido, os limites

²⁸⁴ Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 220.

²⁸⁵ Id.

²⁸⁶ V. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 196 e Hart, *The Concept of Law*, p. 79ss.

da racionalidade de um sistema de regras se confundem com os limites da subsunção enquanto forma de aplicação dos seus elementos.

Para “fechar” essas “lacunas de abertura” (Offentheitslücken²⁸⁷) é preciso incorporar ao sistema de regras os padrões de decisão com base nos quais os juízes efetuam as suas valorações e desenvolver métodos tipicamente jurídicos para o trabalho racional com essas valorações. A primeira parte dessa tarefa pode ser reconduzida à dimensão do debate Hart-Dworkin a respeito do caráter jurídico de princípios e políticas. Nesse campo, para refutar a concepção hartiana de acordo com a qual o direito é um conjunto de regras primárias e secundárias, Dworkin recorre a exemplos da práxis da Suprema Corte norte-americana para mostrar que os juízes nem sempre justificam as suas decisões com base em regras preexistentes.²⁸⁸ À vista disso desenvolve-se um raciocínio relativamente simples para justificar por que os padrões morais (princípios) e as razões de objetivos coletivos (políticas) integram o sistema jurídico: se os juízes às vezes decidem *contra legem* com base nessas razões é porque eles se sentem (e estão de fato) juridicamente vinculados a elas. Não admiti-lo seria reconhecer que os juízes em um sistema de regras não se encontram vinculados a nada (nem às regras), já que eles poderiam deixar de aplicar regras com base em qualquer tipo de padrão extrajurídico. Com outras palavras, os juízes seriam absolutamente livres para tomar qualquer tipo de decisão. Por isso “[u]nless at least some principles²⁸⁹ are acknowledge to be binding upon judges, requiring them as a set to reach particular decisions, then no rules, or very few rules, can be said to be binding upon them either”.²⁹⁰

A introdução de princípios como elementos normativos do sistema jurídico transforma substancialmente a sua estrutura e a forma de pensá-lo. Isso é assim porque no modelo regras-princípios os princípios ganham um status normativo e sistêmico que os tornam onipresentes no sistema jurídico. Princípios não se tornam apenas fundamentos normativos para decisões

²⁸⁷ Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 221.

²⁸⁸ Esse debate foi parcialmente apresentado quando se discutiu a hipótese do domínio limitado. Cf. supra B, II, 2. Autores como Alexy tentam justificar a presença de princípios no sistema jurídico não só por meio de argumentos sociológicos, mas também por razões conceituais. Esse tipo de justificação, no entanto, não será aqui desenvolvido por não ser indispensável para os objetivos do presente tópico. Sobre o assunto cf. Alexy, *On the Concept and the Nature of Law*.

²⁸⁹ Aqui o termo principle é usado no sentido geral para designar tanto princípios em sentido estrito como políticas. Sobre a distinção cf. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 22.

²⁹⁰ Id., p. 37.

específicas, mas também elementos centrais do sistema jurídico, na medida em que ordem e unidade se tornam resultados de uma coerência *material* entre os seus elementos.²⁹¹ Em um sistema desse tipo, as relações normativas não são apenas definidas autoritativamente, mas também em um sentido substantivo. É preciso não esquecer que o constitucionalismo contemporâneo positiva expressões como dignidade humana, democracia, liberdade e igualdade, que se tornam condições de validade para o direito ordinário. Mesmo as regras deixam-se justificar por meio de razões substantivas²⁹², que, em certos casos, podem ser ponderadas contra razões concorrentes, o que expressa uma típica colisão de princípios.²⁹³ Princípios estão, então, em toda a parte, ou como fundamentos autônomos de decisão, ou como critérios de validade, ou fundamentos subjacentes de regras. Essa nova configuração altera a visão tradicional do sistema jurídico. Podemos dizer que uma das mudanças mais importante está na compreensão do sistema jurídico não só como um sistema de normas *qua* decisões autoritativas, mas também como um sistema de *preferências*. Ele é um sistema dinâmico de prioridades que vincula diversas normas entre si. A imagem mais adequada para descrever um sistema dessa natureza não é mais a de uma simples ordem escalonada estruturada sobre vínculos predominantemente verticais entre as normas, mas sim a de uma complexa rede composta por relações normativas multidirecionais. Nesse sentido, pode-se dizer que uma das faces do sistema jurídico deixa-se expressar também por meio de uma rede de prioridades. A chave para essa transformação deixa-se esclarecer por meio da conexão existente entre princípios e valores e pela análise da estrutura das preferências.

2.2.2.2 Sobre a relação entre princípios e valores: o sistema jurídico como uma rede de relações de preferência

A equiparação de princípios a valores é controversa. O debate se inicia a partir do momento em que uma doutrina da ordem de valores (*Wertordnungslehre*) ganha espaço após a

²⁹¹ Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 46ss.

²⁹² Nesse sentido Cass Sunstein. *Legal reasoning and political conflict*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1998. p. 30: "Hence a common use of the term 'principle' in law involves justification behind rules." Cf. também Schauer, *Playing by the Rules*, p. 26s., 53ss., 93ss.

²⁹³ Em favor da reconstrução estrutural das regras como um complexo modelo de princípios materiais e formais, cf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 89.

decisão do caso Lüth. Carl Schmitt em 1967 já sublinhava os riscos associados a uma tirania das valorações vinculada a uma práxis orientada para valores nos tribunais alemães.²⁹⁴ Os principais riscos apontados por Schmitt eram o da manipulação de categorias jurídicas por grupos majoritários por meio do uso estratégico do discurso dos valores. Esse discurso facilitaria o prevalecimento dos seus interesses. Além disso, havia o risco de uma economização da ciência jurídica, já que “uma doutrina científica dos valores pertenceria às ciências econômicas”.²⁹⁵ Mas no plano normativo-estrutural Habermas é talvez o principal objetor dessa visão. No centro das objeções habermasianas está a tese de que o plano axiológico, no qual se localizam os valores, se diferencia *logicamente* do plano deontológico, no qual se encontram as normas jurídicas e, por isso, também os princípios. *Qua* expressões de “preferências intersubjetivamente compartilhadas”, valores possuem um sentido teleológico, enquanto normas “apresentam-se com uma pretensão binária de validade e são, ou válidas, ou inválidas”.²⁹⁶ Por essa razão, se uma norma vale, ela deve ser aplicada, já que “a validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o devido almeja ser bom na mesma medida para todos”.²⁹⁷ Ao contrário, “valores expressam a condição de preferência de bens que em determinadas coletividades valem como valiosos e podem, por meio de ações intencionais, ser assegurados ou realizados”.²⁹⁸ Valores não possuem assim uma dimensão definitiva de validade, mas concorrem pela primazia. Em resumo: “normas e valores diferenciam-se, portanto, em primeiro lugar pelas suas referências ao agir obrigatório e teleológico; em segundo lugar, por meio do código binário e gradual das suas pretensões de validade; em terceiro lugar, por intermédio das suas vinculações absoluta e relativa e, em quarto lugar, pelos critérios que devem satisfazer o contexto de sistema de normas e valores”.²⁹⁹ Por esses motivos, compreender o sistema jurídico como um sistema de preferências normativas seria, sobretudo, um erro conceitual.

Por conta dessas distinções, a equiparação entre princípios e valores é descartada porque ela tende a transformar a aplicação do direito em uma atividade orientada para objetivos e, nesse

²⁹⁴ Cf. Carl Schmitt. Die Tyrannei der Werte, in: *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: W. Kohlhammer, 1967, pp. 37-62.

²⁹⁵ Id. p. 40.

²⁹⁶ Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 311.

²⁹⁷ Id.

²⁹⁸ Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 311.

²⁹⁹ Id.

sentido, instrumentalizar as pretensões de universalidade levantadas pelas normas.³⁰⁰ Os riscos da introdução de valores no sistema jurídico trazem consequências de diferentes naturezas. Em primeiro lugar elas se deixam expressar por meio da substituição, no plano normativo, das pretensões de validade universal do direito positivo pela validade *relativa* típica das preferências. Quando se afirma que x é preferível a y, “é sempre legítimo perguntar: ‘preferível *por quem e quando?*’.”³⁰¹ Por isso, a relatividade dos julgamentos de preferência significa, “que eles são *relativos* a um *sujeito* e a uma situação no *tempo*”.³⁰² Em segundo, no plano da racionalidade, elas reduzem o pensamento jurídico a um pensamento meramente teleológico. No plano institucional, em terceiro lugar, a afirmação de uma jurisprudência das valorações implica a permanente possibilidade de substituição das preferências do legislador por trás do direito positivo pelas preferências dos juízes manifestadas na tomada de decisão, ou seja, a possibilidade de estabelecimento de um governo de juízes.³⁰³ Finalmente, no plano dos direitos fundamentais, a perda da capacidade de diferenciar direitos de valores significa também a perda da capacidade de diferenciar o caráter de trunfos dos direitos fundamentais em face de finalidades coletivas.³⁰⁴

As críticas de Habermas, no entanto, devem ser analisadas cuidadosamente. É importante sublinhar que a refutação de uma conexão estrutural entre princípios e valores em razão das pretensões de universalidade levantadas pelas normas pressupõe o conceito de validade normativa do qual parte Habermas. Esse conceito, como vimos, depende dos pressupostos ideais de uma teoria do discurso.³⁰⁵ Dessa forma, a impossibilidade de realização dessas condições ideais é suficiente para mostrar que a pretensão de validade binária de todas as normas que compõem o sistema jurídico é uma ilusão prática, que pode, no máximo, funcionar como ideal regulativo. Isso significa que normas válidas de um sistema jurídico podem, sim, concorrer pela

³⁰⁰ Günther também usa o discurso da “Tyrannei der Werte” para criticar a associação entre princípios e valores de Alexy. Cf. Klaus Günther. *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1988, p. 275.

³⁰¹ Georg Henrik von Wright. *Neue Überlegungen zur Präferenzlogik*, in: do mesmo, *Normen, Werte und Handlungen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1994, p. 92. Grifos no original.

³⁰² Id.

³⁰³ A respeito v. Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 314ss. Para uma tentativa de resposta a essa objeção cf. Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 223s.

³⁰⁴ Assim Habermas, *Faktizität und Geltung*, p. 315ss.

³⁰⁵ Cf. item B, I, 2, c, supra.

primazia em casos concretos, já que não é possível antever todas as suas hipóteses de aplicação. Esse é o motivo pelo qual até mesmo regras são normas derrotáveis.³⁰⁶

Alexy é certamente o principal defensor da possibilidade de se aproximar o plano do dever ser dos princípios jurídicos do plano do bom dos valores. Para Alexy, valores são concebidos como critérios de valoração. O que pode ser chamado de “valor” não é um determinado objeto em si, mas o critério com base no qual ele é, por exemplo, julgado como “bom”.³⁰⁷ Pode-se dizer que um carro é melhor do que outro porque realiza em uma maior medida o valor segurança ou que uma alternativa de decisão constitucional é melhor do que a outra porque realiza em uma maior medida o valor justiça. Nesses casos, os valores não são o carro ou a decisão judicial, mas os critérios de avaliação, ou seja, segurança e justiça. Naturalmente um determinado objeto ou estado de coisas pode ser avaliado com base em diferentes critérios. Isso significa que os critérios de valoração (ou seja, valores) podem entrar em colisão, assim como ocorre com os princípios jurídicos. Por essa razão, valores são simples representações no plano axiológico daquilo que os princípios expressam no plano deontológico. “Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, apenas em função do seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no outro”.³⁰⁸

Além disso, é possível também pensar em critérios de avaliação com pretensão de definitividade, ou seja, critérios aplicáveis sem pressupor uma ponderação com outros critérios concorrentes. O enunciado “uma cadeira é *boa* quando atinge os graus *a* e *b* de segurança e conforto” é um exemplo desse tipo de critério. Nesse sentido fala Alexy em *regras* de valoração (Bewertungsregeln).³⁰⁹ Assim é possível não apenas dizer que não existe uma separação lógica entre os reinos das normas e dos valores, como também afirmar que “[a] distinção estrutural entre regras e princípios também se verifica, por isso, no plano axiológico”.³¹⁰

Admitida essa ampla conexão estrutural, é possível dizer que o sistema jurídico não é só um sistema de normas, mas também um sistema de valores. E um sistema de valores é um

³⁰⁶ Cf. infra D, III, 1, c.

³⁰⁷ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 130.

³⁰⁸ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 133.

³⁰⁹ Id. p. 131.

³¹⁰ Id.

sistema de preferências. Nesse modelo, é possível então dizer que um sistema de normas, como o sistema jurídico, é também um sistema de preferências.

A possibilidade de conceber o sistema jurídico como um sistema de preferências segue-se, pelo exposto, da aceitação de princípios³¹¹ como elementos do sistema jurídico e da conexão que esses mantêm com os valores. Mas o sistema de preferências do sistema jurídico deixa-se perceber também do simples fato de que as leis e essencialmente a Constituição expressarem opções contingentes³¹² do legislador e do constituinte em favor de determinados estados de coisas, no qual certas qualidades são instanciadas. Quando o constituinte, por exemplo, estabelece que todos são livres, isso implica que o estado de coisas no qual a liberdade é instanciada é preferível a um estado de coisas em que ela não é instanciada (por exemplo, um estado de escravidão). Entender as opções fundamentais de uma Constituição e as escolhas legislativas³¹³ nesse sentido está de acordo com a lógica da preferência, de acordo com a qual se pode dizer “que preferir uma qualidade a outra significa, grosso modo, preferir um estado de coisas no qual uma qualidade é instanciada a outro estado de coisas no qual a outra qualidade é instanciada”.³¹⁴

2.2.2.3 Sobre a natureza e a estrutura das relações de preferência e o controle possível dos julgamentos de valor

Compreender o sistema jurídico como um sistema de princípios ou valores não é, contudo, suficiente para o fechamento das lacunas de abertura produzidas por um puro modelo de

³¹¹ Aqui a expressão princípio é usada no já referido sentido amplo de Dworkin a fim de abranger tanto razões morais como políticas. Neste trabalho princípios serão usados nesse sentido, salvo expressa ressalva, porque a amplitude do conceito é fundamental para que se possa entender a estrutura das relações de prioridade. Com outras palavras, a rede de relações de prioridade entre princípios do sistema jurídico não inclui apenas relações normativas sustentadas sobre razões morais, mas também relações que se sustentam sobre razões vinculadas a finalidades coletivas. Sobre o caráter de princípio dos bens coletivos, cf. Robert Alexy. *Individuelle Rechte und kollektive Güter*, in: do mesmo, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main, 1995, pp. 232-261.

³¹² As opções são aqui consideradas contingentes porque poderiam ser também possivelmente outras na realidade em que são apresentadas. Sobre o conceito de contingência cf. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, p. 200ss.

³¹³ Sobre as relações entre conceitos práticos como escolha, desejo e necessidade e preferência cf. von Wright. *Neue Überlegungen zur Präferenzlogik*, p. 94.

³¹⁴ Id., p. 91.

regras do sistema jurídico. Reduzir os campos de livre discricionariedade do tomador de decisão depende não só da incorporação de princípios e preferências no sistema jurídico, como também, como já apresentado, da possibilidade de controle racional dessas valorações. Isso nos conduz à dimensão metodológica do problema das valorações.

A introdução de valores e valorações no sistema jurídico poderia significar aumento de incerteza por meio da absoluta perda de racionalidade se os julgamentos de preferência fossem arbitrários. Com outras palavras, é possível criticar o modelo de rede do sistema jurídico porque ele tornaria a incerteza em um sistema jurídico incontrolável ao permitir que todos os seus elementos possam estar relacionados com base em relações arbitrárias. Mas isso é necessariamente correto?

A resposta para a pergunta sobre como é possível racionalizar as valorações depende, antes de tudo, da compreensão estrutural e ontológica das preferências. Essas podem ser ontologicamente extrínsecas ou intrínsecas. De acordo com von Wright, “uma preferência por x em face de y é extrínseca quando pode ser fornecida uma razão (não circular) [que justifique] *porque* x prevalece sobre y . Do contrário, a preferência é intrínseca”.³¹⁵ Em um Estado democrático de Direito, as preferências jurídicas, especialmente as preferências judiciais, devem ser concebidas como preferências de tipo extrínseco porque elas devem ser fundamentadas.³¹⁶ Preferências intrínsecas, ao contrário, não precisam ser fundamentadas. Elas expressam que algo deve ser preferível a outra coisa em si ou de acordo com a vontade do sujeito que formula o julgamento. “Julgamentos sobre preferência intrínseca ou pelo menos muitos desses julgamentos exprimem nossas *predileções* (Vorlieben)”.³¹⁷

Vistos estruturalmente, o principal traço de um julgamento de preferência é o seu aspecto relacional. A afirmação “um sujeito S prefere x ” conduz diretamente à questão: S prefere x em face de quê? Por isso os julgamentos de preferências deixam-se traduzir por meio de relações de prioridade. Dizer que x é preferível a y significa dizer que há uma relação de prioridade de x em

³¹⁵ Id., p. 89.

³¹⁶ Alexy fundamenta essa necessidade de fundamentação não só a partir da dimensão autoritativa do direito, como também especialmente com base na pretensão de correção. Cf. Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 152ss., 164.

³¹⁷ Id.

face de *y*. Essa propriedade é fundamental para que a imagem do sistema jurídico como uma rede de preferências ou de relações de prioridade seja correta.

Essas relações de prioridade podem ser absolutas e relativas ou incondicionadas e condicionadas. Relações incondicionadas de prioridade dependem da existência de uma completa e abstrata ordem hierárquica de valores. Nessa ordem as preferências entre valores são estáticas e todas as relações de prioridade são fixadas em termos absolutos. Assim, dizer que o valor *x* é preferível ao valor *y* significa reconhecer que *x* é preferível a *y* *sempre*, ou seja, independentemente das circunstâncias em que ambos aparecem. Não é difícil perceber a dificuldade de se construir uma tal ordem. Fazer isso pressupõe o conhecimento de todos os valores, de todas as possibilidades de conflito dois a dois entre eles em diferentes circunstâncias³¹⁸ e ainda a capacidade de obter e processar todas essas informações para construir uma ordem fechada. Com outras palavras, criar uma ordem de valores absoluta pressupõe uma objetividade no trabalho com valores que é incompatível com as limitações epistêmicas humanas.³¹⁹

Por tal motivo, as relações de prioridade que se localizam por trás das preferências podem apenas ser fixadas à luz de determinadas circunstâncias. A solução de um conflito entre critérios de valoração depende, assim, essencialmente dos elementos presentes no caso em que eles são considerados. Isso significa que, sob novas circunstâncias, relações de prioridade fixadas entre valores podem ser invertidas.

No plano deontológico, essa é a ideia central por trás da lei de colisão de Alexy.³²⁰ A lei de colisão parte da tese de que o resultado de uma ponderação também só é válido para as circunstâncias nas quais uma colisão de princípios é analisada. O motivo para tanto decorre da

³¹⁸ A respeito Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 139.

³¹⁹ O argumento é, no entanto, um motivo externo para a impossibilidade de se criar relações de prioridade definitivas. Von Wright, ao contrário, tenta fornecer um motivo ontológico para essa impossibilidade quando afirma que preferências são por definição relativas a um sujeito e a uma situação no tempo (V. von Wright, *Neue Überlegungen zur Präferenzlogik*, p. 92). Relações de prioridade podem ser invertidas no decorrer do tempo e isso impede que se fixem ordens fechadas de valores. “Sujeitos diferentes podem ter em um determinado momento diferentes horizontes de preferência e o horizonte de preferência de um único sujeito pode mudar no decurso do tempo“. (Id. p. 98). O problema desse argumento consiste em que é especialmente válido para as preferências intrínsecas. Objeções conhecidas contra a afirmada relatividade das ordens de valores foram levantadas por Max Scheler. Cf. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik* e Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 136s.

³²⁰ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 79ss.

própria definição de princípios como mandamentos de otimização: se o grau de realização de um princípio depende, por definição, das circunstâncias fáticas e jurídicas, uma relação de prioridade entre princípios é sempre relativa às circunstâncias do caso. Por isso as relações de prioridade entre princípios são sempre *condicionadas*. “A solução da colisão consiste no estabelecimento de uma *relação de preferência condicionada* entre os princípios à luz das circunstâncias do caso. O estabelecimento da relação de preferência condicionada consiste na fixação, relativamente ao caso, das *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro”.³²¹

O caráter condicionado e a possibilidade aberta de revisão de relações de preferências poderiam, no entanto, implicar a impossibilidade de controle das valorações. No plano normativo isso pode ser traduzido na impossibilidade de se controlar ponderações entre princípios concorrentes.³²² Nisso consiste o referido problema metodológico. A questão que se coloca, pois, é: em que medida é possível racionalizar relações de preferência e julgamentos de valor?

Para preferências pessoais (não necessariamente intrínsecas), von Wright sugere a coerência do sistema de preferências de uma pessoa em qualquer tempo como critério de racionalidade.³²³ Nesse sentido, os diversos estados de coisas preferidos devem ser harmonizados, tarefa que se orienta na estruturação de um conjunto de valores logicamente consistente e no qual os seus elementos se sustentem materialmente. Um dos fatores contributivos para a coerência desse sistema de acordo com von Wright é a transitividade das preferências.³²⁴ Isso significa que, se um sujeito *S* prefere *x* a *y* e *y* a *z*, então é possível afirmar que, dentro do sistema de preferências de *S*, *x* é preferível a *z*.

No plano do sistema jurídico, Alexy sugere uma ordem branda de princípios/valores e mecanismos argumentativos para racionalizar os juízos de valor. A ordem branda é composta por três elementos: “(1) um sistema de condições de prioridade, (2) um sistema de estruturas de ponderação e (3) um sistema de prioridades *prima facie*”.³²⁵ As relações de prioridade decorrem,

³²¹ Id, p. 81. Grifos no original.

³²² Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 224.

³²³ von Wright, *Neue Überlegungen zur Präferenzlogik*, p. 99.

³²⁴ von Wright, *Neue Überlegungen zur Präferenzlogik*, p. 98s. V. também John Broome. Reasoning with preferences?, in: Serena Olsaretti (Org.), *Preferences and Well-Being*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 183-208, que defende uma transitividade de primeira-ordem para preferências “in the ordinary sense”, enquanto uma transitividade de segunda ordem só desempenha um papel fundamental para preferências amplas (“broad preferences”).

³²⁵ Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 225.

como visto, do caráter relacional das preferências. A racionalidade dessas relações deixa-se explicar por meio da generalização (Verallgemeinerung) dos resultados das colisões de princípios, que segue a lei de colisão. “Ela dispõe: as condições sob as quais um princípio tem preferência em face de outro constituem a hipótese de incidência (Tatbestand) de uma regra, que exprime a consequência do princípio prevalente”.³²⁶ Por conseguinte, o resultado de uma colisão de princípios vale sob aquelas circunstâncias como a consequência jurídica de uma regra.³²⁷ Assim, o resultado determinado para uma colisão de princípios deve ser o mesmo para uma nova colisão sob as mesmas circunstâncias. Nisso podem se orientar futuras valorações em um sistema jurídico. No que se refere às ponderações em si, elas se orientam em estruturas argumentativas específicas, que, segundo Alexy, “se seguem do caráter de princípios como mandamentos de otimização”.³²⁸ A proporcionalidade é o principal exemplo das estruturas de ponderação. Essas estruturas dirigem o procedimento cujo fim é a fixação de uma relação concreta de prioridade.

Mas as relações de prioridade não podem ser apenas fixadas *in concreto*. Há prioridades de tipo geral que decorrem das opções do constituinte, do legislador ou das construções dogmáticas. O postulado *in dubio pro libertate* é um exemplo de regra que estabelece uma prioridade da liberdade em face de outros princípios com ela colidentes. Mas essas relações de prioridade, ao contrário das relações vinculadas ao resultado de colisões de princípios (dito de uma melhor forma, de colisões entre razões com natureza de princípio³²⁹), não têm o caráter de mandamentos definitivos. Elas estatuem na verdade simples relações de preferência *prima facie* que podem ser invertidas mais facilmente em circunstâncias concretas após a consideração de razões específicas relacionadas ao caso. É preciso, então, diferenciar as relações de prioridade com pretensão de definitividade das relações de prioridade *prima facie*. As primeiras são fixadas sob circunstâncias concretas, enquanto as segundas são definidas abstratamente. Dessa forma, a ideia de sistema jurídico como uma rede de relações normativas baseadas nas relações de prioridade entre princípios deve diferenciar dois tipos de vínculos normativos: os vínculos que ligam normas colidentes em concreto são mais fortes do que os vínculos que ligam normas

³²⁶ Id.

³²⁷ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 84.

³²⁸ Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 226.

³²⁹ Cf. supra nota 240.

apenas em abstrato (ainda que, como veremos, ambos possam ser invertidos³³⁰). Independentemente dessa diferença, é possível, porém, dizer que todos os elementos do sistema jurídico estão específica ou potencialmente interligados. Alguns desses laços são apenas abstratos, enquanto outros são desenvolvidos na medida em que tensões concretas entre aqueles elementos emergem. Isso faz com o que sistema jurídico não seja uma simples rede, mas uma rede *dinâmica*, ou seja, uma rede que é desenvolvida e reconstruída permanentemente.

Lidar com a incerteza em um sistema com essas características não é, como detalhado, algo simples. A complexidade de um sistema estruturado como uma rede emerge certamente na solução de problemas jurídicos concretos e a busca de soluções para lidar com ela parece privilegiar as soluções de redução. Nesse grupo se encaixam os roteiros argumentativos por trás das estruturas de ponderação e a proposta alexyana de *um modelo de regras/princípios/procedimentos* do sistema jurídico.³³¹ Para Alexy, a maior realização possível da razão prática não depende apenas da introdução de princípios no sistema jurídico, mas também de procedimentos³³² adequados nos quais podem se orientar a fixação e a justificação das relações de prioridade. Esses procedimentos não se restringem aos procedimentos institucionalizados do procedimento judicial.³³³ Eles incluem também as regras e condições do argumentar prático racional, o que produz, na concepção alexyana, uma estreita vinculação entre a teoria dos princípios, a estrutura do sistema jurídico e a teoria da argumentação jurídica. Essa é uma das principais dimensões da sua empreitada teórica na direção da institucionalização da razão.³³⁴ No modelo de regras/princípios/procedimentos do sistema jurídico, o controle dos julgamentos de preferência/de valor depende, então, fundamentalmente da maior realização possível das condições de um discurso jurídico real, ou seja, da sua otimização.

³³⁰ V. D, III, 1, c. A possibilidade de inversão das relações de prioridade, no entanto, está vinculada a fenômenos metodológicos distintos. As relações de prioridade fixadas em abstrato são passíveis de inversão na medida em que são por definição relações *prima facie*. Nesse sentido a sua aplicação definitiva depende sempre da consideração de razões relacionadas ao caso. Por outro lado, a aplicação de uma relação de prioridade definitiva não depende necessariamente da consideração detalhada de razões relacionadas ao caso. A inversão de relações de prioridade definitivas depende vielmehr do modo como se compreende as regras sobre as quais elas se sustentam, ou seja, se elas são derrotáveis ou não. Cf. a respeito Ota Weinberger. *Prima Facie Ought. A logical and Methodological Enquiry*, in: *Ratio Juris*, vol. 12, nr. 3, sep. 1999, pp. 239-251.

³³¹ Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 227ss.

³³² Sieckmann fala de um sistema agregado (*Gesamtssystem*), que se compõe não apenas de normas, mas também de procedimentos. Cf. Sieckmann, *Recht als normatives System*, p. 120s.

³³³ Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 230.

³³⁴ Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 159, 163ss.

O maior risco de um modelo dessa natureza localiza-se na possibilidade de investimento exclusivo em soluções de redução para lidar com as limitações epistêmicas dos tomadores de decisão. O trabalho com as relações de prioridade que estruturam o sistema jurídico não pode, assim, depender apenas de modelos argumentativos que aspiram à racionalização universal dos julgamentos de valor. Quando isso acontece, crê-se ingenuamente que os mecanismos do discurso jurídico e da argumentação jurídica podem lidar adequadamente com a complexidade de um sistema jurídico composto por regras e princípios. Por conseguinte, esquece-se das próprias limitações que condicionam a tomada de decisão jurídica, como emoções e vieses. O risco de se entender o modelo de regras/princípios/procedimentos do sistema jurídico como um modelo que se orienta apenas na busca de soluções de redução de incerteza é o da implementação, como já se disse, de uma “ditadura da racionalidade”.³³⁵

Fugir dos riscos de uma ditadura da racionalidade não deve necessariamente significar o abandono do modelo regras/princípios/procedimentos do sistema jurídico, mas sim pressupor que, na visão do sistema jurídico como uma rede de relações de prioridade, as soluções de controle também devem desempenhar um papel fundamental. Fundamento para tanto é que a definição do significado de uma relação de preferência não é completa sem o conceito de *ônus de argumentação*. Eles são os principais efeitos das relações de prioridade, o que permite afirmar que uma rede de relações de prioridade é também uma rede de ônus de argumentação. Com isso confirma-se a concepção do sistema jurídico como uma rede de ônus de argumentação.

O conceito de ônus de argumentação é fundamental para impedir que o investimento amplo em estruturas de ponderação em um ambiente de decisão com limitações insuperáveis implique aumento da incerteza, na medida em que ônus de argumentação fixam deveres de fundamentação específicos e pontos de parada na argumentação jurídica voltada à fundamentação da inversão de uma relação de prioridade. Isso significa – em poucas palavras – que um sistema de relações de prioridade não é apenas um sistema que vincula os seus elementos, mas também um sistema que privilegia de antemão determinados resultados para problemas concretos que não conseguem superar a sombra da incerteza do resultado. A função de pontos de parada dos ônus de argumentação estatui, nessas circunstâncias, que a impossibilidade de se fundamentar completamente, em determinado ponto, a inversão de uma relação de prioridade deve significar a

³³⁵ Cf. a resepeito Bäcker, *Begründen und Entscheiden*, p. 174s.

manutenção da relação original, ainda que uma extensão do procedimento argumentativo pudesse teoricamente conduzir ao resultado oposto. Nesse sentido, levar a sério os ônus de argumentação de um sistema jurídico significa privilegiar em determinados momentos soluções de controle em face dos mecanismos propostos por soluções de redução ou ficção.

Compreender em que sentido é possível otimizar a racionalidade de um sistema jurídico composto por princípios pressupõe, então, não apenas reconhecer a importância do desenvolvimento de mecanismos nos quais a fixação de juízos normativos singulares pode se orientar. Eles não são suficientes para solucionar o referido problema metodológico porque um sistema de princípios exprime inexoravelmente no sistema jurídico um grau elevado de incerteza que nem sempre é controlável. É preciso, por isso, refletir sobre soluções de controle dessa incerteza. Dessa maneira, o aumento da racionalidade desse sistema depende também da maior fixação possível de vínculos entre os seus elementos na forma de relações de prioridade e da compreensão adequada do papel dos ônus de argumentação nos procedimentos de argumentação sob condições de incerteza. Evidentemente, como visto, as soluções de redução e de controle não são incompatíveis. Por isso, ambas são desejáveis. O objetivo deste trabalho não é, contudo, apresentar novas soluções de redução, mas sim, ao contrário, mostrar como os ônus de argumentação *qua* soluções de controle podem contribuir para a racionalidade do sistema jurídico. Isso pressupõe uma análise específica sobre essa figura, o que nos conduz à próxima parte desta investigação.

2.3 Resumo

O triplo condicionamento do direito reduz substancialmente a importância de modelos ideais e de ideias regulativas para lidar com as limitações epistêmicas dos atores jurídicos. Refletir sobre a racionalidade do sistema jurídico pressupõe, então, reconhecer que o direito inclui necessariamente alguns resultados subótimos, ou seja, decisões arbitrárias, insuficientemente justificadas ou mesmo erradas. Se isso é inevitável, então o uso de mecanismos de correção de juízos normativos singulares ou formas de estruturação do sistema jurídico que

prometam eliminar ou reduzir substancialmente as decisões irracionais não podem ser considerados a única maneira de lidar com a incerteza. Já que é impossível preencher as condições de funcionamento desses modelos ideais, nada garante que usá-los como padrão produzirá resultados melhores. Por isso, em um ambiente de limitações epistêmicas, a busca por soluções para aumentar as capacidades dos tomadores de decisão depende de um conjunto coordenado de medidas de diferentes naturezas e não apenas de soluções que pretendam aumentar *diretamente* a racionalidade da decisão jurídica.

A busca por soluções indiretas para lidar com os condicionamentos da decisão jurídica depende, então, não só de análises direcionadas a cada caso singular, mas também de análises de longo-prazo e dos impactos que o uso frequente de mecanismos de primeira-ordem pode trazer para valores importantes para o direito, como a segurança jurídica. Nesse campo, as soluções de controle da incerteza desempenham um papel fundamental, pois eles se ocupam apenas da administração da incerteza existente. Desse contexto emerge a importância dos ônus de argumentação. Para entender o seu papel na argumentação jurídica, é preciso, no entanto, concebê-los como elementos do sistema jurídico. Isso só é possível em um sistema que compreende relações de prioridade entre as suas normas e inclui procedimentos garantidores de racionalidade.³³⁶

A concepção do sistema jurídico como um conjunto de regras e princípios conectado na forma de uma rede dinâmica de relações de prioridade não parte de nenhum modelo ideal. Ela depende, ao contrário, de uma visão subideal da possibilidade de superar os problemas epistêmicos da decisão jurídica. Por isso ela investe não apenas em soluções de redução ou desconsideração da incerteza, mas também em mecanismos de controle da incerteza existente. Ela é fundamental para lidar com as limitações epistêmicas dos tomadores de decisão jurídica, porque ela tanto contribui para o aumento das capacidades epistêmicas dos tomadores de decisão, como mantém os níveis de incerteza sob controle. O aumento das capacidades epistêmicas depende da possibilidade de se compreender o sistema jurídico como uma estrutura capaz de permitir incontáveis vínculos formais e materiais entre os seus elementos. Isso é condição decisiva para que se possa falar sobre ordem e unidade em um sistema que inclui regras e princípios.

³³⁶ Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 228.

Grande parte dessas relações, contudo, especialmente as relações materiais, não são previamente dadas. A rede de relações normativas que compõe o sistema jurídico é, sobretudo, uma rede *potencial*, que, por isso, deve ser construída e pode ser reconstruída constantemente. Por esse motivo, as capacidades epistêmicas dos tomadores de decisão jurídica em relação ao conhecimento do material jurídico preexistente podem ser aumentadas quando esses vínculos potenciais entre normas são produzidos. Esses vínculos se expressam por meio de relações de preferência *prima facie* ou definitivas entre princípios jurídicos. Assim, quanto maior o número de relações de prioridade fixadas em um sistema jurídico, maior é o conhecimento disponível sobre os seus elementos. E isso é decisivo para o desfecho de casos concretos, pois a solução de uma colisão de princípios pode sempre se orientar nessas relações. Por trás dessa idéia está a tese de que a complexização da estrutura do sistema pode simplificar a decisão.³³⁷ A compreensão do sistema jurídico como uma rede dinâmica de relações normativas cria incentivos, então, para o investimento em soluções de redução da incerteza decorrente das dificuldades de obtenção e processamento de informações e de julgamento imparcial dos participantes da argumentação jurídica, especialmente os da argumentação judicial.

Mas essa não é a única forma pela qual um sistema jurídico pode contribuir para a redução dos problemas epistêmicos que subjazem à argumentação jurídica. Um dos efeitos das relações de prioridade é a fixação de ônus de argumentação para quem pretende criá-las e aplicá-las. Sob determinadas circunstâncias, esses ônus de argumentação podem até mesmo interromper o desenvolvimento da busca por fundamentos para uma decisão que pretenda inverter uma relação de prioridade. Nesse sentido, diz-se que um dos efeitos dos ônus de argumentação é criar pontos de parada na argumentação jurídica, o que representa uma típica solução de controle da incerteza. Nesses casos, privilegia-se a segurança jurídica por meio da manutenção da relação de prioridade original.

Ônus de argumentação são, pois, elementos do sistema jurídico vinculados a relações de prioridade que pretendem guiar a argumentação jurídica. Eles estão vinculados tanto a relações de prioridade a serem criadas quanto a relações de prioridade existentes no sistema jurídico. Enquanto guias de justificação, eles exprimem soluções de redução das limitações epistêmicas do

³³⁷ Cf. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, p. 239.

tomador de decisão; enquanto regras que estatuem pontos de parada na argumentação jurídica, eles exprimem soluções de controle.

3 SOBRE A FUNÇÃO, ESTRUTURA E DEFINIÇÃO DOS ÔNUS DE ARGUMENTAÇÃO

3.1 O pano de fundo

Uma investigação sobre a função e a estrutura dos ônus de argumentação pressupõe algumas condições desenvolvidas nas partes precedentes. A mais importante delas é a de que a decisão jurídica inclui julgamentos de valor. Se fosse possível criar um sistema jurídico fechado, completo e consistente que permitisse que todos os juízos normativos singulares pudessem ser justificados apenas mediante a subsunção de fatos ao predicado fático de regras preexistentes, os ônus de argumentação seriam irrelevantes. Já que a justificação interna³³⁸ não é, porém, suficiente para racionalizar grande parte das decisões jurídicas – especialmente nos chamados *hard cases* – o controle da racionalidade das valorações em um ambiente marcado por limitações epistêmicas não pode negligenciar a importância dos ônus de argumentação. Eles se referem a valorações.

Pensar em ônus de argumentação pressupõe também a existência de relações de prioridade material entre normas. E essas relações são especialmente importantes em um sistema jurídico que incorpora princípios e valores. Essa inclusão é fundamental para a definição da natureza intrajurídica dos ônus de argumentação. Como elementos do sistema, princípios estão presentes em todas as suas partes. Nos Estados constitucionais democráticos contemporâneos eles são tanto fundamentos normativos de validade, como as fontes para a concepção sistemática do direito, na medida em que em alguns deles se orienta a busca por ordem e unidade entre os seus elementos. Ademais, ao contrário das regras, princípios não se deixam definir como mandamentos definitivos. Eles podem colidir *in concreto* sem que a prevalência de um deles implique a invalidade do outro. De fato, eles são normas realizáveis em diferentes graus de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, eles são mandamentos a serem otimizados. Isso permite que diversas relações entre diferentes elementos do sistema jurídico

³³⁸ “Na justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação; o objeto da justificação externa é a correção destas premissas”. Cf. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 273.

possam ser fixadas tanto em abstrato, como em concreto. No primeiro caso, fala-se em relações de prioridade *prima facie*; no segundo, de acordo com a lei de colisão de Alexy, em relações de prioridade definitivas. Os ônus de argumentação estão diretamente relacionados a essas relações. Assim, quanto mais relações de prioridade um sistema jurídico compreende, maior o número de ônus de argumentação. A possibilidade de conectar as normas do sistema jurídico por meio de relações de prioridade torna possível concebê-lo como uma rede. E cada fio dessa rede inclui também um ônus de argumentação. Nesse sentido, o sistema jurídico pode também ser concebido como uma rede de ônus de argumentação.

Finalmente, investigar qual papel desempenham os ônus de argumentação nos processos de decisão jurídica depende do reconhecimento de que tais processos geralmente desenvolvem-se sob fortes limitações cognitivas. Por conseguinte, a argumentação jurídica desenvolvida durante a justificação de julgamentos de valor convive necessariamente com incertezas empíricas e/ou normativas. Lidar com essa incerteza deve pressupor a impossibilidade de superá-la sempre. Em alguns casos, mecanismos de ficção e meios de ajuda podem contribuir para a racionalidade de decisões *apesar* da incerteza. Em outros, contudo, uma valoração conclusiva a respeito de um problema jurídico não é possível, e controlar a incerteza pode ser mais importante do que continuar na busca por uma solução definitiva. Se a otimalidade dos resultados não é possível, a busca por um cenário *second best* deve incluir não apenas fontes para a redução da incerteza, como também ferramentas para o seu gerenciamento. Isso é fundamental para a compreensão da dupla-natureza dos ônus de argumentação, porque eles podem agir tanto como mecanismos de controle, como mecanismos de redução da incerteza.

3.2 A dupla função dos ônus de argumentação

Como esboçado, um ônus de argumentação pressupõe uma relação normativa de prioridade. Essas relações podem ser entendidas em um sentido amplo, na medida em que elas não se restringem a relações de prioridade entre princípios. Como espécies de ônus de fundamentação, a expressão “ônus de argumentação” pode ser aplicada a qualquer caso em que uma razão tenha algum tipo de preferência para determinar o sentido de uma ação ou a qualquer

caso em que uma relação de preferência é visada. Entender adequadamente o que é e como atua um ônus de argumentação pressupõe saber que eles estão sempre atrelados a relações valorativas entre elementos do sistema jurídico e que, pragmaticamente, só é possível estabelecer dois tipos de relações valorativas entre determinados elementos: ou eles estão *hierarquizados* de acordo com uma relação de prioridade (caso em que um elemento é preferível a outro) ou é afirmada uma relação de *paridade* entre ambos, seja porque se reconhece que ambos possuem a mesma importância, seja porque há uma relação de indiferença à luz do referencial a partir do qual a valoração é empreendida. Essas relações, como visto, podem, ademais, ser fixadas tanto em abstrato (ou seja, *prima facie*) quanto em concreto. Por conseguinte, é possível dizer que os elementos do sistema jurídico podem, em cada um desses planos, estar relacionados tanto de forma ordenada como paritária.

Um ônus de argumentação atua, no entanto, apenas na justificação racional de relações de prioridade. Mas isso não exclui o papel que eles podem desempenhar diante de relações de paridade, especialmente se se considera a possibilidade de fixação de uma relação *concreta* de prioridade entre elementos que estão em abstrato em uma relação paritária. Nesse caso, os ônus impostos ao tomador de decisão atuam como condições prévias de racionalidade das relações de prioridade que se pretende justificar a partir de elementos que estão em algum tipo de relação paritária. Com outras palavras, os ônus de fundamentação, nesse caso, orientam a própria *criação* de uma relação de prioridade. Vale, assim, a seguinte regra geral: se dois ou mais elementos estão em uma relação de paridade, quem pretende ordená-los de alguma forma assume o ônus de argumentação. Mas é, contudo, claro que um ônus de argumentação pode não ser só uma condição de racionalidade de relações almejadas (ou seja, futuras) de prioridade, mas a *consequência* da preexistência de uma relação de prioridade. Esta é, *a propos*, a forma tradicional a partir da qual eles são analisados. Nesta hipótese, parte-se da preexistência de uma relação ordenada entre determinados elementos que traz consequências específicas para casos futuros em que essa mesma relação se faz presente, especialmente para aqueles que pretendem mantê-la ou invertê-la. Vale, aqui, a regra geral: quem pretende se afastar de uma dada relação de prioridade, assume o ônus de argumentação.

Nos dois casos, no entanto, é possível perceber quando e de que forma atuam os ônus de fundamentação sob consideração. Tanto na criação como na aplicação de uma relação de

prioridade, eles só desempenham um papel relevante quando uma *mudança* no modo como os elementos do sistema jurídico estão previamente relacionados é almejada. No primeiro caso, um ônus de fundamentação só precisa ser superado quando se quer fixar uma relação de prioridade entre elementos que possuem, para usar uma expressão de Alexy, “o mesmo peso abstrato”³³⁹, enquanto, no segundo, só assume o ônus de argumentação quem pretende inverter uma relação de prioridade. Fundamento para essa conclusão é o fato de que uma das principais consequências da preexistência de uma relação de paridade e da fixação de uma relação de prioridade é a criação de uma expectativa normativa a respeito da solução de casos futuros nos quais os mesmos elementos estão presentes sob circunstâncias semelhantes nas propriedades relevantes. No caso das relações de paridade, essa expectativa decorre da própria inexistência de solução abstrata para um dado problema normativo. Se o sistema jurídico reconhece o mesmo peso ou é indiferente *prima facie* a dois dos seus elementos, decidir um caso singular por meio da fixação de uma relação de prioridade concreta entre ambos requer fundamentar por que sob circunstâncias específicas um determinado princípio deve ser preferível a outro, ou seja, quando a realização de um princípio se dá às custas da restrição de outro *prima facie* igualmente relevante. No caso da preexistência de relações de prioridade, essa expectativa é a de aplicação da mesma solução do caso passado no caso presente. Isso significa que a decisão de um determinado problema já parte de uma resposta esperada quando se constata a existência de uma relação de prioridade entre os seus elementos normativos. A preexistência de uma relação de prioridade estatui, então, um tipo de “solução natural” para o problema concreto, que consiste na sua manutenção. No plano discursivo, a necessidade de fundamentar mudanças em soluções preconcebidas é uma exigência de ideias como igualdade³⁴⁰ e inércia.³⁴¹ No âmbito jurídico, essas respostas “naturais” estão relacionadas à função tradicionalmente orientada para o passado do direito, *i.e.* à necessidade de estabilização de expectativas normativas, que podem ser sustentadas “em casos de ameaça ou frustração”³⁴² e que se irradiam pela estrutura e desenvolvimento do sistema jurídico.

³³⁹ Robert Alexy, The Weight Formula, in: Jerzy Stelmach, Bartosz Brozek e Wojciech Zaluski (Ed.), *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*, nr. 3, 2007, pp. 9-27, p. 23.

³⁴⁰ Aulis Aarnio. *The Reasonable as Rational: A Treatise on Legal Justification*. Berlin/Heidelberg/New York/London/Tokyo/Hong Kong/Barcelona/Budapest: Springer, 1986, p. 203.

³⁴¹ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 216.

³⁴² Niklas Luhmann. Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?, in: do mesmo, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2004, p. 73. Sobre diferentes tipos de expectativas cf. Daniel Kahneman e Amos Tversky. Variants of Uncertainty, in

Mas os efeitos da preexistência de relações de prioridade não se deixam resumir na produção de expectativas normativas. Este é apenas um lado da moeda. É possível, na verdade, falar em um *efeito dúplice* das relações de prioridade, pois a existência de soluções naturais implica, como corolário, que as soluções diametralmente opostas a elas podem ser consideradas como antinaturais. Dessa maneira, uma decisão que inverte uma relação de prioridade preexistente é considerada de antemão contraintuitiva e, por conseguinte, exige maiores esforços para ser fundamentada.

Assim como as relações de preferência, os ônus de argumentação têm uma dupla função e cada uma delas está vinculada ao trabalho com soluções naturais e antinaturais. Essas funções são especialmente relevantes quando se considera mais o trabalho com relações de preferência preexistentes do que a criação das mesmas a partir de relações abstratas de paridade. Na verdade, uma relação de paridade entre elementos não permite afirmar a existência de uma “resposta natural”, já que qualquer uma, em função da paridade, é, em princípio, admissível. Dessa forma, não se impõe ao tomador de decisão qualquer dificuldade inicial para justificar um resultado específico quando ele é provocado a decidir um caso com as referidas características. Ele só precisa, na verdade, esclarecer por que uma preferência em favor de determinado princípio se justifica. Por esse motivo, os ônus de argumentação vinculados à *criação* de relações de prioridade podem ser considerados meras expressões do dever geral de fundamentação das decisões ou, melhor dizendo, um ônus de apresentação de razões. Assim, eles não se confundem com o tipo de ônus de fundamentação vinculado ao trabalho com relações de prioridade preexistentes. Estes, como veremos, possuem propriedades específicas e, por isso, serão o objeto específico desta investigação. Pelo exposto, a expressão “ônus de argumentação” será aplicada neste trabalho apenas para se referir às consequências derivadas da fixação de relações de prioridade para a solução de casos futuros, e não aos deveres específicos de fundamentação para quem pretende criar uma relação de prioridade a partir de relações paritárias anteriores ou a qualquer outro dever de fundamentação.

Comumente, contudo, os ônus de argumentação estão associados a obrigações de fundamentação e este parece ser um adequado ponto de partida. Alexy, por exemplo, entende-os

como ônus de fundamentação “para questões e a manifestação de dúvidas”.³⁴³ No mesmo sentido afirma Aarnio que as regras de ônus de argumentação estão associadas a obrigações de fundamentação.³⁴⁴ Essas obrigações de fundamentação são, como visto, de tipo especial, que só são relevantes quando se tenta alterar uma solução natural. Elas não são, pois, obrigações permanentes em processos argumentativos. Ao contrário, elas só entram em cena quando a resposta oferecida por uma relação de prioridade é questionada.³⁴⁵ Isso determina *quando* os ônus de argumentação são relevantes em um procedimento de justificação. Determinar, contudo, *o que* deve ser fundamentado e *se* todo ônus de argumentação realmente exprime um ônus de fundamentação é algo que depende de uma investigação sobre quais papéis eles desempenham nos processos jurídico-argumentativos.

Um bom ponto de partida, no entanto, parece ser investigar os sentidos da expressão ônus de argumentação em um sentido mais amplo, ou seja não necessariamente dentro do âmbito jurídico. De acordo com Gizbert-Studnicki a expressão ônus de argumentação deixa-se revelar, num sentido discursivo mais geral, em três sentidos diferentes.³⁴⁶ Em um sentido *pragmático*, os ônus de argumentação são compreendidos como deveres impostos a quem pretende realmente “ganhar” o processo argumentativo, ou seja, persuadir o destinatário da argumentação da correção da tese defendida. Esses deveres são, naturalmente, impostos a todos os participantes da argumentação em qualquer contexto e se deixam apresentar na seguinte fórmula: “Try to justify your thesis as well as possible; otherwise you will diminish the chances that your thesis be accepted by other participants in the discourse”.³⁴⁷ Por conta do seu caráter abrangente e da sua exclusiva preocupação com o *resultado* da argumentação, os ônus de argumentação no sentido pragmático têm pouco a dizer sobre as funções dos ônus vinculados às relações de prioridade e sobre os seus fundamentos. Isso não impede, contudo, que se associe ao conceito um dever geral de fundamentação. Os ônus de argumentação, porém, são ainda apresentados em dois sentidos

³⁴³ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 242.

³⁴⁴ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, p. 201. Na verdade Aarnio fala em regras de ônus da prova (The Rules of the Burden of Proof), mas a expressão “prova” é claramente usada em um sentido mais amplo. Ela não se restringe à comprovação de *fatos*, mas se aplicam em qualquer contexto de justificação. Essas regras são divididas em dois grupos, a saber, o grupo das regras procedimentais de justificação (procedural rules of justification) e o grupo das regras relacionadas ao conteúdo da justificação, ou seja regras materiais de ônus de prova (material rules of the burden of proof). Sobre a distinção entre ônus de argumentação e ônus da prova, cf. abaixo D, III, 2.

³⁴⁵ Id., p. 202.

³⁴⁶ Tomasz Gizbert-Studnicki. The Burden of Argumentation in Legal Disputes, in: *Ratio Juris*, v. 3, nr. 1, März 1990, p. 120s.

³⁴⁷ Id. p. 120.

procedimentais. Em um *primeiro* sentido *procedimental*, os ônus de argumentação são assim apresentados: “Justify your thesis; otherwise nobody else can do it for you”.³⁴⁸ Embora tanto o significado, como o fundamento do comando ainda sejam vagos, sua melhor interpretação deixa-se reconduzir aos deveres decorrentes do princípio perelmaniano da inércia. Nesse sentido, um ônus de argumentação é expressão do direito que um participante do discurso tem de conhecer os motivos por que um falante afirma algo.³⁴⁹ Alguém deve justificar seus pontos de vista, então, não só porque ninguém mais poderá fazê-lo para ele, mas também porque isso é importante para o desenvolvimento do discurso. Os ônus de argumentação expressam, nesse campo, as responsabilidades argumentativas das partes. Finalmente, em um *segundo* sentido *procedimental*, os ônus de argumentação significam: “Justify your thesis. Otherwise, if nobody does so, your thesis will be rejected and the opposite thesis will count as justified”.³⁵⁰ Ao contrário dos outros dois sentidos, no presente contexto os ônus de argumentação se aplicam não aos participantes do discurso, mas à *tese* em si. Por esse motivo, os ônus de argumentação, neste sentido procedimental, não impõem deveres de fundamentação. Eles, ao contrário, estatuem consequências para uma tese que não é suficientemente justificada: “[t]hey do not impose duties or obligations to justify, but they state under what conditions a thesis counts as justified”.³⁵¹

Gizbert-Studnicki defende a concepção de que o segundo sentido procedimental é o único para se entender um ônus de argumentação em processos argumentativos práticos, porque a racionalidade de uma justificação depende mais dos motivos em favor de uma determinada tese do que da distribuição *pessoal* dos deveres de fundamentação. Mas não há nenhum motivo para que os ônus de argumentação possam *também* desempenhar um papel relevante no discurso jurídico como ônus de fundamentação direcionados às partes. Na verdade é nesse sentido ordinário que as suas funções mais elementares deixam-se esclarecer. É possível, assim, falar em um *duplo caráter* dos ônus de argumentação. Esse ponto de vista é fundamental para definir quais são as funções dos ônus de argumentação no discurso jurídico.

De acordo com Weber-Grellet, como visto, os ônus de argumentação têm “a função de determinar em um caso singular (a) quem deve empreender a valoração, (b) quais exigências sobre ela devem ser colocadas e, eventualmente, (c) quem assume o ônus/a desvantagem no caso

³⁴⁸ Gizbert-Studnicki. *The Burden of Argumentation in Legal Disputes*, p. 120.

³⁴⁹ Assim Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 243.

³⁵⁰ Gizbert-Studnicki. *The Burden of Argumentation in Legal Disputes*, p. 121.

³⁵¹ Id.

de a valoração não puder ser positiva ou negativamente determinada³⁵². Este é, sem dúvida, um excelente ponto de partida para analisar cada uma das funções dos ônus de argumentação nos processos jurídicos de justificação de julgamentos normativos singulares.

3.2.1 Ônus de argumentação como mecanismos de redução da incerteza

A presença de soluções prévias sugere uma inércia para a solução de determinados problemas concretos. Nesse sentido, a preexistência de relações de prioridade auxilia o tomador de decisão, na medida em que elas criam uma determinada expectativa de solução independentemente das variáveis incertas. Isso significa que é em princípio mais simples decidir um caso para o qual já existe uma solução esperada. Evidentemente pode ser objetado que a existência de soluções preexistentes cria vieses nos tomadores de decisão e que, por isso, elas impedem uma análise neutra de todos os elementos do problema. Mas, como vimos, as limitações epistêmicas insuperáveis que estão por trás de qualquer processo jurídico decisório justificam por que o uso de regras e de heurísticas é, no geral, frutífero para conduzir o encontro da decisão. Não usar regras ou simplesmente desconsiderar as expectativas criadas em função de soluções preexistentes para incentivar análises holísticas permanentes tende a produzir resultados catastróficos, já que a racionalidade humana e o ambiente decisório do direito não são capazes de lidar com uma elevação tão grande de informações a serem processadas. A melhor analogia para esclarecer esse argumento se refere à utilidade de um puro modelo de princípios do sistema jurídico em comparação com um modelo de sistema jurídico que também inclui regras. Decidir apenas com base em princípios (se se pressupõe que eles são mandamentos de otimização) significa ter que ponderar sempre. E ponderar sempre significa maior variabilidade. “Um modelo puro de princípios, em razão da sua indeterminação e flexibilidade, conflitaria com exigências inafastáveis da segurança jurídica”.³⁵³ Por esse motivo, qualquer proposta de solução preexistente, em princípio, auxilia mais do que dificulta a tomada de decisão. Se isso é correto, então é clara a importância das relações de prioridade *qua* mecanismos de redução da incerteza.

³⁵² Weber-Grellet, *Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, p. 65.

³⁵³ Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 222.

Mas as relações de prioridade só conseguem desempenhar esse papel quando se vincula a elas ônus de argumentação, uma vez que estes estatuem deveres específicos de fundamentação para aqueles que questionam ou pretendem manter uma relação de prioridade. As regras de ônus de argumentação, como visto, são, antes de tudo, regras de ônus de fundamentação.

Esse dever de fundamentação é essencial tanto para a definição de papéis dos participantes da argumentação como para a condução da argumentação. Esses dois campos abrangem as funções *a* e *b* definidas por Weber-Grellet. Porque os ônus de argumentação favorecem a manutenção da relação de prioridade preexistente, eles identificam claramente (a) quem deve empreender a valoração e (b) quais exigências sobre ela devem ser colocadas. No primeiro caso, assume o ônus de argumentação quem pretende inverter a relação de prioridade, enquanto que, no segundo caso, os ônus de argumentação exigem que aquele que a questiona justifique (1) por que a relação de prioridade original é incorreta ou por que ela não deve ser mantida em um caso específico ou (2) por que o caso presente se diferencia do caso original em que uma relação de prioridade é afirmada, embora em ambos os mesmos elementos envolvidos na relação de prioridade preexistente sejam aplicáveis. A segunda situação está relacionada fundamentalmente a incertezas relacionadas ao contorno do caso e, por isso, as exigências de argumentação dependem necessariamente de considerações empíricas específicas. A primeira, no entanto, diz respeito exatamente à situação típica de aplicação dos ônus de argumentação.

Como ônus de fundamentação, ônus de argumentação estatuem exigências de qualidade da argumentação. E a intensidade dessa exigência depende, em primeiro lugar, da consideração da força da relação de prioridade que se pretende superar. Um ônus de argumentação está, em um sentido amplo, vinculado a relações de prioridade entre razões, o que significa que uma delas tem, desde o início, uma força maior para convencer os participantes de uma argumentação. Uma tal força advém da ampla aceitabilidade da razão no âmbito de um certo auditório, o que pode decorrer tanto da ligação do argumento com fatos notórios ou crenças estabelecidas, como da confiabilidade e aceitabilidade de teorias criadas para justificar a referida prioridade. Além disso, a força de uma relação de prioridade está associada à própria força de quem a estabelece. Decisões autoritativas que afirmam preferências entre normas implicam ônus de argumentação mais fortes comparativamente a decisões de instâncias cuja autoridade não é reconhecida. Tanto a posição de um tribunal que afirma determinada relação de prioridade como a base normativa

sobre a qual ela, na ordem escalonada que caracteriza o ordenamento jurídico, se sustenta, interferem, por isso, no peso exigido de outras razões para que ela seja justificadamente invertida. A inversão de uma relação de prioridade reconhecida tradicionalmente pelo Supremo Tribunal Federal ou escorada sobre norma constitucional exige, nesse quadro, a superação de elevado ônus argumentativo. Finalmente, o tempo também é um fator que contribui para reforçar certas relações de preferência. Nesse aspecto, quanto mais estável no tempo for uma relação de preferência, mais difícil é invertê-la. Todas essas causas conduzem à aceitação racional de certo resultado apenas pelo suporte em uma razão prioritária. E isso, no geral, independe das razões contrárias que são aplicadas para superar o ônus de argumentação.

Do ponto de vista estrutural-relacional, essa força – nos casos de relações de prioridade fixadas entre elementos especificamente identificados – pode ser definida pela relação de importância entre os elementos contidos na relação. Na concepção de Alexy, essa ideia pode ser substituída pela relação de peso abstrato entre as razões ou princípios contidos na relação de prioridade.³⁵⁴ Tomando-a como referência, pode-se dizer que, quanto mais importante em abstrato for o princípio prevalente em relação ao princípio subordinado em uma determinada relação de prioridade, maior é a exigência de fundamentação para se invertê-la. Ao contrário, evidentemente, quanto menor for a força dessa relação, menores são as exigências argumentativas daquele que argumenta em favor da inversão. Se uma relação de prioridade, por exemplo, fundamenta-se na prioridade do princípio da dignidade da pessoa humana sobre algum outro princípio relativamente menos importante, a exigência de argumentação para inverter essa relação de prioridade é grande em razão da importância do princípio que se quer derrotar relativamente ao que se quer, em um novo caso, fazer prevalecer.³⁵⁵

Além disso, as exigências de fundamentação implicadas por um ônus de argumentação também dependem da consideração, no caso sob discussão, em que grau é afetado o princípio que originalmente estava subordinado na relação de prioridade. Parece claro que só há razões para se

³⁵⁴ Essa relação constitui a segunda fração da fórmula de sopesamento. Cf. Alexy, *The Weight Formula*, p. 23.

³⁵⁵ O elevado peso abstrato da dignidade humana na ordem jurídica alemã e as suas consequências para a ponderação é o tema central do trabalho de Nils Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. Deve-se destacar, contudo, que a vagueza do princípio exige também elevado esforço de concretização, sob pena de uso retórico da norma, o que pode implicar, no tempo, sua banalização e a perda da sua força normativa. V. a respeito Fernando Leal. Argumentando com o Sobreprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, in: Celso D. de Albuquerque Mello e Ricardo Lobo Torres (Dirs.), *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. 7, 2005, pp. 41-67.

argumentar em favor da inversão de uma relação de prioridade se o princípio que se encontra inicialmente subordinado é restringido a ponto de justificar a sua prioridade, mesmo diante da presença do outro. Esse nível de interferência – que evidentemente deve ser fundamentado³⁵⁶ – cria exigências de fundamentação inversamente proporcionais para quem pretende inverter a relação original. Nesse caso, quanto maior for o grau de restrição no princípio subordinado em uma preexistente relação de prioridade, menor é a exigência de fundamentação para se invertê-la. E, ao revés, quanto menor for o grau de restrição em uma situação concreta do princípio subordinado, maior é o dever de fundamentação. Essas são, assim, as regras gerais em que se orientam a argumentação para aqueles que pretendem inverter uma relação de prioridade. Tomemos a questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.969/DF como exemplo. Na ação apreciou-se a constitucionalidade de Decreto distrital que vedava, com a utilização de carros de som ou assemelhados, a realização de manifestações públicas em alguns locais da capital federal, entre os quais estava a praça dos três poderes. O objetivo visado pelo decreto seria o de proteger a população em geral e, em especial, dos que exercem atividade laboral dos incômodos causados pelos protestos com carros de som e afins. A existência de ônus argumentativo a ser superado para se justificar a constitucionalidade da medida decorre da prioridade *prima facie* conferida pela Constituição à liberdade de reunião, garantida no artigo 5º, XVI, que prevê: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”. Pela leitura do dispositivo, a regra é a liberdade de reunião; a exceção deve ser devidamente justificada. Quem pretende inverter essa relação de prioridade, assume, portanto, o ônus de argumentação.

³⁵⁶ Alexy sugere uma escala triádica para medir esses graus. De acordo com a métrica sugerida, é possível atribuir os níveis leve, moderado e grave às interferências causadas nos princípios em colisão, assim como nos demais elementos da fórmula de sopesamento (relação de peso abstrato entre os princípios e grau de confiabilidade das premissas empíricas relativas ao que a medida sob consideração significa para a realização do princípio visado e a não realização do princípio restringido). Essa escala pode, em cada nível, ser desmembrada em novas análises em termos de “leve, moderado e grave”, gerando combinações, em princípio, infinitas. Sobre o assunto cf. Robert Alexy. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, in *Ratio Juris* v. 16, nr. 4, dez. 2003, pp. 433-449, p. 440-443.

Apesar das diferentes razões de decidir por trás das manifestações de cada ministro no caso³⁵⁷, tomando por base o voto do ministro relator, Ricardo Lewandowski, a prioridade atribuída ao direito restringido é justificada em razão de ele ser “uma das mais importantes conquistas da civilização” e “fundamento das modernas democracias políticas”, estando presente em declarações de direitos e diversas ordens constitucionais – inclusive a brasileira em suas Constituições republicanas – e “intimamente ligado à liberdade de expressão”. Por esses motivos, a liberdade de reunião só estaria, *prima facie*, excepcionada pelas restrições expressamente previstas no texto do inciso XVI do artigo 5º. Fora dessas hipóteses, o ônus de argumentação seria elevado para quem pretendesse justificar a restrição ao direito. Nesse quadro, o ministro Lewandowski não considerou o argumento subjacente ao Decreto distrital suficiente para que se afirmasse sua compatibilidade material com a ordem jurídica. A liberdade de reunião prevalece em face de interesses coletivos e outros direitos colidentes. A utilização de veículos de som e assemelhados é, quase sempre, garantia da manifestação e do exercício do direito de reunião. Justificar essa restrição já não seria, em si, simples; proibir equipamentos de som em frente às sedes dos três poderes, local por excelência apropriado para a realização de manifestações em uma democracia, mais ainda. O ponto interessante da decisão, sem embargo, está no reconhecimento de uma hipótese em que o ônus argumentativo existente em favor da prioridade da liberdade de reunião poderia ser satisfeito. Para o ministro relator, uma manifestação sonora relacionada ao exercício da liberdade de reunião poderia ser proibida se realizada *nas imediações de um hospital*, hipótese na qual a tranquilidade necessária a esse tipo de ambiente estaria excessivamente afetada. Nesse caso, o direito dos pacientes à recuperação prevaleceria e a prioridade *prima facie* em favor da liberdade de associação *vis-à-vis* outros direitos – inclusive o próprio direito de recuperação de doentes, já que, poder-se-ia questionar se uma manifestação com carro de som poderia ser legitimamente interrompida se ela ocorresse em local distinto de um hospital e em que se encontrasse apenas uma única pessoa enferma repousando – estaria invertida.

Para aqueles, contudo, que pretendem *manter* uma determinada relação de prioridade, os ônus de argumentação facilitam o processo argumentativo por meio da redução da complexidade

³⁵⁷ Para uma crítica à utilidade da decisão como precedente para a solução de casos futuros em razão da presença de distintas razões de decidir, cf. Vojvodic, Adriana de Moraes, Machado, Ana Maria França, Cardoso, Evorah Lusci Costa, Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF, in: *Revista Direito GV* 5 (2009), pp. 21-44, p. 28ss.

da justificação da valoração. Nessa situação, as partes não precisam, a princípio, justificar a correção de uma relação de prioridade, mas somente a sua aplicabilidade no caso. Vale a seguinte exigência geral de fundamentação nessa hipótese: quanto mais argumentos falam em favor da manutenção de uma relação de prioridade preexistente, menores são os deveres de argumentação.

A fixação desses roteiros gerais de argumentação já é suficiente para demonstrar como os ônus de argumentação contribuem para a redução da abertura dos processos jurídicos decisórios em casos difíceis. Quando se fala na força de uma relação de prioridade e, nesse sentido, da definição do peso necessário das razões invocadas para satisfazer o ônus argumentativo dela decorrente, é preciso, por fim, destacar que um ônus argumentativo não pode ser compreendido, ao ser manejado concretamente, como um mecanismo que impõe ônus invencíveis de fundamentação. Um ônus argumentativo pretende, antes de tudo, orientar um procedimento de justificação, ao definir quem é responsável pela apresentação de razões, quais são as razões exigidas para invertê-lo e os efeitos atrelados à eventual não satisfação dos encargos de fundamentação. Do ponto de vista negativo, pode-se dizer que um ônus de argumentação almeja também excluir motivos impróprios ou razões mais fracas do processo decisório. E quanto mais elevado for o ônus de argumentação, mais amplo é o conjunto de elementos excluídos. Se, porém, por meio de um ônus argumentativo ergue-se a pretensão de excluir permanentemente todo um conjunto de elementos de justificação, independentemente da possibilidade de se fundamentar *a priori* uma tal pretensão em razão das nossas limitações cognitivas, pode-se chegar a uma rigidez incompatível com o jogo de consideração de razões típico da argumentação jurídica. A extrema opacidade não é bem-vinda porque pode conduzir a decisões irracionais. Exemplo negativo dessa rigidez pode ser identificado na transformação pela Suprema Corte dos EUA, durante a era Warren, do *strict scrutiny* em um mecanismo fatal de controle de constitucionalidade.³⁵⁸ Nas palavras de Winkler “[a] strict scrutiny that is always fatal cannot serve to smoke out improper motives; such a rule effectively sets fire to the laws themselves, invalidating them regardless of motive”.³⁵⁹

³⁵⁸ Cf. supra A, III.

³⁵⁹ Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact*, p. 805.

3.2.2 Ônus de argumentação como mecanismos de controle da incerteza

Mas a relevância dos ônus argumentativos para a argumentação jurídica não se esgota pela condução do procedimento de justificação. O estabelecimento de uma obrigação de fundamentação sugere que a argumentação jurídica deve se desenvolver até o ponto em que a inversão de uma relação de prioridade esteja racionalmente justificada. Mas esse procedimento não pode se estender infinitamente. Após o início do procedimento argumentativo que envolva a consideração de uma dada relação de prioridade existe um ponto em que três cenários diferentes podem ser constatados: a manutenção ou a inversão³⁶⁰ podem estar suficientemente justificados, insuficientemente justificados ou a justificação apresentada pode ser duvidosa, *i.e.* não é seguro se a decisão visada poderá ou não ser alcançada se o procedimento de argumentação continuar.

A terceira situação está relacionada à hipótese em que, segundo Weber-Grellet, alguém “assume o ônus/a desvantagem no caso de a valoração não puder ser positiva ou negativamente determinada”. Quando se chega a esse ponto, os ônus de argumentação voltam a desempenhar um papel fundamental: eles exigem que a argumentação seja suspensa e que a relação de prioridade original seja mantida. Essa é a consequência para quem não supera o ônus de argumentação. Nesse sentido, é possível afirmar que os ônus de argumentação também estatuem *pontos de parada* na argumentação jurídica. Eles agem aqui como mecanismos de controle, na medida em que oferecem uma solução para um determinado problema cuja solução adequada é incerta. A incerteza nem é simplesmente desconsiderada, como em uma solução de ficção, nem é reduzida pela interrupção do procedimento argumentativo. Ela permanece apenas sob controle.

A existência de pontos de parada é fundamental em contextos não ideais. Como vimos, a argumentação jurídica se desenvolve necessariamente sob condições de tal natureza, já que tanto recursos como tempo, como as capacidades dos tomadores de decisão para obter e processar novas informações e julgar imparcialmente são limitadas. Não negligenciar esse fato significa,

³⁶⁰ Esse procedimento de argumentação é levado adiante sobre as bases de uma ponderação em cujo desenvolvimento regras de ônus de argumentação, princípios formais e materiais devem ser considerados. Uma análise a respeito é desenvolvida abaixo em D, III, 1.

como vimos, buscar estratégias de maximização indireta de realização da racionalidade prática nos processos argumentativos específicos e no sistema jurídico em geral.

A definição do ponto de parada da argumentação depende do tipo de estratégia sugerida para a maximização indireta. Essas estratégias, como vimos, podem ser otimizadoras ou satisfatórias. No caso dos ônus de argumentação é defendido que eles incluem duas regras de parada, a saber, uma regra principal de caráter satisfatório e uma regra secundária de caráter otimizador. No primeiro caso, os ônus de argumentação exigem que o tomador de decisão busque informações apenas na direção da justificação da manutenção da relação de prioridade. Encontrados fundamentos suficientes para justificar a semelhança entre os casos e a correção da relação original, o tomador de decisão deve interromper a argumentação e manter a solução considerada “natural”. Essa regra de parada funciona exatamente como a regra de parada por trás da interpretação conforme a constituição. No caso de se discutir a constitucionalidade de uma norma, o primeiro dever do tribunal constitucional é buscar uma interpretação compatível com a Constituição – ainda que ela não decorra da leitura mais óbvia do dispositivo –, sendo que o encontrar dessa interpretação é suficiente para encerrar a discussão.³⁶¹

Nem sempre, contudo, é possível satisfazer a primeira regra de parada, pois pode existir dúvida objetiva a respeito da necessidade de manutenção da relação original, seja porque as circunstâncias do problema mereçam ser analisadas com mais cuidado para que se possa realmente diferenciá-lo ou não do caso que sustenta a relação de prioridade aplicável, seja porque persistam bons motivos para a inversão da relação de prioridade. Em resumo, não há razões suficientes para justificar definitivamente a manutenção da relação de prioridade. Nessas hipóteses, a realização da racionalidade prática e a busca pela correção da decisão exigem que a argumentação continue.³⁶² Nesse caso, ademais, uma solução meramente satisfatória não parece também adequada em razão da existência de dúvida objetiva sobre a necessidade ou não de se manter a relação de prioridade original. Privilegiar uma resposta satisfatória nesse caso violaria

³⁶¹ Cf. Luis Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 189.

³⁶² Reconheço que essa consideração desloca para o tomador de decisão a responsabilidade por definir quando existe de fato uma dúvida objetiva a respeito da necessidade de manutenção de uma dada relação de prioridade. Nesse sentido, nada, em princípio, impede que um juiz possa considerar qualquer exceção como um caso de derrotabilidade da primeira regra de parada, o que implicaria a sua irrelevância. Lidar com esse problema exige certamente uma análise a respeito das vantagens de se levar regras a sério, algo que será discutido brevemente adiante (cf. D, III, 1, c). Neste momento, no entanto, em que estamos preocupados apenas com a estrutura dos ônus de argumentação, esse problema não impede que se possa vincular a eles as referidas regras de parada satisfatórias (ainda que, como dito, elas possam ser consideradas na prática como regras de experiência).

tanto exigências de correção como exigências de segurança do resultado, pois essas respostas são alcançadas sob baixas expectativas e, com isso, não eliminam a dúvida. Apenas em casos de limitações materiais e cognitivas extremas esse tipo de estratégia seria recomendável para lidar com problemas objetivamente obscuros. Por esse motivo, a regra de parada secundária aplicável sob essas circunstâncias deve ser, em princípio, uma regra de otimização. De acordo com ela, novas informações e razões devem ser buscadas até o ponto em que os custos marginais de obtenção desses dados superam os seus benefícios esperados.³⁶³ Isso significa que a busca por argumentos em favor da possibilidade de inversão da relação de prioridade deve continuar até o momento em que, apesar da existência de um conjunto relativamente amplo de dados, a dúvida permanece e a busca para solucioná-la já acarreta prejuízos para a solução de novos casos e não é mais capaz de eliminar tão rapidamente altas chances de erro. Nesse ponto as cadeias de argumentação desenvolvidas devem ser fortes para justificar racionalmente a inversão da relação de prioridade. A força dessas razões não precisa ser suficiente para eliminar qualquer dúvida. Isso seria ingênuo e praticamente impediria a inversão das relações de prioridade. No entanto, a cadeia de razões não pode sugerir apenas que é *provável* que a aplicação da relação de prioridade no caso pode ser incorreta. Com outras palavras, não basta a afirmação de que a inversão da relação de prioridade é provavelmente mais correta do que incorreta. Se é possível dizer que os ônus de argumentação impõem ônus de fundamentação altos, então é possível dizer que, em princípio, as cadeias de argumentação devem eliminar ao menos as objeções mais razoáveis apresentadas em favor da manutenção da relação de prioridade.³⁶⁴ Se isso não tem êxito, então a argumentação deve ser interrompida e a relação original de prioridade deve ser mantida. Esse é o segundo ponto de parada estatuído pelos ônus de argumentação. Defini-lo com precisão é algo que depende, certamente, das circunstâncias reais de decisão.³⁶⁵

O funcionamento das regras de parada e dos ônus de argumentação deixa-se também expressar por meio de estruturas lógicas. Se xPy indica que x é preferível a y e G_{sat} representa

³⁶³ Cf. a respeito Vermeule, *Three strategies of interpretation*, p. 614.

³⁶⁴ Sugere-se aqui a aplicação por analogia do *standard* de prova “para além da dúvida razoável”, usado especialmente para assuntos criminais. Essa é certamente apenas uma sugestão e a definição da suficiência da argumentação para lidar com relações de prioridade específicas é uma tarefa, sobretudo, para a jurisprudência e para a dogmática jurídica. Sobre o assunto cf. Kokott, *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechte*, p. 19 f.

³⁶⁵ Id.

razões que justificam suficientemente a manutenção da relação de prioridade, temos como regra de parada satisfatória (R_{sat}):

$$R_{sat}: \quad xPy \square G_{sat} \rightarrow xPy$$

A regra de otimização (R_{opt}) se aplica quando as condições de R_{sat} não são satisfeitas, ou seja:

$$xPy \square \neg G_{sat} \rightarrow R_{opt}$$

A regra de otimização exige que a argumentação seja desenvolvida, como vimos, até o ponto em que os custos marginais de obtenção de novos dados superam os seus benefícios esperados. Isso significa que, quando este ponto é alcançado, três cenários se fazem presentes: a inversão da relação de prioridade pode estar suficientemente justificada, não justificada ou a justificação apresentada pode ser duvidosa no sentido de não ser segura o suficiente para se afirmar se a decisão visada pode ou não ser alcançada se o procedimento argumentativo seguir. Se U_{ger} representa a justificação da inversão da relação de prioridade (xPy) até o ponto de parada, tem-se:

$$R_{opt}: \quad U_{ger} \rightarrow yPx \\ \neg U_{ger} \rightarrow xPy$$

Finalmente, se após o alcance do ponto de parada está presente uma razão duvidosa Z , que impede a justificação tanto da manutenção como da inversão da relação de prioridade, tem-se:

$$R_{opt}: \quad U_{ger} \square Z \rightarrow xPy$$

3.2.3 Por que o sistema jurídico e a argumentação jurídica precisam de regras de parada?

Há razões de diferentes naturezas que justificam por que um tomador de decisão deve ser deferente a uma decisão preexistente. Isso pode se justificar por razões epistêmicas, autoritativas e prudenciais. No primeiro caso, a deferência se justifica por limitações cognitivas; no segundo, por razões normativas e conceituais; no terceiro, por razões pragmáticas.

Existe uma clara assimetria entre procedimentos argumentativos ideais e reais. Por conseguinte, nem sempre há uma justificação *positiva* para um determinado problema prático, ou seja, nem sempre é possível reunir um conjunto de razões que sustente apenas um único resultado para uma determinada questão. Por esse motivo, como vimos, a tomada de decisão jurídica não pode depender apenas dos parâmetros de correção oferecidos por teorias ideais. É preciso também que o processo decisório seja institucionalizado.³⁶⁶

Em um contexto institucional, a decisão de casos específicos não se deixa guiar somente por justificações positivas, mas também, por exemplo, por razões autoritativas, posturas institucionais e regras de justificação *negativa*. A esse último grupo deixam-se reconduzir os pontos de parada e, por conseguinte, os ônus de argumentação.³⁶⁷ O preenchimento da hipótese de aplicação de uma regra de parada impõe uma justificação negativa no segundo sentido procedimental dos ônus de argumentação apresentado por Gizbert-Studnicki: se uma tese não é suficientemente fundamentada, aceita-se como justificada a tese oposta.³⁶⁸ Para os ônus de argumentação, isso quer dizer que, se a inversão de uma relação de prioridade não é justificada, aceita-se como justificada a manutenção da mesma relação. Esse tipo de regra de decisão é fundamental para que decisões possam ser tomadas em contextos de incerteza.

Qualquer catálogo de regras de argumentação/de decisão aplicável a sistemas subideais precisa, então, incluir regras que estatuem pontos de parada. Mas estaria essa “necessidade” submetida apenas às contingências institucionais e, nesse sentido, seria ela uma pseudonecessidade? Com outras palavras, não se deixaria a importância das regras de parada se justificar racionalmente por meio de razões normativas? A resposta para essas perguntas é fundamental para se definir a importância dos ônus de argumentação e das respostas oferecidas por sua dimensão de controle da incerteza na argumentação jurídica. A questão de fundo que se coloca aqui é se as justificações negativas – e as justificações institucionais em si – são muito mais fracas do que as justificações positivas.³⁶⁹ E para que uma justificação negativa tenha pelo menos a mesma importância das justificações positivas *no sistema jurídico* é preciso que elas, tal

³⁶⁶ V. supra C, I, 1.

³⁶⁷ Gizbert-Studnicki, *The Burden of Argumentation in Legal Disputes*, p. 121.

³⁶⁸ Gizbert-Studnicki, *The Burden of Argumentation in Legal Disputes*, p. 121.

³⁶⁹ A respeito v. Gizbert-Studnicki, *The Burden of Argumentation in Legal Disputes*, p. 121s.

qual aquelas, possam ser fundamentadas especialmente por meio de *razões jurídicas*.³⁷⁰ É preciso, então, que as regras que estatuem pontos de parada ou ônus de argumentação possam ser sustentadas por princípios jurídicos. É de se ressaltar, porém, que não se trata aqui de justificar as razões subjacentes a *cada* regra de parada, mas à necessidade geral de o sistema jurídico incluir regras desse tipo. Trata-se, então, de uma fundamentação de segunda ordem.³⁷¹ Ademais, a busca por motivos em favor das regras de parada não se limita à busca por fundamentos em favor das regras em geral, como equidade, confiança, eficiência no processo decisório, estabilidade (no sentido de limitar a variedade de decisões e, assim, as mudanças no *status quo*), aversão ao risco de erros e alocação do poder entre diferentes instituições.³⁷² Não se trata aqui de justificar, parece claro, por que o sistema jurídico precisa de *quaisquer* regras, mas sim por que o sistema jurídico precisa *de um tipo especial* de regras, ou seja, as regras de parada. O que está em jogo é, pois, quais são os motivos que sustentam a necessidade de interromper a argumentação em certo ponto e privilegiar uma solução, ainda que seja possível alcançar uma outra resposta para o mesmo caso por meio do prolongamento do procedimento de argumentação.

A fundamentação dessa visão pode ganhar contornos específicos, quando, por exemplo, estão em jogo tensões entre poderes distintos ou a autoridade da Constituição. Nesses casos, separação de poderes, democracia e a supremacia da Constituição são razões que justificam por que, sob condições de incerteza, o sistema jurídico deve incluir pontos de parada para permitir a solução do conflito tanto em favor das decisões do legislador como em função dos comandos constitucionais. A máxima da proporcionalidade contém, por exemplo, explícitas regras de parada em favor das escolhas legislativas, já que uma medida, no decorrer do teste, deve ser vista como aprovada, ainda que exista dúvida objetiva sobre a sua adequação ou necessidade.³⁷³ Isso vale também quando se fala da ponderação, que está estreitamente vinculada com a proporcionalidade em sentido estrito, especialmente quando a fórmula de sopesamento sugerida

³⁷⁰ Alexy fornece especialmente razões discursivas gerais em favor das regras de onus de argumentação. Para ele, a relevância dessas regras decorre do princípio da universalização e da regra geral de fundamentação, que prescreve: “(2) cada falante deve, se demandado, fundamentar o que afirma, a não ser que ele possa aduzir razões que justifiquem rechaçar uma fundamentação.” (Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 239). Esse fundamento é certamente relevante, mas insuficiente para justificar a importância dos pontos de parada estatuídos pelos ônus de argumentação no âmbito do sistema jurídico.

³⁷¹ Gizbert-Studnicki, *The Burden of Argumentation in Legal Disputes*, p. 122.

³⁷² Schauer, *Playing by the Rules*, Cap. 7.

³⁷³ Laura Clérico. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001, p. 39, 135s e Virgílio Afonso da Silva. O Proporcional e o razoável, in: *Revista dos Tribunais* 798 (2002), pp. 23-50, p. 34s.

por Alexy conduz ao resultado 1.³⁷⁴ Nesse caso, o procedimento argumentativo não segue adiante, mas se reconhece, ao contrário, que a opção do legislador deve ser considerada legítima. A decisão do tribunal constitucional federal alemão no caso Cannabis, em que se discutia a validade de leis que proibiam produtos dessa erva³⁷⁵, é um bom exemplo a respeito.³⁷⁶ No caso, incertezas relativas à confiabilidade das premissas empíricas que poderiam sustentar, em nome da importância de promover o direito à saúde, o grau de restrição envolvido no caso à liberdade terminaram por compensar a relação de interferência nos dois princípios em colisão. Porque não era certo ou altamente confiável mesmo entre a comunidade científica que o consumo de maconha poderia trazer malefícios à saúde, não haveria elementos suficientes capazes de afirmar que o grau de restrição ao princípio da liberdade, na hipótese, era compensado pelo grau de promoção do direito à saúde. O que se “ganharia” promovendo a saúde pública é, de alguma forma, “perdido” pela ausência de plena certeza relativa aos efeitos do consumo da erva. A proibição não era claramente constitucional, mas também não se poderia dizer que a medida era plenamente inconstitucional. A equivalência entre os pesos concretos dos princípios em colisão levou, assim, à declaração da constitucionalidade da proibição.³⁷⁷ Usando o modelo de Alexy, nada impediria que, diante da situação de empate, o procedimento argumentativo seguisse adiante até o ponto em que fosse possível afirmar que a balança da proporcionalidade pende mais para o lado do princípio da liberdade ou para o lado da saúde pública. A presunção de constitucionalidade das leis que decorre da necessidade de reconhecimento de margens de conformação legislativas é, porém, argumento suficiente para que o processo de fundamentação pare.

Entre nós, a possível discussão a respeito da constitucionalidade material de medida legislativa que proibisse completamente a utilização e a comercialização de amianto poderia levar a resultado semelhante ao do caso Cannabis, se se consideram as mesmas incertezas empíricas relacionadas ao grau com que fibra mineral de crisotila (uma das substâncias designadas como amianto) poderia produzir danos à saúde da população. No julgamento da ADI 2.396/MS, a ministra Ellen Gracie deu indícios de que a confiabilidade das premissas empíricas capazes de embasar eventuais danos causados por todas as substâncias por trás do rótulo “amianto” poderia

³⁷⁴ V. nota 358, *supra*.

³⁷⁵ BverfGE 90, 145.

³⁷⁶ Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, p. 447.

³⁷⁷ Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, p. 448.

ser um elemento decisivo para confirmar a constitucionalidade da lei 9.055/95, que promove o banimento dos anfíbios (outras substâncias designadas como amianto), mas permite a extração, comercialização, utilização e industrialização da crisotila, ainda que preveja cuidados específicos na manipulação da substância e o financiamento de estudos científicos para reduzir os riscos à saúde humana relacionados à manipulação e utilização do produto.³⁷⁸ Nas palavras da ministra "(...) não cabe a esta corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e os riscos da sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias". A estrutura do problema de decisão seria bastante semelhante à do caso Cannabis. Por esse motivo, se ao final do processo argumentativo, os ministros do Supremo Tribunal Federal chegassem à mesma relação de equivalência entre as possíveis restrições aos princípios em colisão *vis-à-vis* os graus de confiabilidade das premissas empíricas que embasariam a possível proibição, a argumentação poderia ser interrompida com a respectiva declaração de constitucionalidade da medida.

Além dos argumentos apresentados, há também fundamentos mais amplos para justificar a necessidade de regras de parada e ônus de argumentação. Aqui nos concentraremos nos dois mais gerais. Dada a impossibilidade de alcançar níveis ideais de correção e a necessidade de administrar recursos limitados, a existência de pontos de parada é fundamental, quando *certeza* e *eficiência* – os fins fundamentais vinculados à dimensão formal do direito³⁷⁹ – entram em consideração. Em função desses valores, um sistema jurídico deve ser considerado especialmente como um meio de redução de complexidade e custos ou, em outros meios, como um mecanismo de domesticação da incerteza, o que significa que ele deve, por um lado, evitar a produção e a reprodução de incerteza, insegurança e custos excessivos e, por outro, promover valores como estabilidade, previsibilidade e eficiência. Dessa maneira, parece importante que as discussões sobre a possibilidade de inverter uma dada relação de prioridade não se prolongue *ad aeternum*. No limite, está até mesmo justificado por que não se deve investir recursos excessivos para que a discussão sobre a adequação da manutenção de uma relação normativa de prioridade seja sempre resolvida definitivamente.

³⁷⁸ Cf. ADI 2.396/MS, DJ 01/08/2003.

³⁷⁹ Alexy, *On the Concept and Nature of Law*, p. 293. Originalmente “basic formal purposes”. Grifos acrescidos.

3.2.3.1 O argumento da eficiência alocativa

O argumento da eficiência está diretamente relacionado com os custos e riscos vinculados ao desenvolvimento de processos argumentativos e as consequências vinculadas à aplicação excessiva de recursos para decidir casos sob relevantes condições de incerteza. Tomar uma decisão é algo que inclui recursos de diferentes tipos. E a escassez desses recursos em contextos nos quais diversas decisões devem ser tomadas exige cálculos complexos de primeira e de segunda ordem na direção da sua maximização indireta. Ademais, é preciso não esquecer que diversas “respostas corretas” para determinados problemas jurídicos complexos pressupõem a aplicação de recursos infinitos. Disso se segue que a incerteza presente em diversos casos não poderá ser superada, ainda que se invistam todos os recursos *reais* disponíveis. Assim, tanto a escassez de recursos, como a impossibilidade de alcançar soluções ótimas para problemas reais de decisão por meio do uso de todos os recursos justificam a irracionalidade do uso de estratégias decisórias de maximização direta. É importante, então, saber como aplicar os recursos disponíveis a fim de se obter o maior grau possível de racionalidade na justificação de um conjunto de juízos normativos singulares. Nesse processo, levar a existência de custos a sério torna a eficiência critério normativo relevante para avaliar as consequências de diferentes alternativas de decisão. Isso é fundamental para a resposta para a pergunta, por que um sistema jurídico que compreende regras de parada é preferível a um sistema jurídico que não inclua regras dessa natureza.

O ponto de partida para responder tal questão requer uma definição dos custos envolvidos nos processos jurídicos decisórios. Desse ponto de vista, a decisão jurídica não pode negligenciar (i) os custos de decisão, ou seja, os custos necessários para a tomada de uma decisão racionalmente justificada, (ii) os custos de erro, ou seja, os custos vinculados à possibilidade, à quantidade e à magnitude dos problemas que podem decorrer de uma decisão insuficientemente justificada³⁸⁰ e (iii) os custos de oportunidade, ou seja, os impactos resultantes da ampla busca de dados para um caso específico para a solução de outros casos em vista da escassez de recursos e das limitações epistêmicas dos atores. Aumentar a eficiência de um ambiente limitado significa poder reduzir esses custos.

³⁸⁰ Sunstein, *Must formalism be defended empirically?*, p.647.

Esses custos devem ser considerados especialmente sob uma perspectiva *global*. Não se trata, então, de refletir sobre a necessidade de redução de custos para alcançar os melhores resultados com o menor consumo de recursos em um caso individual, mas para permitir a melhor distribuição possível desses recursos em vista de um universo de casos a serem decididos. Regras de parada são, nesse sentido, incentivos para a produção de *eficiência alocativa no sistema jurídico*.³⁸¹ Pela interrupção da argumentação em situações de incerteza, as regras de parada impedem a aplicação excessiva de recursos em casos nos quais se sabe que a continuidade do procedimento argumentativo não garante a eliminação total da incerteza. Com isso, os recursos escassos podem ser distribuídos para solucionar outros problemas. Por esse motivo, um sistema jurídico que compreenda regras de parada é preferível a um sistema que não as inclua e, dessa forma, permita que se invistam excessivamente recursos para decidir problemas sob condições insuperáveis de incerteza.

3.2.3.2 O argumento da segurança jurídica e suas implicações

O que é e o que exige a segurança jurídica? Essas são questões fundamentais da teoria e da filosofia do direito e o objetivo deste tópico não é resolvê-las. Na verdade pode-se até questionar se tentar resolvê-las é uma empreitada cheia de sentido, já que o conceito de segurança jurídica é excessivamente complexo, possui uma clara dimensão ideal e está sujeito a reconstruções de sentido em função dos estados de insegurança constatados na realidade ao longo do tempo. Por ser complexo, o conceito compreende muitas facetas³⁸² e grande parte delas se estrutura sobre termos operativamente vagos.³⁸³ Ele pode, por exemplo, ser compreendido tanto

³⁸¹ O conceito de eficiência alocativa é geralmente usado em relação à distribuição ótima de bens, posições jurídicas ou direitos de propriedade. Cf. Horst Eidenmüller. *Effizienz als Rechtsprinzip*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 158 e Claus Ott e Hans-Bernd Schäfer (Org.) *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung. Beiträge zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. Berlin: Springer, 1989. Aqui, no entanto, ela é usada em um sentido mais amplo para designar qualquer distribuição ótima de recursos escassos que precisam ser alocados por sujeitos diferentes em contextos diferentes.

³⁸² Andreas von Arnould. *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 102.

³⁸³ Cf. Richard Fallon Jr.. “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse, in: *Columbia Law Review*, vol. 97, nr. 1, jan. 1997, pp. 1-56, p. 5.

por meio do tradicional sentido “de limitação da esfera individual em face do Estado”³⁸⁴, como um “postulado imanente do princípio do Estado de Direito”.³⁸⁵ Além disso, uma investigação sobre um conceito ou as funções da segurança jurídica não pode negligenciar a distinção entre segurança *por meio do direito* e segurança *do direito*.³⁸⁶

Existem, então, diferentes dimensões por meio das quais o conceito pode ser analisado e as tentativas de defini-lo partem, no geral, dos seus subconceitos, ou seja, dos elementos que *criam* segurança, como previsibilidade, estabilidade, reconhecibilidade/cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade. Ao mesmo tempo, a ideia de segurança jurídica expressa uma idealidade do Estado de Direito³⁸⁷ e, nesse sentido, é um ideal regulativo. Dessa forma, definir um conceito de segurança é um trabalho permanente: como ideal “ele não se revela como definitivamente definível – de outro modo não seria mais o ideal um ideal. Mais do que uma aproximação não seria consequentemente de se esperar”.³⁸⁸ A complexidade e a idealidade do conceito impedem, assim, análises completas – no sentido de exaustivas *ex ante* – sobre o que a segurança jurídica pode precisamente prescrever para cada caso concreto. É claro que essa constatação não deve criar incentivos para que o conceito seja repetido retoricamente e que se desista de qualquer esforço dogmático de precisão. Ela apenas revela os seus limites. Abandonar esse tipo de empreitada leva, na verdade, a uma constatação irônica, uma vez que, já se afirmou, a falta de uma definição mais precisa do que seja “segurança jurídica” “é o cúmulo para uma noção que põe uma exigência de certeza”.³⁸⁹ A aspiração por segurança não pode, assim, por um lado, resumir-se a uma busca ingênua e inadequada por certeza e determinação absolutas; mas, por outro, as dificuldades inerentes à sua definição e realização devem ser as forças motrizes para estudos voltados à superação da incerteza.³⁹⁰ Nesse cenário, ela será considerada aqui na exata medida da sua utilidade para justificar a importância de regras de parada no sistema jurídico e

³⁸⁴ Martha Schmidt. *Rechtssicherheit*. Frankfurt a.M.: Albrecht Beck, 1938, p. 23.

³⁸⁵ BVerfGE 25, p. 269, 290. Sobre o assunto cf. também Fallon Jr., “*The Rule of Law*” as a Concept in *Constitutional Discourse*, p. 7ss.

³⁸⁶ Humberto Ávila acresce ainda as dimensões da segurança “frente ao Direito” e “contra o Direito”. Cf. Humberto Ávila. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 75.

³⁸⁷ Sobre essas relações cf. Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, p. 206ss.

³⁸⁸ von Arnould. *Rechtssicherheit*, p. 103.

³⁸⁹ Jean-Baptiste Racine e Fabrice Siiriainen, Sécurité juridique et Droit Économique. Propos introductifs, in: Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine e Fabrice Siiriainen (Orgs.), Sécurité juridique et Droit Économique, Bruxelas: Larcier, 2008, p. 13, *apud* Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, p. 58.

³⁹⁰ Humberto Ávila, *Segurança Jurídica*, p. 71.

eventuais mecanismos de transição nos casos em que ônus argumentativos muito elevados são superados.

Significativa para tanto é, em primeiro lugar, a dimensão da segurança jurídica como segurança *do* direito. Isso significa que um certo conjunto de precondições deve ser preenchida para que o direito possa realizar qualquer objetivo substantivo. Para alguns essas precondições são “a orientação formal no interesse da segurança jurídica”, que podem ser chamados “de interesse geral de determinação e igualdade”³⁹¹, enquanto para outros eles são expressões de uma moralidade interna do direito, ou seja, “the morality that makes law possible”.³⁹² Essas exigências do direito possibilitam que os atores sociais coordenem as suas ações com um grau mínimo de estabilidade por meio da redução dos casos em que as suas expectativas normativas são frustradas.

Do ponto de vista temporal, o direito compreende uma tensão permanente entre passado e futuro. Por um lado, o direito pretende realizar objetivos e regular condutas futuras, enquanto, por outro, ele só pode fazê-lo se as ações presentes não negligenciam os limites e diretrizes estabelecidos e as decisões tomadas no passado. São essas decisões, limites e diretrizes que criam expectativas a respeito do comportamento futuro de atores públicos e privados. A segurança jurídica pretende impedir exatamente a frustração dessas expectativas por meio da produção de um ambiente que possibilite a orientação de decisões presentes e futuras a partir do que foi determinado no passado. Ela está, então, relacionada ao “asseguramento do porvir no presente” (“die Sicherung des Künftigen im Heute”).³⁹³ Sem essa segurança é impossível não só criar paz social por meio da estabilização das relações sociais, como também que os cidadãos possam levar adiante os seus planos individuais.³⁹⁴ Com outras palavras, sem que se saiba o que é esperado de cada indivíduo e sem que exista um asseguramento das expectativas criadas em função do que se conhece, não é possível planejar o futuro. Respeitar essas condições limítrofes é, então, essencial para que a vida não se torne imprevisível e os planos de ação sem sentido. Para impedir esses resultados, é preciso que o direito posto possua certas características que promovam valores

³⁹¹ Mar Rümelin. *Die Rechtssicherheit. Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1924.* Tübingen: Mohr, 1924, p. 9.

³⁹² Lon Fuller. *The Morality of Law.* Rev. Ed. New Haven/London: Yale University Press, 1969, p. 33.

³⁹³ von Arnould. *Rechtssicherheit*, p. 104.

³⁹⁴ Joseph Raz. The Rule of Law and its virtue, in: do mesmo, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality.* Oxford: Clarendon Press, 1979, pp. 210-229, p. 220.

como confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade, que são elementos estruturais da segurança.³⁹⁵ Essas são formas de se manter o presente e o futuro, em alguma medida, permanentemente presos ao passado, ainda que, por conta das nossas limitações epistêmicas, essa vinculação nunca seja plena. Luhmann fala, nesse sentido, na existência de uma assimetria insuperável entre o modo como a realidade efetivamente se conformará (o presente futuro) e o modo como achamos, no momento, como o futuro se conformará (o futuro presente).³⁹⁶ Apesar dos níveis insuperáveis de insegurança decorrentes dessa assimetria, a satisfação de graus aceitáveis de segurança exige que o direito, antes de tudo, apresente-se de forma a promover os seus subelementos basilares. Fuller ordena oito condições para tanto. As leis devem ser gerais, publicadas, não retroativas, claras, não contraditórias entre si, minimamente constantes no tempo, aplicadas de modo a promover congruência entre as ações oficiais e o texto das regras e, finalmente, não requerer o impossível.³⁹⁷ Essas são exigências concretas para realizar os referidos valores. Mas não são as únicas.

Promover os elementos estruturais da segurança jurídica pressupõe compreender o que esses valores perseguem. A fórmula reduzida “domesticar a mudança e reduzir a incerteza” é uma possível maneira de descrever essas exigências. Nesse sentido, por um lado, “direito seguro é aquele que é estável e calculável mesmo em sua mudança ou futura aplicação”.³⁹⁸ Por outro, um direito seguro pressupõe o controle da incerteza quanto ao seu próprio conhecimento e a sua aptidão para produzir os seus objetivos. Por isso, direito seguro pressupõe tanto continuidade e efetividade social como que aquilo que o direito seja possa ser identificado sem dificuldades.³⁹⁹

Como visto, as regras de parada vinculadas aos ônus de argumentação atuam tanto no controle como na redução da incerteza. O principal objetivo dos ônus de argumentação é dificultar – mediante o aumento dos custos de justificação – a inversão de uma relação de prioridade preexistente, enquanto o objetivo das regras de parada é impedir o desenvolvimento de cadeias argumentações muito longas que podem se revelar insuficientes para superar as limitações epistêmicas dos participantes da argumentação. Elas atuam nos contextos de incerteza

³⁹⁵ von Arnould. *Rechtssicherheit*, p. 104ss. Ávila, *Segurança Jurídica*, p. 60, 250.

³⁹⁶ Niklas Luhmann, *Juristische Argumentation: Eine Analyse ihrer Form*, in: Gunther Teubner (Org.) *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Baden-Baden 1995, S. 19-37, p. 31s.

³⁹⁷ Fuller, *The Morality of Law*, cap. II.

³⁹⁸ von Arnould. *Rechtssicherheit*, p. 105.

³⁹⁹ Id.

para impedir, em casos de dúvida objetiva a respeito da manutenção de tais relações, a frustração das expectativas criadas em função da existência de soluções esperadas (no passado) para o problema. Em ambos os casos as decisões passadas desempenham um papel fundamental em contextos presentes. Os ônus de argumentação dificultam as mudanças; as regras de parada, mantêm a incerteza sob controle por meio da preservação do *status quo*, mecanismo que mantém o ordenamento jurídico inteligível, confiável, calculável e estável. Dessa forma, eles promovem a segurança do direito na decisão de casos concretos.

Ônus de argumentação e regras de parada visam, sob um outro enfoque, neutralizar elevações dos níveis de *insegurança* na ordem jurídica⁴⁰⁰, na medida em que atuam como mecanismos de controle e de redução da incerteza. Essa visão traz implicações importantes não apenas para o modo como o direito definido no presente lida com o passado, mas também para o modo como a eventual superação de ônus de argumentação elevados em casos específicos no presente se relaciona com o futuro. Evitar a insegurança pressupõe não apenas manter, com o foco no passado, a *durabilidade* da ordem jurídica, mas, pensando no futuro, manter a *continuidade* do direito.⁴⁰¹ Está-se, neste ponto, no plano da promoção da segurança *pelo* direito. Neste caso, os ônus argumentativos devem também estar vinculados a instrumentos capazes de garantir a expectativa de permanência da ordem jurídica nos casos em que relações de prioridade fortes e estabelecidas sejam invertidas.⁴⁰² A dimensão de segurança justifica, assim, não somente a necessidade de regras de parada em processos argumentativos reais para a preservação, em casos de incerteza, da durabilidade do ordenamento jurídico. Ela, em sua dimensão prospectiva, demanda suavidade na mudança e, em certos momentos, mecanismos de transição⁴⁰³ ou a postergação do início da eficácia de certas decisões. A inversão de uma relação de prioridade causada pela superação de um ônus argumentativo pode, por isso, justificar medidas desse tipo visando a permitir mudanças estáveis e calculáveis. Se a existência de uma relação de prioridade cria ou estabiliza expectativas que implicam, para os seus destinatários, soluções esperadas para certos problemas, a sua inversão não pode produzir efeitos que as frustrem abrupta e

⁴⁰⁰ Humberto Ávila, nesse aspecto, afirma que “(...) a segurança jurídica adquire significação como valor jurídico sob a impressão do seu oposto –a insegurança”. Cf. Ávila, *Segurança Jurídica*, p. 62.

⁴⁰¹ Ávila, *Segurança Jurídica*, p. 595.

⁴⁰² Sobre a força das relações de prioridade e dos seus respectivos ônus argumentativos cf. *supra* p. 138-140.

⁴⁰³ Ávila, *Segurança Jurídica*, p. 595.

drasticamente, sob pena de, no limite, fomentar a insegurança.⁴⁰⁴ Por esse motivo, quanto mais estável e forte for uma relação de prioridade, mais justificável será a definição de critérios de transição ou de modulação dos efeitos da decisão que, por meio da superação dos ônus de argumentação a ela vinculados, a inverte. A superação de um precedente consolidado ou a superação de um costume são provavelmente os exemplos mais salutares de aplicação dessa exigência decorrente da segurança jurídica. Não é, por isso, de se estranhar que o artigo 27 da lei 9.868/98 permita a modulação temporal dos efeitos da decisão que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo tendo em vista razões de segurança jurídica e que o inciso V e o parágrafo primeiro do artigo 847 do anteprojeto do novo Código de Processo Civil prescrevam:

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

Mas a necessidade de segurança não se faz presente apenas na decisão de casos difíceis. Ela também é uma ideia que regula a própria estrutura do sistema jurídico. Por conseguinte, o conjunto de elementos que formam o que se chama de “direito válido” em um determinado local em um determinado tempo também deve conter mecanismos que permitam a promoção dos principais valores da segurança jurídica. A relevância das regras de parada para o sistema jurídico se expressa, nessa dimensão da segurança jurídica, por meio do controle da *abertura* do sistema. Fundamento para tanto é: quanto mais aberto é um sistema jurídico, maior a incerteza a ser controlada. Neste ponto está em jogo a importância dos ônus argumentativos para a estrutura do sistema jurídico. Um sistema que pretenda reduzir ou manter sob controle a incerteza deve, por isso, incluir mecanismos que impeçam que procedimentos argumentativos possam se abrir e se estender indefinidamente. Por tal razão, as regras de ônus de argumentação *qua* fixadoras de

⁴⁰⁴ “(...) o que a exigência de calculabilidade por meio da continuidade do ordenamento jurídico afasta são mudanças bruscas e drásticas. Bruscas são aquelas alterações que não são, de modo algum, antecipáveis e que, por isso mesmo, surpreendem o destinatário, que com aquelas não contava, nem podia contar. Drásticas são aquelas mudanças que, embora antecipáveis quanto à ocorrência, são bastante intensas nos seus efeitos”. (Id. p. 596).

pontos de parada na argumentação jurídica podem ser equiparadas, em certo sentido, ao que Alchourron e Bulygin chamam de regras de fechamento (*rules of closure*) do sistema.⁴⁰⁵

A hipótese trabalhada pelos autores é a de que o fechamento do sistema jurídico pode ser alcançado por meio do relacionamento de casos a uma solução maximalista (*maximal solution*). Isso só é possível, para eles, por meio da aplicação de uma regra de fechamento, “that is, a rule that would qualify deontically all actions not already qualified by the system in question”.⁴⁰⁶ Uma tal regra deve satisfazer duas condições de adequação: ela deve tanto tornar o sistema completo para um determinado conjunto de casos e de soluções como preservar a consistência do sistema.⁴⁰⁷

A regra de fechamento possibilita que se associe a um dado conjunto de problemas um determinado conjunto de soluções. Ela é uma regra de segundo grau que possui um caráter suplementar. Dessa forma, ela só se aplica quando um caso não pode ser solucionado pelas regras tradicionais de inferência do sistema.⁴⁰⁸ Com outras palavras, essas regras desempenham um papel relevante quando não existe objetivamente nenhuma solução oferecida pelo sistema jurídico para um determinado caso.

Uma leitura estrita dessa sentença pode implicar um problema que não é negligenciado pelos autores: “if it is agreed that the rule of closure must be applied only in cases where there is no solution and not in cases where a particular person fails to find a solution, it is doubtful whether it may ever be applied at all, because of the sheer difficulty of determining when the appropriate occasion arises”.⁴⁰⁹ No entanto, as regras de fechamento não devem pressupor que exista realmente a possibilidade real de se encontrar a “prova” de um argumento. Essas regras devem ser compreendidas como os elementos do sistema jurídico que possibilitam a tomada de decisão quando as suas normas, as regras da metodologia do direito, o trabalho da dogmática e os dados do caso não são capazes de fornecer uma solução definitiva para o problema, sem que as fronteiras do sistema jurídico sejam superadas. As regras de parada possuem essa natureza, porque possibilitam que uma decisão *jurídica* seja tomada porque a resposta por elas oferecida (a

⁴⁰⁵ cf. Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin. *Normative Systems*. Wien/New York: Springer, 1971 p. 134ss, especialmente 136.

⁴⁰⁶ Id. p. 135.

⁴⁰⁷ Id.

⁴⁰⁸ Alchourrón e Bulygin, *Normative Systems*, p. 136.

⁴⁰⁹ Id. S. 136.

saber, a manutenção da relação de prioridade questionada) se sustenta sobre princípios jurídicos que sustentam decisões fundadas sob razões formais. Dessa forma elas devem ser aplicadas mesmo que um juiz singular não encontre uma solução apropriada (ainda que, admita-se, ela exista). Na verdade, o grande campo de aplicação daquelas regras é exatamente esse. Pouco importa para a aplicação das regras de parada perquirir se existe ou não resposta ideal para o caso e se ela pode ser encontrada. Diante das limitações cognitivas de um juiz singular, o que elas prescrevem essencialmente é que a relação de prioridade inicial seja mantida sob determinadas condições de incerteza. E, como vimos, reforçar as expectativas normativas derivadas do direito passado é uma condição para a promoção de segurança jurídica.

A presença de regras de parada no sistema jurídico se justifica então porque elas conseguem promover segurança antes e durante a decisão de casos individuais. Antes da decisão elas atuam sobre as fontes válidas de argumentação como espécies de regras de fechamento do sistema. No momento da decisão, sua importância deixa-se exprimir pelo reforço das soluções esperadas para os casos em que a manutenção de uma relação de prioridade é questionada e o processo argumentativo não é capaz de eliminar a incerteza do resultado. Evidentemente pode ser sempre objetado que a promoção de segurança implica restrições, em alguma medida, à justiça particular. Mas no caso das regras de parada, esse argumento não é válido.

A conexão existente entre regras de parada e as condições de possibilidade do próprio direito cria um campo onde a notória relação de tensão entre justiça e segurança⁴¹⁰ não existe. Como elemento estruturante da ordem jurídica, a segurança pode ser vista como um pressuposto para que a justiça possa ser promovida. Além disso, a justiça *qua* garantidora da efetividade social do direito também é um elemento em favor da produção de segurança jurídica.⁴¹¹ Isso porque um sistema jurídico que não é minimamente justo não pode ser um sistema estável e, nesse sentido, seguro. Por esses motivos, não necessariamente estão justiça e segurança em lados opostos. Ambos os princípios podem até prescrever a mesma coisa: “uma ligação (Scharnier) entre segurança jurídica e justiça molda a *proibição do arbítrio*“.⁴¹² Superar, contudo, a objeção de que a presença de regras de parada no sistema é uma barreira contra a justiça requer esclarecer que elas não eliminam a flexibilidade, que é necessária “para prevenir frustrações de justiça em

⁴¹⁰ Um exemplo claro dessa relação de tensão é pressuposta pela fórmula de Radbruch, que tenta estabelecer uma relação de compromisso entre os dois princípios. Cf. supra, nota 117.

⁴¹¹ von Arnald. *Rechtssicherheit*, p. 641.

⁴¹² Id., p. 653. Grifo acrescido.

casos singulares que podem se potencializar socialmente”.⁴¹³ Inversões são possíveis, assim como desvios pontuais do material jurídico preexistente, sem que esses fatos impliquem necessariamente um esvaziamento da força dessas regras.

A inexistência de um conflito entre segurança jurídica e justiça do caso concreto durante a aplicação de regras de parada deixa-se esclarecer quando se sublinha que não há qualquer garantia de que a continuidade do procedimento argumentativo vai levar à justificação da inversão da relação de prioridade. As regras de parada, ao contrário, permitem que uma solução possa ser tomada sob condições de extrema incerteza, ao privilegiarem o *status quo*.⁴¹⁴ Além disso, a solução privilegiada – a saber, a manutenção da relação de prioridade – é uma solução plausível para o caso, o que não a torna necessariamente incompatível com a justiça particular. De fato, a “justiça do caso concreto” pode ser concebida de duas formas. Em um sentido *procedimental*, ela significa a *possibilidade* de tomar decisões mediante a consideração de todas as circunstâncias independentemente da presença de padrões de decisão preexistentes, como regras. Em um sentido *epistêmico*, ela pressupõe que seja possível *identificar* (ou, em um sentido mais fraco, *justificar*) respostas para casos concretos que são diferentes das respostas fornecidas por padrões gerais de comportamento. Se isso é correto, não há qualquer conflito entre as regras de parada e a justiça do caso concreto. Sob o ponto de vista epistêmico, as regras de parada não impedem decisões *all things considered*. Elas apenas tornam o processo argumentativo mais custoso em função da preexistência de uma solução esperada que cria expectativas que devem ser protegidas. Sob o ponto de vista epistêmico, o campo de aplicação das regras de parada pressupõe exatamente que uma resposta diferente daquela sugerida pela relação de prioridade não possa ser claramente identificada e suficientemente justificada. São essas, na verdade, as condições que comprovam a existência de incerteza. Ademais, um dos argumentos em favor da relevância da interrupção do processo argumentativo se sustenta sobre a própria ideia de correção na subidealidade do sistema jurídico. Dadas as limitações cognitivas dos participantes da argumentação jurídica, nada garante que um aumento da complexidade da argumentação

⁴¹³ Id., p. 642.

⁴¹⁴ É importante destacar que o *status quo* só deve ser privilegiado, permitindo, assim, que o direito possa realizar funções que lhe são caras, como guiar comportamentos e diluir problemas de desacordo moral particular, em casos de incerteza. Essa é, na verdade, uma forma de domesticá-la. Quando, no entanto, é certo ou altamente provável que a manutenção do *status quo* – *i.e.* de uma preexistente relação de prioridade – leva a resultados perversos, há, naturalmente, bons motivos para invertê-la. Não se preza, assim, a manutenção absoluta de relações de prioridade. Ao contrário, a ideia de ônus argumentação só faz sentido se é possível invertê-las.

conduzirá a uma resposta correta. A necessidade de trabalhar com mais informações e processar mais dados em ambientes caracterizados pela escassez de recursos e limitações epistêmicas pode aumentar as chances de erro e, nesse sentido, conduzir a resultados injustos. Por esses motivos, as regras de parada são não apenas condições para a criação de segurança jurídica, como também – como qualquer regra – não implicam qualquer restrição necessária à ideia de justiça.⁴¹⁵

3.3 Natureza normativa e diferenciação de outros tipos de ônus

3.3.1 Sobre a relação entre ônus de argumentação e regras

3.3.1.1 Ônus de argumentação como eficácias de regras e standards

Uma investigação sobre a natureza normativa dos ônus de argumentação significa fundamentalmente poder concebê-los como regras ou princípios. Nesse campo há diversas possibilidades de análise, já que diversas concepções sobre como é possível diferenciar as duas espécies normativas se encontram à disposição no mercado de ideias. As principais visões podem ser desmembradas em três grandes teses⁴¹⁶:

1. A tese forte da separação, de acordo com a qual regras e princípios se diferenciam em função de determinadas propriedades que caracterizariam cada espécie normativa. A distinção é pretensamente lógica. Tanto regras como princípios revelam-se por meio de propriedades específicas (especialmente nos campos do modo final de aplicação e da solução dos conflitos normativos). Os mais conhecidos defensores dessa concepção são Ronald Dworkin⁴¹⁷ e Robert Alexy⁴¹⁸;

⁴¹⁵ Cf. Frederick Schauer. *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 299s.

⁴¹⁶ Robert Alexy. Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: do mesmo, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main, 1995, p. 184s. Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 53, Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 37f.

⁴¹⁷ Cf. Ronald Dworkin. The Model of Rules I, in: do mesmo, *Taking Rights Seriously*, pp. 14-45.

⁴¹⁸ Cf. Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, p. 177-212 e Alexy, *On the structure of legal principles*, pp. 294-304.

2. A tese fraca a separação, que se baseia em uma distinção meramente gradual entre princípios e regras. Essas normas compartilhariam propriedades comuns (por exemplo, a generalidade) e se diferenciam apenas em função do grau de presença dessa propriedade em cada uma delas. Princípios e regras seriam extremos de um mesmo *continuum*. Nesse sentido, quanto mais uma norma estivesse próxima de um dos pólos, mais simples seria caracterizá-la como um dos casos especiais de certa espécie normativa;
3. A tese da concordância, que exclui a possibilidade de uma distinção estrutural entre regras e princípios, já que todos os critérios usados para caracterizar uma espécie normativa poderiam também ser usados para definir a outra.⁴¹⁹

Já que, porém o objetivo deste trabalho não consiste em aprofundar esse debate, partiremos neste problema da perspectiva de Robert Alexy sobre o tema. Embora diversas críticas sejam levantadas contra a teoria dos princípios de Alexy⁴²⁰, parece ser adequado pensar na natureza dos ônus de argumentação a partir de uma distinção estrutural entre regras e princípios, porquanto uma análise desse tipo ergue a pretensão de fixar claramente as propriedades que caracterizam cada uma dessas normas.

De acordo com a concepção alexyana, princípios são *mandamentos de otimização*, i.e. normas “que podem ser satisfeitas em diferentes graus e cuja medida devida de satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.⁴²¹ Nesse sentido, os princípios correspondem a deveres *prima facie*. Regras, por sua vez, são mandamentos definitivos, que devem ser em princípio aplicáveis quando os seus pressupostos de aplicação são preenchidos.⁴²² Em casos de conflito, pode a tensão normativa entre regras ser resolvida basicamente mediante a introdução de uma cláusula de exceção ou a declaração de invalidade de uma delas.⁴²³ Ainda, sem embargo, que se reconheça a possibilidade de derrotabilidade de regras, elas têm um caráter *prima facie* diferente do caráter *prima facie* dos

⁴¹⁹ Aulis Aarnio, Taking Rules Seriously, in: *ARSP*, Beiheft 42, 1990, pp. 180-192.

⁴²⁰ Cf. por exemplo Matthias Jestaedt. Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Otto Depenheuer et al. (Orgs.) *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*. Heidelberg: C.F. Müller, 2007, p. 260ss., Ávila, *Theoria dos Princípios*, p. 40ss, que apresenta críticas não apenas direcionadas contra a teoria de Alexy.

⁴²¹ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 76.

⁴²² Id., p. 88s.

⁴²³ Id., p. 77.

princípios.⁴²⁴ Já as colisões de princípios são solucionadas, *grosso modo*, mediante um juízo de ponderação, que visa à fixação de uma relação de prioridade condicionada entre as normas em tensão com pretensão de aplicação em todos os casos futuros em que as mesmas propriedades relevantes do caso estiverem presentes, conforme prescreve a lei de colisão.⁴²⁵

De acordo com a nossa visão, os ônus de argumentação estão estreitamente vinculados a regras, já que eles são exigências relacionadas a relações de prioridade preexistentes (e não a relações que serão fixadas pela primeira vez). Além disso, eles estatuem pontos de parada na argumentação jurídica em situações de incerteza, assim como fazem os ônus da prova à luz de questões fáticas. Ônus de argumentação não podem, por isso, ser concebidos como princípios, pois não expressam um mandamento de otimização. Sob condições de incerteza as relações de prioridade preexistentes devem ser mantidas e isso não varia em função das possibilidades fáticas e jurídicas. Quando aquela condição é preenchida, deve uma consequência específica ser descarregada, qual seja a interrupção do procedimento de argumentação. Não se deve perder de vista que os ônus de argumentação são especialmente úteis para promover eficiência, estabilidade, previsibilidade e outros valores. Por esse conjunto de razões, os ônus de argumentação estão estruturalmente associados a regras.⁴²⁶

Os ônus de argumentação, na verdade, estão vinculados a duas regras e a alguns *standards*. A primeira regra define o âmbito de incidência e a consequência jurídica vinculada à fixação de uma relação de prioridade em concreto. Um ônus de argumentação é, nesse caso, uma consequência dessa regra, que, por sua vez, se segue da lei de colisão. Quando se diz que x é preferível a y sob as circunstâncias C isso cria um ônus de argumentação, como visto, para aqueles que pretendem inverter essa relação, ou seja, fazer com que à luz de C a consequência prevista pela regra não se siga. Com outras palavras, o resultado de uma relação de prioridade é a criação de uma regra, que em função de novas informações pode ser derrotada. Essa é uma regra de primeira ordem, ou seja, uma regra que pretende definir o que deve ser feito sob determinadas circunstâncias.

⁴²⁴ Id., p. 87ss.

⁴²⁵ Id. p. 81ss. Segundo a lei de colisão “as condições sob as quais um princípio tem preferência em face de outro constituem a hipótese de incidência (Tatbestand) de uma regra, que exprime a consequência do princípio prevalente” (id. p. 84). Em sentido mais preciso, só se poderia realmente falar em ponderação no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito.

⁴²⁶ No mesmo sentido, Aarnio, *The Reasonable as Rational*, p. 202.

Os ônus de argumentação vinculados a *standards*, aceito que eles mantêm uma semelhança de família (Familienähnlichkeit⁴²⁷) com as regras, que se deixa traduzir por meio de uma convergência prática entre ambos⁴²⁸, seguem-se especialmente das amplas relações de prioridade fixadas em abstrato pela dogmática jurídica, pela metodologia do direito ou pela teoria do direito. Como visto, nem toda relação de prioridade é fixada sob determinadas circunstâncias concretas. A preferência constitucional, por exemplo, em favor da igualdade em face de qualquer medida discriminatória é um exemplo desse tipo. Essa relação de prioridade não se segue de uma regra tradicional, já que não há um âmbito de incidência bem delimitado, mas também, apesar da abertura da prescrição, não possui a estrutura de um princípio porque ele não se trata de um comando para ser otimizado: ou um tratamento discriminatório é devidamente justificado (e então é legítimo), ou é considerado inconstitucional. O mesmo vale para fórmulas como *in dubio pro libertate*. Há um evidente caráter tudo ou nada (ao menos *pretense*) por trás da norma e essa é uma propriedade típica de regras.⁴²⁹ O ônus de argumentação, nessa hipótese, está vinculado a comandos mais vagos que garantem ao tomador de decisão mais flexibilidade, mas promove graus menores de certeza e previsibilidade⁴³⁰, como nos casos de “necessidade de justificação razoável de uma desequiparação”. Essas são precisamente as principais características de um *standard*.⁴³¹ Apesar da indeterminação da relação de prioridade, os ônus de argumentação vinculados a *standards* não são, por isso, tão diferentes dos ônus vinculados a regras, já que a força da relação de prioridade não depende necessariamente da precisão da regra que a exprime. Em princípio, a abertura do *standard* apenas torna o procedimento argumentativo mais complexo, já que a sua aplicação depende sempre de uma ponderação entre o princípio *prima facie* prioritário e as razões colidentes que emergem no caso. Mas os ônus de argumentação desempenham aqui o mesmo papel que desempenham diante de relações de prioridade fixadas

⁴²⁷ Ludwig Wittgenstein. *Philosophische Untersuchungen*, in: do mesmo, *Schriften* [1]. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, pp. 279-544, §§ 66, 67.

⁴²⁸ Cf. Schauer, Frederick. The convergence between rules and *standards*, in: *New Zealand Law Review*, 2003, pp. 303-328.

⁴²⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 24 e Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, p. 182, 188ss.

⁴³⁰ Schauer, *Thinking like a Lawyer*, p. 195.

⁴³¹ Seria possível, em um sentido pragmático, falar-se aqui também de “principle-like rules” no sentido usado por Aarnio (*Taking Rules Seriously*, p. 184). Para o autor “[e]xamples of these are those flexible legal rules that have a scope of application that is cognitively or evaluatively open in the same way as is the scope of value principles”. No entanto, essa concepção não será aqui aplicada para evitar inconsistências com a tese forte, já que a categoria principle-like rule, assim como uma rule-like principle, sugere uma distinção gradual entre regras e princípios. Ao contrário, a tese aqui defendida parte da inexistência dessas categorias híbridas. Por esse motivo, apesar da abertura, os *standards* possuem um caráter de regra.

em concreto. Se o tratamento discriminatório ou a restrição à liberdade, por exemplo, não são suficientemente justificados até o ponto de parada (ou seja, se o ônus de argumentação não é superado), mantém-se a relação de preferência abstrata em favor dos princípios da igualdade e da liberdade.

A segunda regra na qual se orienta a aplicação dos ônus de argumentação se aplica tanto às primeiras regras como aos *standards*. Ela é a regra de segundo-grau que determina exatamente as consequências quando, atingido o ponto de parada, (a) a inversão da relação de prioridade está justificada, (b) a inversão da relação de prioridade não está justificada e (c) há dúvida sobre a possibilidade de inverter a relação de prioridade. Como vimos essas regras podem ter tanto o caráter satisfatório (R_{sat}) como otimizador (R_{opt}). Elas são regras de segundo grau ou metarregras porque não dizem respeito às relações de prioridade em si, mas às consequências que se seguem da aplicação ou não das regras e *standards* que decorrem dessas relações. Com outras palavras, elas são regras cujo âmbito de incidência é a aplicação de outra regra.

Os ônus de argumentação estão, então, associados com três tipos de normas, que, em sentido amplo, têm a estrutura de regras. Mas essas regras não são iguais. Identificar precisamente o que distingue cada uma delas depende da possibilidade de se diferenciar regras.

A principal diferença entre as regras referidas está no fato de que as regras de primeiro nível e os *standards* associados aos ônus de argumentação são regras passíveis de derrotabilidade, enquanto as regras de segundo grau erguem a pretensão de não o ser. Tal característica das metarregras é evidentemente uma condição para evitar uma regressão ao infinito. Mas o caráter não derrotável dessas regras deixa-se fundamentar também no fato de que elas são as regras de fechamento do sistema. Dessa forma elas precisam ser naturalmente regras não passíveis de ponderação. Se assim fosse, o fechamento por elas proposto seria uma ilusão.

As regras passíveis de superação, embora sejam regras mandatórias, têm força diferente porque possuem estrutura diferente. Uma regra que se segue de uma relação de prioridade definida *in concreto* exerce uma forte pressão *qua* regra para a tomada de decisão porque ela é o resultado de um procedimento decisório. Dessa forma existe um manto institucional e autoritativo sobre ela que vincula procedimentos futuros. A relação de prioridade é fixada por meio da decisão de um órgão jurisdicional que ponderou princípios em colisão sob determinadas circunstâncias. Assim, nos termos da lei de colisão, os futuros juízes devem se orientar nessa

relação de prioridade preexistente não só porque razões discursivas sustentadas sobre as ideias de igualdade e universalização estão presentes, mas também porque ela se segue de uma decisão *autoritativa*. Consequência disso é que a observância de uma relação de prioridade passa a depender prioritariamente do seu status de decisão jurídica tomada por agente competente, e não das razões subjacentes que justificam por que um princípio prevalece sobre outro.⁴³² O mesmo tipo de fundamento justifica por que as preferências explícitas do constituinte e do legislador também exercem maior pressão sobre o processo decisório. Em um regime constitucional democrático no qual a separação de poderes é um princípio estruturante da ordem jurídica, as decisões legítimas de outros poderes devem ser consideradas como *prima facie* vinculantes porque decorrem, antes de tudo, da autoridade das instituições. Quando, por exemplo, determinados direitos fundamentais são definidos como intocáveis (art. 1, 1, da Lei Fundamental alemã) ou certos princípios são chamados de fundamentais (título I da Constituição federal de 1988), estamos diante de fórmulas que anunciam uma preferência em favor dessas normas nos seus respectivos sistemas jurídicos. Da mesma forma, quando, por exemplo, uma Constituição estabelece um dever de igualdade, surge um ônus de argumentação em favor desse direito, que se revela em um dever do Estado de garanti-lo e preservá-lo como regra geral. Por conseguinte, deve *a priori* qualquer diferenciação ser justificada, a fim de que ela possa ser considerada como aceitável naquela ordem jurídica. Essas preferências são claras e, por isso, impõem um dever maior de fundamentação a qualquer tomador de decisão que não as pretenda observar. Outras relações de prioridade fixadas em abstrato pela dogmática jurídica, pela metodologia do direito ou pela teoria do direito, por sua vez, não possuem essa propriedade e isso as torna menos vinculantes – de jeito algum irrelevantes – para tomadores institucionais de decisão.

Em resumo, as razões materiais presentes em uma relação de prioridade nem sempre desempenham um papel decisivo para justificar os ônus de argumentação com ela vinculados. A existência de ônus de argumentação no sistema jurídico se justifica, na verdade, comumente por razões de outra natureza que ultrapassam as fronteiras da ponderação dos princípios materiais em

⁴³² Propriedade fundamental da ideia de autoridade se revela na sua capacidade de determinar comportamentos ou fornecer razões para agir que são independentes do conteúdo ou dos méritos dos seus comandos. Filhos obedecem as ordens de seus pais, pacientes às prescrições dos seus médicos, empregados observam as ordens dos seus superiores e em tantos outros casos pessoas seguem o que outra pessoa diz, ainda que não estejam plenamente de acordo com as suas determinações, porque reconhecem neles autoridade. Nesses casos, os motivos das ordens são pouco importantes. O que faz a diferença é a *fonte* do comando, ou seja, de onde ele está vindo. Sobre o assunto cf. Schauer, *Thinking like a lawyer*, p. 61-67.

colisão. Essas são razões formais. Por esse motivo não é possível explicar a importância e a estrutura das regras que fixam ônus de argumentação sem analisar os seus componentes formais.

3.3.1.2 Princípios formais e a força normativa das regras: a teoria dos princípios como modelo explicativo

No âmbito da teoria dos princípios, a reconstrução das diferentes forças vinculantes das regras resultantes de decisões institucionais que fixam uma relação de prioridade em comparação com as relações de prioridade fixadas por atores não institucionais parte das relações entre princípios formais e materiais que sustentam cada uma dessas relações. Relações de preferência que não decorrem de procedimentos institucionalizados de decisão criam ônus de argumentação apenas em função das razões materiais que fundamentam a prevalência de uma razão sobre outra e de regras do discurso prático, ou seja as que se seguem da necessidade de universalização e dos princípios da igualdade e da inércia. Quando, por exemplo, uma proposta dogmática assenta que a máxima geral do direito do consumidor é “na dúvida em favor do consumidor”, a relação de prioridade em favor de um princípio da “proteção do consumidor” tem a sua força sustentada, em primeiro lugar, apenas sobre os argumentos materiais desenvolvidos para justificar por que se deixa extrair de uma determinada ordem jurídica essa preferência. Além disso, em segundo lugar, a necessidade de justificar a inversão dessa preferência – aceita a referida máxima e os seus fundamentos como corretos – segue-se de necessidades discursivas, como a necessidade de tratar casos iguais como iguais. Nesse caso, os ônus de argumentação não se deixam fundamentar por meio de argumentos jurídico-institucionais de caráter autoritativo, mas simplesmente por meio de razões discursivas. Por isso, eles dependem do endosso de uma autoridade institucionalmente legítima para que possam se tornar realmente vinculantes para cidadãos e outras autoridades.

Ao contrário, decisões institucionais que fixam uma relação de prioridade, como as decisões do constituinte e do legislador e os precedentes judiciais, vinculam mais fortemente a decisão de casos futuros porque elas se sustentam sobre *princípios formais*. Não se trata aqui da simples *possibilidade* de endosso de uma teoria ou uma proposta dogmática, mas da *necessidade* de levar a sério uma determinada posição porque ela se segue de uma decisão autoritativa

legítima. Dessa maneira, se o processo de argumentação desenvolvido para justificar a manutenção ou inversão de uma relação de prioridade pode ser visto como uma ponderação entre as razões *pro* e *contra* incidentes no caso, aquela ponderação deve considerar também os princípios formais aplicáveis. De acordo com a teoria dos princípios, a consideração desses princípios é fundamental para a validade da decisão.⁴³³

Princípios formais são normas de caráter procedimental que, na teoria dos princípios, estatuem fundamentos para a vinculação de decisões independentemente do seu conteúdo.⁴³⁴ De acordo com a definição de Sieckmann eles estatuem “a vinculação ao resultado de procedimentos prévios”⁴³⁵ e, com isso, fundamentam a dimensão autoritativa do direito.⁴³⁶ Por conseguinte, um sistema jurídico que não incluísse princípios formais teria uma natureza puramente moral.⁴³⁷ É certo, no entanto, que um princípio formal não é, em si, condição suficiente para que uma decisão seja válida apenas porque ela se segue de um procedimento. Como critérios formais de validade, eles apenas fixam que “isso deve ser o caso tanto quanto possível”.⁴³⁸

Exemplos de princípios formais são os da separação de poderes, da democracia (no sentido de que as decisões legislativas devem ser significativas para a sociedade como um todo e, assim, *prima facie* respeitadas), os que fundamentam a necessidade de respeito às escolhas do legislador, a supremacia da Constituição e o que prescreve a observância de precedentes (sobretudo horizontais).⁴³⁹ Esses princípios estão relacionados diretamente a relações de prioridade. Já que eles fundamentam a validade *prima facie* de certos resultados independentemente do seu conteúdo, as preferências explícitas do constituinte, do legislador, as

⁴³³ Sieckmann, *Recht als normatives System*, p. 135.

⁴³⁴ Sobre o conceito de princípios formais v. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 89, 120. Sieckmann, *Recht als normatives System*, p. 137ss., Alfonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 145ss, Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, p. 184ss e Martin Borowski. The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s ‘Law of Combination’, in: Martin Borowski (Org.) *ARSP*, vol. 119, “The Principle Theory”. Proceedings at the 23rd. World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy. Krakow: Nomos, 2007, pp. 19-35, p. 25ss.

⁴³⁵ Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 147.

⁴³⁶ “It is, however, impossible adequately to depict the authoritative dimension of the law by appeal solely to substantive principles. Some decisions are accorded weight not because of their substantive content but because they represent a certain procedure taken by a legal authority”. Borowski, *The Structure of Formal Principles*, p. 25.

⁴³⁷ Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 148.

⁴³⁸ Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 149.

⁴³⁹ Para a vinculação vertical de precedentes, além da ideia fundamental de *stare decisis* (princípio que poderia ser traduzido como “mantenha o que foi decidido”), o argumento da “cadeia de comando”, inspirado na organização hierárquica das cortes e que, por isso, retira muito da sua força do desenho institucional, também desempenha um papel fundamental. Sobre o assunto cf. Schauer, *Thinking like a lawyer*, p. 36s.

escolhas administrativas e as decisões judiciais não podem ser simplesmente desconsideradas na solução de casos futuros em que se façam presentes. Graças à sua presença, existem ônus de argumentação em favor da manutenção dessas relações em casos futuros em que estejam presentes as mesmas propriedades relevantes da decisão originária. Princípios formais são, assim, o fundamento normativo de validade dos ônus de argumentação, na medida em que constroem as bases para estruturas interprocedimentais no sistema jurídico.⁴⁴⁰

Os princípios formais fundamentam uma maior “força” *prima facie* das decisões anteriores, mas não as imunizam contra ponderações. Os princípios formais apenas sugerem que as relações de prioridade autoritativamente fixadas devem ser respeitadas, sem excluir, porém, a eclosão de novas ponderações. Eles, na verdade, apenas dificultam a mudança de resultados anteriores, o que, nesse caso, significa que eles dificultam a inversão das relações de prioridade sustentadas sobre decisões institucionais. Com outras palavras, qualquer decisão que fixa uma relação de prioridade é, por causa do seu suporte sobre princípios formais, *prima facie* vinculante. Princípios formais inclinam decisões no sentido da manutenção do *status quo*.⁴⁴¹ Por essa razão, a tentativa de inverter uma relação de prioridade não deve apenas considerar as circunstâncias e os princípios materiais aplicáveis no caso, mas também os princípios formais que a sustentam. Se as relações de prioridade estão vinculadas a normas com estruturas de regras, a sua inversão em um caso em que as mesmas circunstâncias e princípios estejam presentes significa a sua derrotabilidade. E a derrotabilidade de uma regra na teoria dos princípios depende sempre da consideração dos princípios formais que a sustentam.⁴⁴²

A existência e a relevância dos princípios formais é um assunto discutível. As principais objeções especificamente levantadas contra os princípios formais deixam-se reconduzir ao debate sobre a compatibilidade da teoria dos princípios com margens de conformação legislativas e se referem, no geral, (i) à possibilidade de se encontrar princípios formais no sistema da lei fundamental alemã,⁴⁴³ (ii) à (in)comparabilidade entre princípios formais e materiais, o que

⁴⁴⁰ Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 147.

⁴⁴¹ Borowski, *The Structure of Formal Principles*, p. 26.

⁴⁴² Peng-Hsiang Wang. *Defeasibility in der juristischen Begründung*. Baden-Baden: Nomos, 2004, p. 95.

⁴⁴³ Matthias Jestaedt. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 223. Shu-Perng Hwang. Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume, in: *AöR*, Band 133, 2008, p. 620ss.

impediria uma ponderação entre ambos,⁴⁴⁴ (iii) à sua irrelevância prática porque as relações de prioridade por eles sustentadas não são capazes de prevalecer contra o controle de competência do Tribunal Constitucional Federal alemão⁴⁴⁵, (iv) à incompatibilidade entre o caráter de princípios dos princípios formais e a definição de princípios como mandamentos de otimização⁴⁴⁶ e (v) à indeterminação das suas exigências.⁴⁴⁷ Respostas para alguns desses problemas já foram oferecidas por alguns trabalhos no âmbito da teoria dos princípios e não é este o espaço para apresentá-las com detalhes.⁴⁴⁸ Fazê-lo é, aqui, pouco relevante, já que as críticas levantadas contra os princípios formais não atentam contra o argumento central deste tópico. As objeções levantadas contra os princípios formais são incapazes de negar a tese de que, na teoria dos princípios, tenta-se criar um modelo de regras compatível com os seus elementos e que seja apto para diferenciar os diferentes modos de aplicação de regras e de princípios. Os princípios formais podem ser criticados por conta de uma suposta inaptidão para explicar ou estruturar normativamente um modelo de tomada de decisão baseado em regras, mas isso, como visto, não está sob discussão.

A teoria dos princípios foi usada apenas como *modelo explicativo-estrutural* de uma regra com o objetivo de mostrar como as razões materiais que sustentam essa espécie normativa não esgotam a sua estrutura e tampouco fundamentam a sua força vinculante. Conceber um modelo de decisão no qual a ideia de regra é levada a sério pressupõe que elas possam exercer pressão normativa para a tomada de decisão independentemente da consideração das razões substantivas nas quais cada uma delas se orienta. Isso é crucial para que o conceito de regra seja levado a sério. Decidir por meio de regras pressupõe aplicá-las sempre que possível pela sua força *qua* regras. E se isso é correto, aceito que os ônus de argumentação estão vinculados a essa espécie normativa, então se fundamenta, por um lado, por que a inversão de uma relação de prioridade

⁴⁴⁴ Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, p. 226s. Em sentido contrário, Alexy defenderia, segundo Borowski, uma “lei da combinação“, de acordo com a qual, uma vez que uma autoridade tenha fixado um objetivo a ser otimizado, não haveria qualquer diferença estrutural entre ponderar um princípio formal com um substantivo e dois princípios substantivos. Cf. Borowski, *The Structure of Formal Principles*, p. 30.

⁴⁴⁵ Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, p. 136s.

⁴⁴⁶ Arno Scherzberg. *Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“. Das Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 174s.

⁴⁴⁷ Hwang, *Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume*, p. 624ss.

⁴⁴⁸ Cf. Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis*, p. 191ss. e Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, p. 160ss.

requer cadeias mais densas de argumentação e, por outro lado, por que manter uma relação de prioridade preexistente exige esforços menores de justificação. A teoria dos princípios pretende explicar isso por meio dos princípios formais e da necessidade de respeito *prima facie* ao resultado de procedimentos anteriores. Ela não é, contudo, a única alternativa. A concepção de regras como razões excludentes de Raz⁴⁴⁹ e o positivismo presumido de Schauer⁴⁵⁰ também oferecem soluções tanto para o conceito como para o adequado trabalho com regras. No entanto, o que aproxima todos esses modelos é a defesa da tese de que regras criam razões mais fortes para a tomada de decisão em comparação a outros padrões, como princípios. No âmbito jurídico, essa força é ainda mais evidente em função da dimensão de autoridade do direito. Isso é suficiente para justificar estruturalmente a força *prima facie* dos ônus de argumentação.

3.3.1.3 O problema da inversão: são os conceitos de regra e de derrotabilidade compatíveis?

A objeção relevante que precisa aqui ser superada diz respeito à possibilidade de a derrotabilidade impedir que se possa diferenciar realmente regras de outros padrões normativos de decisão. Dada a possibilidade de inversão de relações de prioridade e, em um sentido mais amplo, de a consequência de regras aplicáveis não se seguir em alguns casos difíceis, coloca-se a pergunta sobre a força real das regras para impedir em cada caso a consideração de todas as circunstâncias e, assim, conduzir efetivamente o processo decisório desde o início.

Esse problema está diretamente ligado ao problema da inversão das relações de prioridade. Que o conceito de ônus de argumentação impõe maiores deveres de fundamentação para inverter uma relação de prioridade significa que ele pressupõe a *possibilidade* de inversão apesar da presença dos pressupostos para a manutenção da preferência entre princípios em um determinado caso. Com outras palavras, o conceito de ônus de argumentação não exclui o de derrotabilidade, mas o pressupõe.⁴⁵¹ Isso pode trazer para o conceito de ônus de argumentação

⁴⁴⁹ Joseph Raz. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1975, especialmente cap. 1.

⁴⁵⁰ Schauer, *Playing by the Rules*, p. 196ss.

⁴⁵¹ Especialmente significativo é aqui o conceito de derrotabilidade deontológica, concebida como a possibilidade de não aplicação do dever-ser vinculado a regras em razão da presença de dois grupos de circunstâncias: por um lado, as circunstâncias que justificam a aplicação da regra e, por outro, outras circunstâncias excepcionais cujo efeito é a não justificabilidade no caso da aplicação da consequência jurídica por ela prevista. O debate sobre derrotabilidade se

uma séria fraqueza. Ela não afeta sua função de controle e as regras de parada. No entanto, sua função de mecanismo de redução da incerteza pode ser questionada, se é pressuposto que as regras vinculadas com as relações de prioridade podem ser derrotadas. A objeção é: se a consequência jurídica de uma regra aplicável pode não se seguir após a consideração de todas as circunstâncias (isso define a derrotabilidade), então a regra não é capaz de conduzir adequadamente nenhum processo de decisão, uma vez que a tomada de decisão com base em regras *não* pressupõe, em princípio, juízos daquela natureza. Por isso, seria possível dizer que uma regra não exerce qualquer força *qua* regra para a decisão, porque a aplicação definitiva de uma regra dependeria sempre da consideração de todas as circunstâncias do caso. E no decorrer de juízos formulados com base em todas as circunstâncias, as regras não desempenham nenhum papel relevante no qual a decisão pode se orientar. Se isso é correto, os ônus argumentativos podem ser considerados, no limite, não importantes para a redução da incerteza dos processos decisórios em razão de uma suposta resistência das regras que os estatuem contra análises particularistas. Os ônus de argumentação seriam, nesse contexto, completamente neutralizados e só entrariam em jogo quando uma ponderação entre todas as razões envolvidas no caso fosse iniciada. Antes disso, eles seriam irrelevantes. Mas ônus de argumentação, sublinhe-se, só existem porque o resultado de relações de prioridade são regras. Por esse motivo é *prima facie* difícil invertê-las, já que, como regras, a satisfação dos seus pressupostos de aplicação deveria ser razão suficiente para a sua aplicação. No entanto, se a aplicação do resultado de uma relação de prioridade depende sempre da consideração dos seus pressupostos de aplicação *e* de todas as outras circunstâncias relevantes do problema de decisão, então uma nova ponderação global é sempre exigida. Nessas bases, a força de uma regra só pode ser constatada *ex post facto*, ou seja, após a confirmação de que, segundo um juízo formulado após a consideração de todas as circunstâncias, o resultado para o problema de decisão deve ser aquele *prima facie* exigido pela regra. Ademais, se uma regra só pode ser identificada após a decisão, então não se pode sequer dizer que elas existem *ex ante*.

inicia com a publicação em 1948 do artigo de H.L.A. Hart. *The Ascription of Responsibility and Rights* e abrange diversas questões, que, no entanto, não serão aqui enfrentadas. Embora autores como Hage concebam a derrotabilidade como uma propriedade dos argumentos (Jaap Hage. *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer, 1997, p. 4), parte-se aqui da tese de que a derrotabilidade é uma propriedade (não necessária) das regras. Sobre o assunto cf. Henry Prakken. *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer, 1997, p. 7 e Bartosz Brozek. *Defeasibility of Legal Reasoning*. Cracow: Zakamycze, 2004, p. 22, 24ss.

Essa objeção é tradicionalmente levantada contra a existência de uma distinção lógica ou forte entre regras e princípios. Enfrentá-la é, então, fundamental para se discutir a relevância dos ônus de argumentação como mecanismos de redução. *Qua* normas *prima facie*, tanto princípios como regras são potencialmente derrotáveis após a consideração de todas as circunstâncias e isso impede que se possa diferenciá-los estruturalmente antes da decisão de casos específicos ou, como defende Aarnio, simplesmente em razão das suas formulações normativas.⁴⁵² “Both types of norms contain a deontic operator, and with this in mind it is irrelevant how the scope of application of the norm is determined *semantically*. (...) All norms, both rules and principles, are expressed in language, and the expressions may require interpretation. (...) Thus, in respect of the normative structure of rules and principles, neither the strong nor the weak demarcation thesis is valid”.⁴⁵³ Assim, tanto princípios como regras seriam argumentos em favor de certos resultados que, por definição, não se diferenciariam. Em casos de certeza sobre os pressupostos de aplicação e a inexistência de razões colidentes, qualquer norma poderia se aplicar diretamente ao caso. E isso a definiria como regra. Em casos de incerteza produzida por conflitos normativos ou ambiguidade, contudo, juízos tomados à luz da consideração de todas as circunstâncias seriam necessários e isso implicaria que as razões envolvidas teriam um caráter de princípio. “All things considered (*i.e.* following interpretation) both rules and principles always express a norm of the either/or type. With an eye on the final result, it is therefore not possible to demonstrate a difference between these categories of norms”.⁴⁵⁴

Tal conclusão também se segue da separação defendida por Günther entre os discursos de justificação e de aplicação.⁴⁵⁵ O primeiro trata da fundamentabilidade imparcial de normas gerais (no sentido de uma validade relacionada à possibilidade de intercâmbio universal de perspectivas⁴⁵⁶) independentemente de situações específicas e não será, por isso, aprofundado aqui. Significativo é o discurso de aplicação, que se refere a uma aplicação de normas

⁴⁵² Aarnio, *Taking rules seriously*, p. 186.

⁴⁵³ Id. p. 187s. Grifo no original

⁴⁵⁴ Aarnio, *Taking rules seriously*, p. 192.

⁴⁵⁵ Os principais argumentos para a divisão dos discursos se relacionam às limitações reais de deliberação, que impedem a aprovação de uma norma geral válida que contenha todos os casos possíveis de aplicação. Já que não é possível antecipar todos os problemas relacionados à aplicação imparcial de uma norma, Günther diferencia os casos de justificação e aplicação imparcial, a fim de realizar factualmente o que prescreve o princípio da Universalização. Para críticas contra a possibilidade de diferenciar qualitativamente as duas formas de discurso, cf. Robert Alexy. *Justification and Application of Norms*, in: *Ratio Juris*, vol. 6, nr. 2, July 2003, pp. 157-170.

⁴⁵⁶ Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, p. 257.

relativamente a uma situação. Para Günther a aplicação de uma norma depende de sua adequação. E uma norma só pode ser chamada de *adequada* quando, em um determinado caso, todas as normas aplicáveis ao problema de decisão e todas as circunstâncias especiais da situação são consideradas.⁴⁵⁷ Sobre essas bases, a distinção entre normas *prima facie* e definitivas, em casos de colisão entre razões, só faz sentido após a consideração de todas as circunstâncias. Antes dessa análise global, as normas são apenas *prima facie* aplicáveis. Uma norma definitiva para um caso é, ao contrário, uma norma adequada. Por conseguinte, uma distinção estrutural entre regras e outros padrões decisórios (como princípios), na qual o processo de decisão poderia se orientar desde o início, seria sem sentido, porque a simples presença de razões colidentes em qualquer caso seria suficiente para o desenvolvimento de um discurso de adequação. “Podemos direcionar a exigência de se aplicar uma norma relativamente às possibilidades fáticas e normativas (jurídicas) em uma situação a cada norma. Não depende da norma em si se a aplicamos sem ou com a consideração das circunstâncias especiais de uma situação”.⁴⁵⁸ Se isso é correto, não só princípios, mas também regras podem ser mandamentos de otimização, no sentido em que dependem das possibilidades fáticas e jurídicas para a sua aplicação, e, com isso, a distinção estrutural se dissolve. Uma distinção entre regras e princípios dependeria, então, no máximo de limitações institucionais, que excluiriam considerações de adequação (*Angemessenheitserwägungen*)⁴⁵⁹ e seria, assim, contingente.

A ampla aplicabilidade do discurso de aplicação afeta todos os tipos de regras, inclusive as regras resultantes de ponderações. A relação de prioridade fixada após o desenvolvimento de um discurso de adequação não garante a produção de uma regra definitiva. Ela pode, sim, ser derrotada. Para Günther, no entanto, a simples presença de novas razões em um caso em que a aplicação de uma relação de prioridade preexistente esteja em jogo é condição suficiente para o início de uma nova argumentação de adequação (*Angemessenheitsargumentation*).⁴⁶⁰ Nesse contexto, a existência de uma suposta regra aplicável contribui tão pouco para a solução do problema como um princípio.

⁴⁵⁷ Id., p. 94, 257.

⁴⁵⁸ Id., p. 272.

⁴⁵⁹ Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, p. 270.

⁴⁶⁰ Id. p. 274: “Bei veränderten Konstellationen, in denen die Angemessenheitsunterstellung nicht mehr zutrifft, bedarf es dann eines erneuten Eintritts in Angemessenheitsargumentationen”.

Essas objeções podem ser combatidas por meio da defesa de que uma distinção estrutural entre regras e outros padrões de decisão pode ser mantida e que essa diferenciação é apta para fundamentar tipos específicos de aplicação de regras e princípios, ainda que se admita a derrotabilidade potencial de toda regra. Para superar as dificuldades resultantes dos casos de derrotabilidade dois pontos são especialmente importantes. O primeiro diz respeito ao caráter necessariamente derrotável das regras, enquanto o segundo trata de investigar, em que medida os casos de fronteira são capazes de impedir a identificação de padrões de decisão com estrutura e forma de aplicação diferentes.

Começemos pelo segundo caso. Um dos argumentos em favor do caráter necessário da derrotabilidade das regras é o de que não é possível antecipar todas as exceções implícitas que levam à não aplicação de uma regra.⁴⁶¹ A existência de casos de fronteira não é certamente um fator necessário para impedir que conceitos ou objetos possam ser diferenciados. Tomemos o famoso exemplo de Hart a respeito da aplicabilidade da regra que proíbe a entrada de veículos no parque.⁴⁶² É certamente possível discutir se uma bicicleta está ou não abrangida pela regra, mas isso não significa que, por isso, seja impossível definir o que é um veículo. De acordo com nossas convenções linguísticas não se pode negar que um automóvel é um tipo de veículo e que uma mesa não o é. Da mesma forma, se a aplicação de uma regra exige, em alguns casos, a consideração de todas as circunstâncias, isso não significa que tomar decisões com base em regras pressuponha *sempre* esse tipo de juízo. Haverá sempre casos claros. Além disso, o fato de as regras serem derrotadas em alguns casos também não significa que todas as regras são *necessariamente* derrotáveis.

A existência de casos de fronteira não impede, então, que as regras que estatuem ônus de argumentação desempenhem um papel relevante na argumentação jurídica. A redução da incerteza se segue, antes de tudo, da definição dos papéis das partes em uma discussão a respeito da inversão/manutenção de uma relação de prioridade. Essa distribuição dos ônus de fundamentação não é afetada pelos casos de fronteira. Além disso, as regras vinculadas às relações de prioridade podem, sim, conduzir desde o início o procedimento de decisão. O fato de uma relação de prioridade *poder* ser invertida não implica que ela será sempre invertida e

⁴⁶¹ Juan Carlos Bayón. Why is Legal Reasoning Defeasible?, in: *Diritti & Questioni Pubbliche*, nr. 2, August 2002, pp. 1-18, p. 10.

⁴⁶² Hart, *The Concept of Law*, p. 127.

tampouco significa que ela exige juízos particularistas. A justificação dessa afirmação depende, no entanto, de uma reflexão sobre o caráter necessário da derrotabilidade das regras.

Em primeiro lugar nem toda regra é, na prática, necessariamente derrotável. É possível pensar em regras que não admitem exceções. *Lei superior derroga lei inferior* é um exemplo de tais regras. A intangibilidade da dignidade da pessoa humana garantida na Lei Fundamental alemã tem a mesma pretensão. O mesmo vale para as limitações e exigências procedimentais contidas no artigo 13 da Lei Fundamental e para tantos outros casos. Isso significa que as regras simplesmente *podem* ser derrotáveis, especialmente no ambiente institucional do direito. Se regras podem ser concebidas como frutos de decisões autoritativas, então elas devem ser resistentes contra razões colidentes, já que levar a sério decisões autoritativas significa “taking the source of a directive rather than the reasons behind it as a justification for following it”.⁴⁶³ Em alguns casos, essa resistência pode ser insuperável, embora determinar quais regras não são passíveis, na prática, de derrotabilidade seja uma questão, em primeiro lugar, contingente, na medida em que ela é uma questão de desenho institucional. De se reter, no entanto, é que os sistemas jurídicos podem conter regras não derrotáveis. Para muitos, essa é, inclusive, uma exigência necessária do direito, porque admitir a derrotabilidade de todas as regras traria um preço alto. Ele consistiria, no limite, na afirmação da indeterminação global do sistema jurídico.⁴⁶⁴

Mas não é só nos elementos do sistema jurídico que se encontram motivos para refutar a tese da derrotabilidade necessária. É importante frisar que as normas são apenas a parte *passiva* do sistema jurídico. Decidir com base em regras pressupõe entender também a relevância das posturas dos tomadores de decisão em face delas. Regras são relações ou status.⁴⁶⁵ Essa característica é definida pelo uso da regra *qua* regra como padrão de decisão independentemente das razões sobre as quais ela se sustenta e da presença de razões contrárias. Assim, decidir com base em regras pressupõe internalizá-las como guia de ação, o que não pode ter êxito sem a garantia de uma autonomia semântica de sua formulação em relação às suas justificações

⁴⁶³ Schauer, *Thinking like a lawyer*, p. 6. Ademais “... we say we are *obeying* or *following* an authority only if what we are doing because of what the authority has said is not the same as what we would have done if left to our own devices to make the decision thought best.” Id. p. 7.

⁴⁶⁴ Bayon, *Why is Legal Reasoning Defeasible?*, p. 10ss.

⁴⁶⁵ Schauer, *Playing by the Rules*, p. 112.

subjacentes.⁴⁶⁶ Há incentivos de diferentes naturezas para tanto, como recompensas, sanções e crítica pública por violações frequentes e educação para seguir regras.⁴⁶⁷ Todos esses elementos contribuem para que as regras desempenhem um papel diferente do de outros padrões de decisão.

Em resumo, nem a existência de casos de fronteira, nem a possibilidade de derrotabilidade de uma regra impedem que seja possível diferenciar regras de outros padrões de decisão (como princípios) e que essas regras possam conduzir desde o início um processo decisório. “A rule that ends with the word ‘unless...’ – já afirmou Hart – is still a rule”.⁴⁶⁸ Há razões objetivas e comportamentais para tanto. Sobre essas bases é possível dizer que a possibilidade de inversão de relações de prioridade – vista como um caso de derrotabilidade da regra ou *standard* que as fixam – não elimina a importância dos ônus de argumentação como mecanismos de redução da incerteza, já que eles podem orientar o processo de decisão desde o início, ou seja, antes de se constatar a necessidade de se realizar um juízo levando em consideração todas as circunstâncias no caso. Isso significa que os ônus de argumentação se fazem presentes não só quando todas as circunstâncias relevantes do caso estão sob consideração, mas também quando se discute, se um juízo dessa natureza deve ou não ser iniciado.

3.3.2 Ônus de argumentação, ônus de prova e *standards* de prova

Como demonstrado acima, os ônus de argumentação estão especialmente vinculados a problemas normativos, já que eles desempenham um papel fundamental quando a manutenção ou inversão de uma relação de prioridade está em jogo. Naturalmente a fixação de relações de

⁴⁶⁶ Id., p. 55, 61ss.

⁴⁶⁷ Schauer, *Playing by the Rules*, p. 123. No âmbito da moral, a educação moral desempenha um papel fundamental no Utilitarismo de Hare para impedir decisões tomadas à luz da consideração de todas as circunstâncias. Ela é, na verdade, o principal argumento de Hare para impedir que decisões morais dependam sempre de juízos críticos. Por meio da educação moral os indivíduos podem seguir regras de decisão no nível intuitivo sem pressupor um teste permanente de compatibilidade entre as prescrições gerais do nível crítico e os resultados do utilitarismo de atos no qual se orienta o nível crítico. A respeito cf. Hare, *Moral Thinking*, p. 30, 191 *et passim*. Para críticas contra a efetividade do argumento de Hare, cf. R. G. Frey. Act-Utilitarianism, Consequentialism, and Moral Rights, in: R. G. Frey (Org.), *Utility and Rights*. Oxford: OUP, 1985, pp. 61-85, p. 70ss, 81ss.

⁴⁶⁸ Hart, *The Concept of Law*, S. 139.

prioridade inclui e afeta a calibragem dos deveres de comprovação de circunstâncias factuais.⁴⁶⁹ Sem embargo, enquanto os ônus de argumentação agem no âmbito de um procedimento de argumentação, os ônus da prova auxiliam na verificabilidade de *atos*.⁴⁷⁰ Ônus da prova estão relacionados ao esclarecimento fático que é crucial para a determinação do grau de convencimento judicial racional. Normalmente eles ajudam a comprovar se o âmbito de incidência de uma regra foi ou não preenchido. Eles desempenham um papel importante nas instâncias inferiores, já que questões de fato não são (re)apreciadas por tribunais superiores (cf. súmula 7 do STJ e, na Alemanha, § 81 BVerfGG⁴⁷¹). Por outro lado, os ônus de argumentação, no sentido aqui desenvolvido, estão relacionados ao grau de convencimento relacionado à manutenção ou inversão de uma dada relação de prioridade sustentada normativamente. Por esse motivo eles podem ser a qualquer tempo considerados.

Apesar das diferenças, é preciso, porém, esclarecer que tanto os ônus de argumentação como os ônus da prova desempenham funções semelhantes nos seus respectivos contextos de aplicação. Ambos não pressupõem concepções ideais de certeza e não são necessariamente desenvolvidos com base em noções de exatidão, mas de probabilidades racionalmente informadas. Dessa forma, eles erguem, sobretudo, a pretensão de oferecer linhas de atuação sob condições de incerteza.⁴⁷² Em um mundo caracterizado por condições subideais que afetam os

⁴⁶⁹ Para Canotilho, por exemplo, o *in dubio pro libertate* afeta os ônus da prova em questões factuais que se referem à imposição de medidas restritivas de liberdade baseadas em circunstâncias. “Assim, por exemplo, quando estiver em causa a aplicação de uma medida provativa da liberdade em caso de perigosidade criminal baseada em grave anomalia psíquica, o ônus da prova pertence não ao titular do direito à liberdade, mas às entidades (judiciais ou outras) que solicitam a medida de segurança”. Cf. Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editor, 2004, p. 174.

⁴⁷⁰ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, p. 257. Marinoni e Arenhart, *Curso de Processo Civil*, vol. 2 – Processo de Conhecimento, p. 265, que se referem não à prova de fatos, mas de afirmações de fatos. Cf. também William Twining. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. 2. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, S. 208. O autor vincula os ônus da prova com uma teoria geral da prova, chamada de “Law of Evidence”. Para ele “the Law of Evidence is that body of doctrine (...) that regulates the reception and use of evidence in *argumentation* and ‘*internal determination*’ of disputed questions of fact. Presumptions, burdens and *standards* of proof, corroboration and, I would add, judicial notice all bear directly on these functions”.

⁴⁷¹ De acordo com esse dispositivo, o tribunal constitucional federal decide apenas sobre questões de direito, o que exclui “esclarecer exaustivamente contextos fáticos”. Cf. BVerfGE 18, 186, 192 *apud* Weber-Grellet, *Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, p. 23.

⁴⁷² Em relação aos ônus de prova cf. Twining, *Rethinking Evidence*, p. 104: “It is widely and open acknowledge that evidentiary issues are to be conceived in terms of relative probabilities rather than certainties. The *standards* of proof ‘beyond reasonable doubt’ and ‘on the balance of probabilities’ explicitly set *standards* below ‘certainty’ in this literal sense. The elaborate paraphernalia of doctrines concerning the burden of proof and presumptions can plausibly be interpreted as fairly sophisticated guides to decision in situations of *uncertainty*. The provision of safeguards and

limites da racionalidade humana, cenários ideais são quase sempre irrealizáveis. Por esse motivo, aspirações como certeza ou correção absolutas não devem ser tratadas como nortes absolutos, mas, no máximo, como ideais regulativos. Por esse motivo, os conceitos de ônus de prova e ônus de argumentação – e a eles poder-se-ia adicionar os conceitos de deferência, de *standard* de prova e de presunção – estão em uma mesma família, na medida em que, no limite, “nos dizem o quão seguro o sistema jurídico precisa estar para alcançar uma determinada conclusão e, indiretamente, dizem ao sistema o que acontece no caso se ele não estiver suficientemente certo”.⁴⁷³ Assim como no plano da justificação de decisões, a comprovação de fatos não se guia – e não deveria se guiar – por aspirações de certeza absoluta ou de alcance de uma “verdade real” sobre fatos passados desconhecidos.

A íntima relação entre a fixação dos ônus de prova e o reconhecimento de que a comprovação de certas circunstâncias está envolvida em núvens indissipáveis de incerteza é claramente percebida quando se destaca a importância, ao lado dos referidos ônus, dos *standards* de prova para a comprovação de fatos. O ônus de prova determina *quem* deve provar, caso não queira sofrer os efeitos negativos relacionados à admissibilidade da prova que decorrem do não exercício ou do exercício inadequado dessa faculdade.⁴⁷⁴ O *standard* de prova, por sua vez, refere-se ao grau de confiança necessário para que, no direito, determinada proposição sobre fatos possa ser considerada como provada. Ônus de prova estão, assim, relacionados à alocação do dever de provar entre as partes; os *standards* de prova, por sua vez, dizem respeito a decisões sobre a suficiência da prova e a interrupção do processo probatório.⁴⁷⁵ Como se percebe, aos *standards* de prova estão associados deveres de fundamentação, mas que não se confundem exatamente com ônus de argumentação no sentido apresentado.

Os pontos de convergência entre os ônus de argumentação e os encargos gerais vinculados à comprovação de fatos (que abrangem os ônus e os *standards* de prova) tornam-se mais claros não apenas quando a incerteza pressuposta por ambos é levada a sério, mas também

appeals is an acknowledgement of the general possibility of mistakes, even though officialdom often finds it difficult openly to admit to mistakes in particular cases. It is disingenuous to interpret terms like ‘certainty’ literally when they are used as part of the rhetoric of aspiration”. Cf. também Schauer, *Thinking like a lawyer*, p. 219, 224.

⁴⁷³ Schauer, *Thinking like a lawyer*, p. 220, que se refere explicitamente à semelhança de família existente entre os conceitos de ônus de prova, deferência e presunção.

⁴⁷⁴ Cf. o artigo 333 do CPC: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁴⁷⁵ Schuartz, *Interdisciplinaridade e Adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência do direito*, p. 8.

quando se enfatiza que todos eles impõem deveres de *justificação*. A admissibilidade de uma proposição sobre fatos ou a aceitabilidade de uma cadeia de argumentos que pretende dar suporte à manutenção ou inversão de uma relação de prioridade dependem, sobretudo, da possibilidade de *controle intersubjetivo* dos resultados, e não somente de níveis internos de convencimento do tomador de decisão. Este ponto é substancialmente importante na medida em que os mais tradicionais *standards* de prova, como “para além de toda a dúvida razoável“ ou “livre convicção da entidade competente“ (neste caso, na dicção do artigo 127 do CPP), são claramente vagos e interpretados de forma marcadamente subjetivista, uma vez que costumam orientar a formação das crenças pessoais – ou do convencimento – do julgador. De fato, um *standard* de prova que apela apenas para os graus internos de convencimento do julgador não oferece proteção alguma contra os riscos de julgamentos arbitrários⁴⁷⁶ e, nesse sentido, ou não é um bom *standard* de prova, ou, no limite, sequer pode ser considerado conceitualmente como tal.⁴⁷⁷

Fórmulas como as citadas são, por isso, claramente deficientes para cumprir os papéis que se espera de um *standard* dessa natureza, quais sejam: o de orientar racionalmente processos de justificação de decisões que dependem da validade de certas proposições sobre inferências baseadas em um determinado conjunto de evidências e de servir como mecanismo de correção *ex post* de juízos normativos singulares tomados com base em hipóteses não triviais sobre a compreensão adequada de certos fatos. Se o que se quer por meio de um *standard* de prova é possibilitar algum grau de controle crítico-intersubjetivo dos julgamentos sobre a aceitabilidade, no direito, de certas afirmações sustentadas sobre um conjunto de fatos, os resultados da sua aplicação não podem realmente ser reféns exclusivos de estados anímicos de julgadores e jurados. Não se quer dizer com isso que possíveis crenças do tomador de decisão não sejam ou possam ser relevantes para a aceitação de certos fatos como provados. O importante, no entanto, é que o recurso a um *standard* de prova seja capaz de revelar que os fundamentos da decisão podem ser aceitos porque se baseiam em parâmetros minimamente objetivos.

O *convencimento judicial* não é, assim, o fim único da atividade probatória. Ele, apesar de importante para o desfecho da decisão, é claramente insuficiente para a *aceitabilidade* da mesma.

⁴⁷⁶ Larry Laudan, Por qué un Estándar de Prueba Subjetivo y Ambiguo no es un Estándar. In: *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005), pp. 95-113, p. 95.

⁴⁷⁷ No mesmo sentido Jordi Ferrer. *Prueba, creencias y estándares de prueba*. Texto apresentado no I Workshop Internacional de Epistemología Jurídica promovido pela UFRJ nos dias 11 e 12/06/2012. 24p. Mimeo. Texto gentilmente cedido pelo autor, p. 2 *et passim*.

Com outras palavras, não basta que o juiz esteja convencido de que certo fato ocorreu ou não. É preciso que ele seja capaz de fornecer razões minimamente objetivas para que, em cenários de incerteza, suas crenças possam ou não ser passíveis de controle crítico. Jordi Ferrer argumenta, nesse aspecto, que há casos em que a crença de um magistrado não pode estar na base do que possa ser considerado *juridicamente* provado. Basta, por exemplo, (i) que a crença formada do tomador de decisão seja irracional *vis-à-vis* os elementos comprobatórios disponíveis, (ii) que a formação da crença do juiz tenha se dado com base em elementos não incorporados no processo, (iii) que elementos decisivos para a formação das convicções pessoais do julgador tenham sido posteriormente rechaçados por defeitos formais ou por terem sido obtidos por meio de violação de direitos fundamentais, (iv) que a decisão esteja fundamentada em alguma presunção legal que não tenha sido derrotada pelos elementos do processo, independentemente das crenças do magistrado, (v) que existam fatos admitidos por todas as partes como certos, ainda que o juiz não creia em sua ocorrência e (vi) que a decisão sobre fatos satisfaça regras de prova previamente determinadas.⁴⁷⁸ Nesses casos, argumenta Ferrer, “o juiz não apenas *pode* como *deve* prescindir das suas crenças para realizar a seleção dos fatos provados que incorpora em seu raciocínio”.⁴⁷⁹ A distribuição dos ônus da prova e a aplicação dos *standards* de prova devem, na verdade, visar não à construção de estados anímicos de quem é competente para decidir, mas ao fornecimento de mecanismos capazes de orientar o tomador de decisão no processo de justificação de suas decisões.⁴⁸⁰

O processo de fundamentação tanto no enfrentamento de ônus de argumentação como no de aplicação de *standards* de prova não deve ser refém de níveis subjetivos de certeza completamente “desparametrizados”. Um verdadeiro *standard* de prova deve tornar conclusões funções em alguma medida diretas das *evidências* disponíveis, e não parasitas de níveis puramente *subjetivos* de certeza. Tomar um fato como provado, por isso, não depende apenas da apresentação das razões que sustentam o convencimento do tomador de decisão, mas também

⁴⁷⁸ Ferrer, *Prueba, creencias y estándares de prueba*, p. 8s.

⁴⁷⁹ Id. p. 9. Grifos no original.

⁴⁸⁰ Marinoni e Arenhart falam, nesse sentido, em motivação da decisão. Para os autores a motivação “é a explicação da convicção e da decisão”. Por elas “o juiz deve explicar, na sentença, a origem e as razões de sua convicção, demonstrando, ainda, que ela é bastante ou não para a procedência do pedido”. Cf. Marinoni e Arenhart, *Curso de Processo Civil*. Vol. 2, p. 472. Fazê-lo, como vimos, depende da construção de *standards* de prova objetivos e operacionalizáveis, capazes de introduzir no direito níveis de confiabilidade de resultados (tarefa levada adiante pela ciência) sem, no entanto, desconsiderar aspirações normativas dos ordenamentos jurídicos em que devem ser aplicados.

inclui, por exemplo, o dever de demonstrar por que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não foram consideradas convincentes.⁴⁸¹ Tomar graus subjetivos de confiança como prova é, nesse sentido, exatamente inverter o que se espera de um *standard* dessa natureza.⁴⁸²

A conjunção da inevitabilidade da incerteza com a necessidade de controle intersubjetivo dos resultados torna os *standards* de prova, nesse cenário, não apenas mecanismos que indicam quando alguém está autorizado a considerar certa conclusão como comprovada a partir de um conjunto de premissas factuais⁴⁸³, mas também um *mecanismo de gerenciamento dos níveis de erro* relacionados à aceitação de certas hipóteses factuais como verdadeiras.⁴⁸⁴ Um *standard* de prova levanta a pretensão de direcionar, no direito, os níveis de confiança esperados para a aceitação de diferentes hipóteses fundamentadas sobre fatos. Mas ele também tem como objetivo a redução das chances de erro relacionadas ao reconhecimento da validade de certas proposições não triviais sobre a compreensão de fatos, já que pretende, visto pela ótica oposta, aumentar ao máximo as probabilidades, em uma análise ao longo do tempo, de se tomar, mediante a sua simples aplicação, uma hipótese sobre fatos como verdadeira que, de fato, o seja ou o tenda a ser nos processos de tomada de decisão jurídica. Nessa perspectiva, o objetivo principal de um *standard* de prova é reduzir dinamicamente, com o menor custo possível de decisão, o conjunto de decisões erradas que um juiz ou um jurado podem tomar.⁴⁸⁵ Eles são, assim, mecanismos de

⁴⁸¹ Marinoni e Arenhart, *Curso de Processo Civil*. Vol. 2, p. 475, que também afirmam ser “evidente que o juiz que nada fala sobre as provas que foram produzidas ou beneficiam a parte vencida nada explica aos terceiros e foge do controle sobre o seu poder” (id. p. 476). Esse dever jurisdicional pode ser fundamentado como um corolário do que Canotilho chama de um *direito constitucional à prova*, “entendido como o poder de uma parte (pessoa individual ou pessoa jurídica) representar ao juiz a realidade dos factos que lhe é favorável e de exhibir os meios representativos desta realidade”, em um Estado de Direito. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 170. No mesmo sentido da existência de um direito à prova, cf. Cândido Rangel Dinamarco. A instrumentalidade do processo. 13a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 240.

⁴⁸² Larry Laudan, *Por qué un Estándar de Prueba Subjetivo y Ambiguo no es un Estándar*, p. 104.

⁴⁸³ Id., p. 104.

⁴⁸⁴ Id., p. 96s e Schuartz, *Interdisciplinaridade e Adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência do direito*, p. 20.

⁴⁸⁵ Dois problemas relacionados à aplicação, neste caso, do conceito de custos de erro são (i) saber o que conta como erro e (ii) como lidar com respostas erradas. A solução para essas questões envolve, por um lado, não desconsiderar os aspectos normativos que influenciam a construção de teorias capazes de indicar quando um resultado é inadmissível no direito e, por outro, na medida em que os *standards* de prova se referem à comprovação de fatos e de relações causais, o que a ciência tem a dizer sobre a confiabilidade de resultados empíricos. Levar a sério ambos os pontos não é uma tarefa simples, já que a simples internalização da lógica do discurso científico no direito é inviável. Prudente, nesse contexto, é a afirmação da ministra Ellen Gracie no julgamento da ADI 3510/DF, na qual se discute a constitucionalidade da lei de biossegurança, quando afirma “(...) que a Casa [STF] não foi chamada a decidir sobre a correção ou superioridade de uma corrente científica ou tecnológica sobre as demais. Volto a frisar, pois já o disse em outra ocasião, que *não somos uma academia de ciências*. (...) Equivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Essa seria, certamente, uma tarefa digna de Sísifo.” (grifo

controle da incerteza nas margens do sistema jurídico, assim como o são os ônus de argumentação, embora com eles não se confundam.

3.3.3 Ônus de argumentação e ônus de justificação

Os ônus de argumentação não se deixam também identificar com os ônus de justificação rawlsianos. A expressão apareceu originalmente como “ônus da razão”⁴⁸⁶ (burdens of reason) e passou a ser designada como “ônus de justificação” (burdens of justification) em “O Liberalismo Político”.⁴⁸⁷

A análise sobre o significado dos ônus de justificação nos conduz, na verdade, de volta ao argumento do triplo condicionamento do direito. Esses ônus são definidos como as causas ou fontes que dificultam o alcance de consensos em assuntos controversos entre pessoas razoáveis.⁴⁸⁸ Os ônus de julgamento estão, assim, vinculados com as próprias condições limitadoras da racionalidade humana. Essas condições não envolvem a diversidade de interesses diferentes das pessoas nem a irracionalidade, mas sim os motivos que levam pessoas a divergir apesar da razoabilidade delas.

acrescido). Porque no direito valores como previsibilidade, estabilidade, a decidibilidade dos conflitos e, na maior parte dos sistemas jurídicos contemporâneos, a proteção a direitos fundamentais desempenham um papel fundamental, a harmonização entre a “lógica” do raciocínio jurídico e a “lógica” de problematização permanente das hipóteses tidas na ciência como “verdadeiras” não é plenamente possível porque, por um lado, esta última sabota as pretensões de certeza do direito e, por outro, porque o direito, na medida em que precisa assumir certas inferências como justificadas e tende a estabilizar certas crenças, tende a sabotar o desenvolvimento da dinâmica do discurso científico. Marinoni e Arenhardt, inspirados nas ideias de Giovanni Verde, estão, por isso, certos quando afirmam que “o conceito de prova, para a ciência jurídica, não pode ser encontrado nas mesmas origens em que se encontra esse conceito para as ciências empíricas” (*op. cit.* p. 263). No entanto, não parece que o motivo que justifica tal tese seja, como pressupõe o citado jurista italiano, “a ampla liberdade de convencimento que rege a atividade judicial” (*id.*). Não, ao menos, do ponto de vista de uma teoria normativa que pretenda definir critérios funcionalmente úteis para o controle da atividade jurisdicional. Uma pretensão desse tipo deveria, por definição, tentar reduzir essa ampla liberdade, em vez de tomá-la como um dado ao qual a teoria devesse se adaptar. Nesse sentido, Marinoni e Arenhart descartam a proposta de Verde e, amparados em Taruffo, entendem ser a função da prova “fundamento par a *escolha racional* da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato” (*id.* p. 264, grifo no original). Sobre as relações entre direito e ciência cf. Schuartz, *Interdisciplinariedade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência no direito*, p. 3s.

⁴⁸⁶ John Rawls. The Domain of the Political and Overlapping Consensus, in: *New York University Law Review*, vol. 64, Mai 1989, pp. 233-255.

⁴⁸⁷ Rawls, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 54ss. Cf. Bruce W. Brower. The Limits of Public Reason, in: *The Journal of Philosophy*, vol. 91, nr. 1, jan. 1994, pp. 5-26.

⁴⁸⁸ Rawls, *The Domain of the Political and Overlapping Consensus*, p. 238 e, do mesmo, *Political Liberalism*, p. 55.

Para Rawls, pessoas razoáveis são aquelas que conseguem realizar os seus dois poderes morais (*moral powers*): sua capacidade para um senso de justiça e a capacidade para uma concepção de bem.⁴⁸⁹ “Given their moral powers, they share a common human reason, similar powers to thought and judgement: they can draw inferences, weigh evidence, and balance competing considerations”.⁴⁹⁰ Ter esses poderes não é suficiente, contudo, para permitir que pessoas razoáveis cheguem a acordos sempre⁴⁹¹ e é essa impossibilidade que explica o fato do pluralismo razoável, elemento fundamental para uma ideia democrática de tolerância e para o conceito rawlsiano de razão pública.⁴⁹²

Desenvolver o projeto teórico por trás de “O Liberalismo Político” não é, contudo, o objetivo desta parte. A se reter é que os ônus de justificação não representam ônus de fundamentação. Ao contrário, eles são limites às pretensões de fundamentabilidade. Rawls indica alguns fundamentos para tanto, os quais, no entanto, não excluem outros. A lista “covers only the more obvious sources of reasonable disagreement”.⁴⁹³ Em primeiro lugar, desacordos razoáveis se seguem da possibilidade de as provas empíricas e científicas relacionadas ao caso serem complexas ou conflitantes. Em segundo lugar, as pessoas podem divergir sobre o peso das razões relevantes em um caso, ainda que elas consigam identificá-las. Em terceiro lugar, é impossível evitar a indeterminação dos conceitos políticos e morais usados nos debates ao longo dos casos difíceis. Em quarto lugar, as experiências totais das pessoas, algo que desempenha um papel fundamental durante um processo deliberativo, certamente variam. Em quinto lugar, discussões complexas são caracterizadas pela presença de razões normativas fortes em favor de todas os pontos de vista envolvidos. Finalmente, os sistemas de instituições sociais selecionam apenas alguns valores que devem ser realizados, o que dificulta a criação de relações de prioridades entre eles.⁴⁹⁴ Todos esses fatores implicam a impossibilidade de identificar respostas claras para casos

⁴⁸⁹ Rawls, *The Domain of the Political and Overlapping Consensus*, p. 236, nota 6.

⁴⁹⁰ Rawls, *Political Liberalism*, p. 55.

⁴⁹¹ “... many of our most important judgements are made under conditions where it is not be expected that conscientious persons with full powers of reason, even after free discussion, will all arrive at the same conclusion. Some conflicting reasonable judgements (especially important are those belonging under peoples’ comprehensive doctrines) may be true, others false; conceivably, all may be false”. V. Rawls, *Political Liberalism*, p. 58.

⁴⁹² Rawls, *Political Liberalism*, p. 58ss.

⁴⁹³ Rawls, *The Domain of the Political and Overlapping Consensus*, p. 237. Cf. também Rawls, *Political Liberalism*, p. 56.

⁴⁹⁴ Rawls, *The Domain of the Political and Overlapping Consensus*, p. 237. Cf. também Rawls, *Political Liberalism*, p. 56s.

difíceis. Assim, os ônus de justificação são barreiras ao alcance de respostas ideais, enquanto os ônus de argumentação, ao contrário, pretendem justamente lidar com essas dificuldades.

3.4 Tipos de ônus de argumentação

Ônus de argumentação são tipos de ônus de fundamentação que se seguem de relações de preferência. Nesse sentido, eles podem ser identificados em qualquer procedimento argumentativo. A existência de uma prioridade em favor de determinada razão ou resultado é suficiente para que se possa falar em um ônus de argumentação. Quem, então, coloca em dúvida a prioridade de uma afirmação e, com isso, pretende derrotá-la, assume o ônus de argumentação. Por conseguinte, há ônus de argumentação não apenas no discurso jurídico, mas também no discurso prático geral. Alexy tentou definir esses últimos ônus por meio de regras de fundamentação que se deixam fundamentar por meio dos princípios da universalização, igualdade e da inércia.⁴⁹⁵ A partir desses motivos é possível fundamentar a preferência por determinadas razões ou conclusões em função da presunção de correção ou de verdade dos mesmos. O objetivo deste trabalho, no entanto, é lidar apenas com os ônus de argumentação tipicamente jurídicos.

Como vimos, uma relação de prioridade estatui uma resposta natural para um determinado problema. O caráter natural dessas respostas decorre de fundamentos de diversas naturezas, com base nas quais é possível diferenciar analiticamente alguns ônus de argumentação. Com outras palavras, é possível distinguir os ônus de argumentação em função das razões sobre as quais se sustentam as relações de prioridade. No âmbito especificamente jurídico, há três grandes grupos de razões que justificam por que determinados resultados normativos são preferíveis em comparação a outros resultados específicos ou simplesmente determináveis. Essas razões podem ter natureza formal, material ou normativo-estrutural.

⁴⁹⁵ Essas regras são: (3.1) quem quer tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B é obrigado a justificá-lo; (3.2) quem ataca uma afirmação ou norma que não é objeto da discussão deve fornecer um fundamento para tanto; (3.3) quem aduziu um argumento é obrigado a [aduzir] outros argumentos apenas na presença de um contra-argumento; (3.4) quem introduz no discurso uma afirmação ou um pronunciamento sobre suas atitudes, desejos ou necessidades que não se refere como argumento a um pronunciamento anterior, precisa sob demanda justificar por que ele introduziu essa afirmação ou pronunciamento. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 243-245.

Conhecer os diferentes tipos de ônus de argumentação é fundamental no processo argumentativo em que uma relação de prioridade é questionada. Se, por um lado, é importante que quem assuma um ônus de argumentação apresente as razões por que uma solução esperada não deve ser seguida, é também relevante, por outro, que as partes da argumentação possam identificar por que existe uma expectativa preexistente a determinado resultado. São nesses dois grandes grupos de razões que se orientará a ponderação. Dessa maneira, a importância do conhecimento dos diferentes tipos de ônus de argumentação envolvidos decorre da sua contribuição para a definição das razões *favoráveis* à manutenção da relação de prioridade.

A classificação dos ônus de argumentação nos três grupos citados não expressa nenhuma pretensão de definitividade. Ela tampouco exclui a possibilidade de uma mesma relação de prioridade se sustentar sobre razões de diferentes naturezas. Ao contrário, esse caso não é raro. Uma decisão de um tribunal constitucional, por exemplo, que garante o direito de um grupo nacional-socialista de realizar uma manifestação/passeata pública cria expectativas futuras em relação à decisão de casos semelhantes não só porque foi reconhecida a importância dos princípios da liberdade de manifestação de pensamento e de associação em um Estado democrático de direito (razões materiais), mas também porque o resultado expressa uma decisão autoritativa da corte constitucional (razão formal). Mas a possibilidade de relações de prioridade se sustentarem sobre razões híbridas não torna irrelevante a classificação. Além do seu aspecto didático, a diferenciação entre os tipos de ônus de argumentação é justificada porque as diferentes razões por trás de cada um desses ônus comportam-se de maneiras diferentes, seja para impedir uma ponderação, seja para conduzi-la. Isso é fundamental para identificar a força dos ônus de argumentação e, por conseguinte, para definir quando é mais ou menos fácil fundamentar a inversão de uma relação de prioridade.

3.4.1 Ônus de argumentação normativo-estruturais

Ônus de argumentação normativo-estruturais são aqueles que decorrem das relações de prioridade vinculadas à estrutura das diferentes espécies normativas contidas no sistema jurídico ou dos deveres de fundamentação associados diretamente à sua estrutura normativa. Dessa maneira eles estão diretamente vinculados a regras e princípios e às interações entre eles.

No caso dos princípios, é possível diferenciar dois tipos de relações de preferência e, com isso, dois tipos de ônus de argumentação. A primeira de tais relações segue-se de uma prioridade abstrata entre princípios. Essa preferência *prima facie* é determinada em razão dos diferentes pesos *abstractos* entre os princípios de um sistema jurídico. Como vimos, os problemas relacionados à construção de uma ordem de prioridade absoluta entre princípios impede que se afirme uma preferência definitiva de um princípio em face do outro. No entanto, isso não significa que seja possível identificar princípios *prima facie mais importantes* do que outros em um dado sistema jurídico. Essas fundamentações são, no entanto, de tipo material e será aprofundada em outro lugar.⁴⁹⁶ No momento, deve-se reter que a possibilidade de diferenciar os princípios de um sistema jurídico em função dos seus pesos abstratos implica a existência de ônus de argumentação em favor dos princípios mais pesados quando eles colidem com outros mais leves. No entanto, é de se sublinhar que essas relações de preferência não decorrem da natureza normativo-estrutural dos princípios. A preferência *prima facie* de um princípio em face de outro é algo que depende de opções contingentes do constituinte e do legislador ou de construções filosóficas ou dogmáticas.

O segundo tipo de relação de preferência entre princípios segue-se das regras definitivas derivadas de ponderações concretas. Essas relações são explicadas, na teoria dos princípios, pela lei de colisão.⁴⁹⁷ A força delas se segue do caráter de regra e de razões autoritativas. Por esse motivo, os ônus de argumentação vinculados a relações de prioridade concretamente fixadas são mais fortes. No entanto, essa força não decorre da natureza de princípio em si e o mesmo se passa com as preferências fixadas em abstrato. A força dos ônus de argumentação vinculados a ordens de prioridade entre princípios, na verdade, se segue de fatores externos à própria estrutura dos princípios. É preciso, contudo, diferenciar a *fonte* das relações de prioridade da *força* das mesmas. No primeiro caso, os ônus de argumentação decorrentes das relações concretas de prioridade entre princípios colidentes decorre do seu caráter de *mandamentos de otimização*.

Como mandamentos de otimização, princípios, por definição, exigem a consideração de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes do caso para que se possa estabelecer uma relação de prioridade condicionada entre duas normas dessa espécie em colisão.⁴⁹⁸ A análise da

⁴⁹⁶ Cf. infra 3.

⁴⁹⁷ Cf. supra C, II, c.

⁴⁹⁸ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 81.

realização ótima de princípios em colisão é tarefa da máxima da proporcionalidade e dos seus três subdeveres, a saber, os de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido a natureza de princípio implica a máxima da proporcionalidade e vice-versa.⁴⁹⁹

Já que, então, a aplicação de princípios depende de análises particularistas, uma eventual relação de prioridade *prima facie* entre dois princípios (*i.e.* uma relação de preferência fixada em abstrato em razão da importância relativa dos princípios no ordenamento jurídico) desempenha um papel importante, mas não decisivo para se determinar o resultado da colisão. Isso pode ser explicado por meio da estrutura da máxima da proporcionalidade e da ponderação.

É de se destacar, em primeiro lugar, que a ponderação em si ocorre apenas no âmbito da máxima da proporcionalidade em sentido estrito.⁵⁰⁰ Antes dela é preciso medir a possibilidade de realização dos princípios sob consideração em vista das possibilidades fáticas, o que ocorre durante os exames de adequação e necessidade. Ademais, em segundo lugar, a relação de peso abstrato entre princípios é apenas um fator a ser considerado na ponderação. A intensidade das restrições e a confiabilidade das premissas empíricas envolvidas também desempenham um papel fundamental durante a ponderação.⁵⁰¹ Isso implica que os ônus de argumentação decorrentes de preferências abstratas entre princípios são relativamente fracos e, por isso, inverter uma relação de prioridade *prima facie* entre princípios não é tão difícil, já que outros fatores entram necessariamente em consideração durante a ponderação. Mas essa é também uma questão de *força* dos ônus de argumentação. Do ponto de vista da estrutura, no entanto, a natureza dos princípios pressupõe que a solução de uma colisão entre princípios se expressa por meio da fixação de uma relação de prioridade entre ambos, que se orienta na lei de colisão, que, por sua vez, “sela o caráter de princípios como mandamentos de otimização”.⁵⁰² Assim, como resultados da aplicação da máxima da proporcionalidade e da lei de colisão, os ônus de argumentação derivados da solução de colisões concretas entre princípios se seguem da sua condição de mandamentos de otimização. Por isso essas relações de preferência e os seus ônus de argumentação podem ser chamados de normativo-estruturais.

⁴⁹⁹ Id, p. 100.

⁵⁰⁰ Id, p. 100.

⁵⁰¹ Cf., nesse sentido, a fórmula de sopesamento de Alexy. Alexy, *The Weight Formula*. Cf. também Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, p. 165s.

⁵⁰² Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 84.

Não aplicar um princípio incidente envolve, então, fundamentalmente a superação dos ônus de argumentação relacionados a cada uma das etapas da proporcionalidade. Essa máxima impõe roteiros argumentativos fundados na existência da preferência em favor da realização na maior medida possível de cada princípio envolvido de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que se segue da estrutura dos princípios, entendidos como *mandamentos para serem otimizados*.⁵⁰³ Os deveres de justificação, por sua vez, trazem, em cada etapa, consequências positivas e negativas para os casos de satisfação ou não de cada ônus. Basta a reprovação em uma das etapas para que determinada medida seja considerada ilegítima, já que exames da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são sequenciais e interdependentes.⁵⁰⁴ Nos casos de dúvida, porém, a presunção é de proporcionalidade, de sorte que, se o ônus de demonstração de que certa medida é, por exemplo, desnecessária não é suficientemente superado, gerando dúvida objetiva a respeito da existência de meio menos restritivo, a consequência é que não se inverte a presunção de legitimidade das medidas escolhidas pelo poder público e, assim, a medida deve ser considerada aprovada nesta etapa. O mesmo vale para os casos de ponderação (aqui, no plano da proporcionalidade em sentido estrito) em que se constata uma relação de paridade entre os graus de promoção e de restrição dos princípios em colisão. Nessas situações, a proporcionalidade deve ser reconhecida em homenagem à preservação das margens de conformação legislativas.⁵⁰⁵

No caso das regras, a existência de preferências entre elas é uma condição para a solução de conflitos. Esses conflitos, no entanto, acontecem, na maioria das vezes, no plano da validade e, por isso, a prioridade de uma regra implica a declaração de invalidade da outra. Dessa maneira, as soluções de conflitos entre regras não criam ônus de argumentação. Não há ônus de argumentação nem abstratos nem concretos entre essas espécies normativas, pois duas regras contrárias ou contraditórias não podem conviver no mesmo sistema jurídico. Se uma regra, por exemplo, proíbe fumar em certo ambiente e outra permite a mesma conduta no mesmo local,

⁵⁰³ Assim se refere Alexy à natureza dos princípios após o enfrentamento das críticas de Sieckmann e Aarnio sobre a estrutura dessas normas e a base normativa para os deveres de otimização. Para os críticos, os comandos de otimização vinculados aos princípios têm a estrutura de regras, uma vez que expressam mandamentos definitivos. Nesse sentido, princípios não podem ser os comandos de otimização, mas o *objeto* da otimização, ou, em simples meios, os comandos que devem ser otimizados. Com esse reparo, responde Alexy às objeções efetuadas. Cf. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, p. 300s.

⁵⁰⁴ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *O proporcional e o razoável*, p. 34s, que fala em uma relação de *subsidiariedade* entre as três etapas.

⁵⁰⁵ Alexy, *The Weight Formula*, p. 26.

ambas não poderiam compor, como normas válidas, o mesmo sistema. Dessa forma, não há a possibilidade de uma relação de prioridade entre ambas ser invertida em um futuro caso. A fixação da prioridade de um regra significa apenas a sua manutenção no sistema jurídico após a aplicação das tradicionais regras de solução de antinomias, ou seja, *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferiori*, *lex superior prior derogat legi inferiori posteriori*, *lex superior generalis derogat legi inferiori speciali* e *lex prior specialis derogat legi posteriori generali*.

A verdadeira importância dos ônus de argumentação normativo-estruturais está relacionada a possíveis conflitos entre as *diferentes* espécies normativas.⁵⁰⁶ Nesse caso, sugere-se que, em caso de colisão, regras são *prima facie* preferíveis em face de princípios.⁵⁰⁷ Essa preferência deixa-se explicar, sobretudo, por causa da estrutura de ambas as normas. Princípios são, por definição, normas *prima facie*. Por isso a presença de um princípio em um caso não garante a sua aplicação, porque isso depende da consideração de todas as possibilidades fáticas e jurídicas. Regras, no entanto, são mandamentos que aspiram à definitividade, na medida em que a satisfação dos seus pressupostos de aplicação é, em princípio, condição suficiente para a sua aplicação. A estrutura de uma regra não se deixa, como vimos, fundamentar apenas pelas razões substantivas nas quais se orienta, mas também na necessidade de algum grau de autonomia do seu predicado fático em relação à sua justificação subjacente. Quando essa autonomia existe, a presença de uma razão (por exemplo, um princípio) não é sempre suficiente para que um juízo tomado sob a consideração de todas as circunstâncias se inicie. Tal insuficiência pode ser explicada pelo caráter excludente das razões para a ação vinculadas a regras.⁵⁰⁸ Uma regra tem a pretensão de conduzir qualquer processo decisório por conta da sua simples presença. Ela, nesse sentido, exclui a possibilidade de consideração de outras razões presentes em um caso em que seja aplicável. Como também vimos, a natureza excludente das regras se segue do seu caráter autoritativo. Seguir uma regra é seguir a decisão de uma autoridade. E seguir a decisão de uma autoridade significa considerá-la razão suficiente para a ação. Uma regra conjuga, assim,

⁵⁰⁶ Para os casos de derrotabilidade interna da regra, *i.e.* para a não aplicação das consequências atreladas à sua incidência por discrepâncias entre os resultados implicados pela sua aplicação e os fins por ela perseguidos, os ônus de argumentação são, para Humberto Ávila, determinados pela demonstração da (ir)razoabilidade da aplicação, especialmente na sua dimensão de equidade. Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 154ss.

⁵⁰⁷ Cf. nesse sentido Ana Paula de Barcellos. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 165ss.

⁵⁰⁸ Cf. Raz, *Practical reason and norms*, p. 35ss.

estruturalmente dois tipos de razões: por um lado, uma razão de primeira-ordem que orienta o sentido da ação (que pode ser traduzida no seu comando normativo específico, como “não fume”, “é proibido matar” etc.) e, por outro, uma razão de segunda ordem que exclui uma possível ponderação entre as razões de primeira-ordem e outras eventuais razões presentes em um caso concreto. Em razão dessas características estruturais é possível afirmar que existe uma prioridade *prima facie* permanente em favor da aplicação de regras. Por esse motivo, a derrotabilidade de uma regra deixa-se traduzir como a inversão de uma relação de prioridade normativo-estrutural. Isso significa que por trás dessa relação existe um (elevado) ônus de argumentação e, por isso, quem não pretende decidir um caso específico mediante a aplicação de uma regra incidente, assume o ônus de justificação. Em caso de dúvida, ou seja, de equiparação dos pesos das razões favoráveis e contrários à derrotabilidade, a regra deve ser aplicada.

A vinculação de ônus de argumentação pesados à justificação de derrotabilidade das regras é, ademais, fundamento para se demonstrar a inadequação de teorias que caracterizam regras como normas que se aplicam de forma tudo ou nada.⁵⁰⁹ Esse é um modelo muito simples e, por isso, inadequado.⁵¹⁰ A incidência de uma regra, como vimos, não é garantia de sua aplicação. Diante de razões fortes em sentido contrário, as consequências relacionadas a uma norma dessa natureza podem não ser descarregadas, ainda que os seus pressupostos de aplicação tenham sido preenchidos em um caso concreto. Isso não significa, porém, que as regras não devem oferecer nenhum grau de resistência à consideração de outras razões. Elas não devem exigir, com outras palavras, a consideração permanente de todas as circunstâncias para que sejam aplicadas, ao contrário do que acontece com as normas-princípio. Elas, assim como os princípios, podem incidir, mas não serem aplicadas. O que as diferencia, porém, é o distinto caráter *prima facie* de cada uma das espécies normativas, que se revela nas exigências mais intensas de fundamentação vinculadas à derrotabilidade de regras incidentes.⁵¹¹ Não aplicar uma regra incidente não é algo que dependa de uma ponderação simples entre a razão subjacente da regra e as razões externas que com ela colidem. Derrotar uma regra não se resume, assim, a uma ponderação entre princípios colidentes. A justificação da não aplicação depende, além desses elementos, da consideração das razões formais que orbitam em torno de qualquer regra pelo simples fato de elas

⁵⁰⁹ Assim Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 24.

⁵¹⁰ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 88.

⁵¹¹ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 89.

serem regras, como previsibilidade, certeza, estabilidade, eficiência, equidade e sua importância instrumental para a alocação do poder em um Estado democrático de direito.⁵¹² E são essas razões que garantem a preferência *prima facie* em favor da aplicação de regras incidentes e, nesse sentido, fundamentam os ônus de argumentação vinculados à sua estrutura. A força dessa preferência, finalmente, é não apenas garantida pelas razões elencadas, mas também é afetada pela posição ocupada pela regra a ser aplicada na ordem escalonada que caracteriza o ordenamento jurídico. Derrotar regra constitucional envolve, por isso, o mais elevado ônus de argumentação normativo-estrutural, especialmente em arranjos normativos que contam com uma Constituição rígida em seu centro.

3.4.2 Ônus de argumentação formais

Ônus de argumentação formais são aqueles que decorrem de relações de preferência justificadas por razões formais. Elas são comuns na vida ordinária e especialmente importantes no direito. Quando, por exemplo, um pai justifica uma decisão ao seu filho por meio da afirmação “porque sou o seu pai”, ele apresenta, na verdade, apenas uma razão formal vinculada à sua autoridade. De um ponto de vista mais amplo, a afirmação do pai pressupõe uma preferência em favor de quaisquer decisões que possa tomar porque “ele é pai” independentemente do conteúdo de cada comando.

No direito, como vimos, a ideia de autoridade desempenha um papel fundamental e, por isso, a preferência por determinados resultados também se deixa explicar por meio de um simples apelo a aspectos formais que não dizem diretamente respeito a argumentos materiais. Razões formais são aquelas que pretendem orientar processos de tomada de decisão independentemente das razões substantivas que possam sustentá-las. Elas são, por isso, bases para a criação de relações de prioridade e, nesse aspecto, fontes de ônus argumentativos. De fato, a observância de comandos autoritativos está relacionada no direito por uma série de razões substantivas, como as ideias de Estado de direito e de democracia. Elas, contudo, não entram diretamente no processo

⁵¹² Essas são as razões que, para Schauer, justificam a existência e a força das regras no raciocínio jurídico. Cf. Schauer, *Playing by the rules*, cap. 7. No mesmo sentido, Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 112ss.

de tomada de decisão quando as diretrizes por elas fundamentadas incidem em casos determinados. Elas funcionam, nessas hipóteses, como razões substantivas de segunda ordem que justificam porque determinado curso de ação deve ser seguido (ainda que *prima facie*) independentemente da presença de outras razões que apontem em sentido contrário.⁵¹³ Se uma razão formal existe, ela ergue a pretensão de orientar cursos de ação sem que razões substantivas entrem em jogo.⁵¹⁴

Dessa forma, as principais fontes de razões formais no direito estão vinculadas com a sua dimensão de autoridade. Mas ela não é a única base para justificar por que certos resultados devem ser preferíveis independentemente de seu conteúdo. É possível também fundamentar preferências *prima facie* ou definitivas por certos resultados normativos em razão da necessidade de tratar casos semelhantes da mesma forma (igualdade formal), de exigências de previsibilidade, calculabilidade, estabilidade ou qualquer outra dimensão da segurança jurídica, da competência do tomador de decisão, das escolhas legítimas do constituinte ou do legislador democrático ou da sua eficiência para atingir determinado fim. Todas essas e quaisquer outras razões de mesma natureza (que, como afirmado, funcionam como razões substantivas de segunda ordem) fundamentam relações de prioridade e, dessa forma, também criam ônus de argumentação, na medida em que pretendem determinar certo curso de ação por meio do bloqueio à consideração de eventuais razões substantivas que possam incidir sob determinadas circunstâncias. Um comando legislativo deve, em um Estado democrático de direito, ser *prima facie* observado independentemente das razões por ele buscadas e da presença de outras boas razões que possam derrotá-lo em concreto. O mesmo vale para qualquer juízo de compatibilidade desses comandos com a Constituição. Nesse sentido, em um Estado constitucional de direito, se a inconstitucionalidade não for evidente ou se houver a possibilidade de, por via interpretativa, declarar determinado ato compatível com a Constituição, deve o órgão competente abster-se de declarar a sua inconstitucionalidade.⁵¹⁵ Na mesma linha, precedentes devem ser observados pelo simples fato de serem precedentes.⁵¹⁶ Em todos esses casos, o que há de comum é a necessidade

⁵¹³ Robert Summers e P.S. Atiyah. *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 21, 23ss.

⁵¹⁴ *Id.*, p. 7.

⁵¹⁵ Por todos, Luis Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 178.

⁵¹⁶ Alguns autores como Schauer defendem a existência de uma semelhança estrutural entre precedentes e regras. Precedentes, nesse sentido, seriam apenas regras sem uma hipótese de incidência bem delimitada. Se a tese é correta, então uma preferência por precedentes também se deixaria fundamentar normativo-estruturalmente. A respeito cf.

de respeitar certas decisões anteriores não em razão dos motivos de primeira ordem por elas buscadas (*i.e.* não por causa do *conteúdo* dessas decisões), mas simplesmente pela *fonte* da qual decorrem e do *status* que elas adquirem uma vez enunciadas.⁵¹⁷

A necessidade de observância de decisões anteriores cristalizadas em precedentes é, na verdade, o exemplo mais claro de fonte para o estabelecimento de um ônus argumentativo formal. Independentemente da existência de *stare decisis*, existe uma preferência *prima facie* pela manutenção de uma decisão previamente tomada por causa de motivos formais sustentados sobre argumentos de segunda ordem como igualdade ou segurança.⁵¹⁸ Por isso, “[a] ruptura com um precedente claro exige maior argumentação, obriga o Tribunal a dialogar com a sua história”.⁵¹⁹ A Suprema Corte dos EUA se refere à necessidade de uma *justificativa especial* para a anulação de decisões passadas⁵²⁰. Na Inglaterra, exige-se a demonstração de que a decisão passada que se quer superar é *manifestamente equivocada*.⁵²¹ Quem quer se afastar de um precedente, assume, em suma, o ônus de argumentação.⁵²²

Frederick Schauer. Precedent, in *Stanford Law Review*, 39, 1986-1987, p. 575, e Schauer, *Playing by the Rules*, pp. 181-182, 185.

⁵¹⁷ Schauer, *Thinking like a Lawyer*, p. 63.

⁵¹⁸ Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 259ss. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 334ss. Neil McCormick e Robert Summers (Orgs.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot/Brookfield/Hong Kong/Singapore/Sydney: Dartmouth, 1997, p. 2, 4, 12 e 535. Schauer, *Playing by the Rules*, p. 181. Aulis Aarnio. On Precedents and their Bindingness, in: Valdés, Ernesto Garzón, Krawietz, Werner, von Wright, Georg Henrik und Zimmerling, Ruth (Org.) *Normative Systems in legal and moral theory: Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Berlin: Duncker und Humblot, 1997, pp. 225-234, p. 231. Os autores utilizam normalmente o valor previsibilidade para fundamentar a importância e a força vinculante dos precedentes. Mas há evidentemente outras razões formais em favor do respeito a decisões prévias. Kriele, por exemplo, menciona expressamente a eficiência como razão, na medida em que ele apresenta um ponto de vista econômico para justificar a assunção de um precedente: “O desvio [de precedentes] provoca desnecessariamente a inserção de meios jurídicos para a invocação de instâncias superiores e desperdiça tempo, força e dinheiro”. (Kriele, *op. cit.*, p. 260).

⁵¹⁹ Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Maria França Machado, Evorah Lusci Costa Cardoso, *Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF*, p. 36.

⁵²⁰ V. por exemplo *Dickerson v. United States*, 530 US 428, 443 (2000): “While “‘*stare decisis* is not an inexorable command,’ ” *State Oil Co. v. Khan*, 522 U. S. 3, 20 (1997) (quoting *Payne v. Tennessee*, 501 U. S. 808, 828 (1991)), particularly when we are interpreting the Constitution, *Agostini v. Felton*, 521 U. S. 203, 235 (1997), “**even in constitutional cases, the doctrine carries such persuasive force that we have always required a departure from precedent to be supported by some ‘special justification.’** ” *United States v. International Business Machines Corp.*, 517 U. S. 843, 856 (1996) (quoting *Payne, supra*, at 842 (Souter, J., concurring), in turn quoting *Arizona v. Rumsey*, 467 U. S. 203, 212 (1984))”. (grifo acrescido).

⁵²¹ Schauer, *Thinking like a Lawyer*, p. 60.

⁵²² Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 336. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 243, 246s. Parece inegável que, do ponto de vista teórico, há boas razões para se justificar a existência de ônus de argumentação vinculados à reversão de um precedente. Uma outra dimensão da questão é, porém, definir se, de fato, os membros de uma corte levam a sério suas decisões passadas e se eles as constroem e consideram como precedentes. No Supremo Tribunal Federal, exemplo de como os ministros ao menos tentaram justificar a revisão de entendimento tradicional da corte pode ser visto no julgamento dos REs 349.703, 466.343 e do HC 87.585, nos quais se assentou o

A importância das referidas razões para fundamentar a necessidade de vinculação a precedentes em um contexto específico depende em alguma medida, não se nega, do direito positivo.⁵²³ Em alguns sistemas jurídicos a força dos precedentes é assunto legislativo ou constitucional. Na Alemanha, o §31 da lei do tribunal constitucional federal (BVerfGG) estabelece, por exemplo, um sistema de vinculação vertical às decisões do Tribunal Constitucional Federal. Por essa decisão de desenho constitucional, não há a possibilidade de os órgãos constitucionais da federação ou dos estados assim como todos os tribunais e órgãos da administração inverterem uma relação de prioridade fixada pelo Tribunal Constitucional. No Brasil, a emenda constitucional 45/04 criou a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar enunciado de súmula, que também é capaz de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 1º lei 11.417/06).⁵²⁴ Na ausência, contudo, de um regulamento explícito sobre a força vinculante não só

caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, posicionamento que reverteu a visão tardicional da corte de que aqueles documentos teriam status de lei ordinária. O enfrentamento do ônus de justificação da nova posição é especialmente claro nos votos dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Estudo de Tamiris Guimarães, no entanto, revela que essa tendência de enfrentamento do ônus argumentativo pelo STF nos casos de reversão de precedentes é excepcional. A conclusão da autora em seu trabalho é a de que os ministros tendem a enfraquecer o ônus gerado pelos precedentes servindo-se apenas de argumentos doutrinários, enfrentando apenas o *leading case* (afirmando que os demais casos eram simples aplicações equivocadas do precedente que se pretende reverter), ou simplesmente selcionando estrategicamente os “precedentes” enfrentados, resumindo a sua atividade à consideração da *holding* da decisão, e não dos seus fundamentos. Cf. Tamiris Carvalho Veiga Guimarães. *Reversão da Jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: um olhar sobre a sua coerência decisória*. Monografia apresentada à SBDP. São Paulo, 2010. Texto disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/81209852/165-Monografia-Tamiris-Guimaraes>. Acesso em 01/07/2012. Sobre a inexistência de uma “cultura dos precedentes” no país, cf. também Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Maria França Machado, Evorah Lusci Costa Cardoso, *Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF*.

⁵²³ Mesmo nos países de *common law*, o princípio do *stare decisis* é operacionalizado de formas marcadamente diferentes em países como EUA e Inglaterra. Cf. Summers e Atiyah, *Form and Substance in Anglo-American Law*, p. 116.

⁵²⁴ O anteprojeto do novo Código de Processo Civil prevê hipóteses expressas de vinculação vertical à jurisprudência pacificada de qualquer tribunal. É o que prevê o seu artigo 847: *Os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:*

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

vertical, mas também *interna* (i.e. para o próprio órgão decisor) e *horizontal* de precedentes, as razões formais citadas fundamentam a necessidade de respeito *prima facie* às decisões passadas e justificam por que a inversão da relação de prioridade existente em razão do precedente (ou seja, no caso de *overruling*) depende de fortes motivos.⁵²⁵ Ainda que, de fato, uma decisão não seja estritamente vinculante por ausência de expressa previsão legislativa, ela se revela inquestionavelmente “elemento persuasivo importante na argumentação dos demais juízes, com o qual teriam de dialogar, interpretar criativamente e, eventualmente, se afastar de maneira justificada, formando um novo entendimento”.⁵²⁶ Esse é, sem dúvida, o espírito por trás da inclusão, no anteprojeto do novo Código de Processo Civil, do parágrafo primeiro do artigo 847, que prescreve: “[a] mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”.

No âmbito da teoria dos princípios, modelo de referência para explicar normativo-estruturalmente a origem e a força dos ônus argumentativos neste trabalho, os conceitos de competência e de princípio formal desempenham um papel fundamental para explicar a existência de ônus de argumentação formais. O último é especialmente significativo aqui. Fundamento para tanto é, como vimos, a conexão mantida entre a estrutura das regras e princípios formais.⁵²⁷ Por esse motivo, o ônus de argumentação em favor de qualquer regra em face de um princípio deixa-se justificar não apenas do ponto de vista normativo-estrutural, mas também do ponto de vista formal. Na verdade, na teoria dos princípios são as razões formais que

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

⁵²⁵ Os casos de distinção (*distinguishing*), ou seja as situações em que se afirma que o precedente não é aplicável, não exprimem um problema em sentido estrito de desvio de uma decisão anterior porque os casos de distinção estão relacionados à *incidência* de um precedente. Assim, constatado que o caso é diferente do paradigma, não se inverte a relação inicial de prioridade. Os ônus de argumentação em favor do precedente apenas exigem que a distinção seja justificada quando existem pontos de contato mínimos entre aspectos relevantes dos dois casos.

⁵²⁶ Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Maria França Machado, Evorah Lusci Costa Cardoso, *Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF*, p. 39.

⁵²⁷ Cf, supra III, 1, b. Segundo Alexy um princípio é superado “quando, em um caso a ser decidido, é conferido peso maior a um outro princípio contraposto. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contraposto ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Esses princípios devem ser denominados ‘princípios formais’. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribuir aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras”. Cf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 89.

justificam a diferença normativo-estrutural entre regras e princípios: “Somente quando se deixasse de atribuir algum peso a esse tipo de princípios [princípios formais], o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras, é que regras e princípios passariam a ter o mesmo caráter *prima facie*”.⁵²⁸ A possibilidade de conexão entre razões formais e normativo-estruturais no caso das regras é mais um argumento que justifica por que é possível fundamentar um mesmo ônus de argumentação sob diferentes ângulos.

A estreita relação entre os ônus argumentativos formais e razões autoritativas não se torna presente apenas quando se fala de regras e precedentes. Porque a racionalidade por trás da observância de comandos de autoridades também se deixa justificar pela pressuposição de que outra pessoa pode estar, por razões de conhecimento ou de experiência, em uma posição melhor para tomar certa decisão⁵²⁹, razões *epistêmicas* também reforçam ônus argumentativos formais. Se é razoável, por exemplo, aceitar que o juízo de primeira instância está, comparativamente ao tribunal ao qual está vinculado, em posição mais favorável, pela proximidade com a causa, para apreciar pedidos liminares, há uma razão que justifica a superação de maiores cargas de fundamentação quando uma parte ou o juízo *ad quem* pretende reformá-los. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nessa linha, fixa deveres específicos de argumentação para que se justifique a reforma de liminares. É o que prescreve sua súmula 58, de acordo com a qual “somente se reforma a concessão ou indeferimento de liminar, se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos”. Da leitura do texto é possível extrair que apenas as razões ali apresentadas são consideradas pelo tribunal fortes o suficiente para justificar a revisão de uma decisão – ao menos em princípio – tomada por quem está em uma posição mais favorável para fazê-lo. Nesses casos, a preferência conta em favor de decisões autoritativas preexistentes não simplesmente porque *quem* disse retira parcela da autoridade das suas manifestações das regras do sistema jurídico, mas porque se pressupõe – e, nesse aspecto, deve-se *confiar* em – sua posição ou até *expertise*. Por isso, nesse último caso, a revisão da decisão de um órgão técnico especializado implica a satisfação de um ônus argumentativo. A ideia de deferência epistêmica atua, nessa hipótese, reforçando basicamente relações de prioridade *prima facie* sustentadas normativamente pelo princípio da separação de poderes e por opções de desenho institucional que

⁵²⁸ Id.

⁵²⁹ Cf. Schauer, *Thinking like a lawyer*, p. 72 e Douglas Walton. *Lógica Informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247, que se refere a essas autoridades como *autoridades cognitivas*.

garantem maiores capacidades para que uma instituição tenha condições mais apropriadas para tomar certas decisões.⁵³⁰ O que está em jogo aqui, mais uma vez, não é o conteúdo das razões apresentadas por essas entidades na solução de casos específicos, pois não é o resultado das decisões de órgãos especializados que garante a força das mesmas, mas razões formais – ainda que amparadas por razões epistêmicas capazes de sugerir que a deferência implica redução dos níveis de erro.⁵³¹

A revisão judicial de decisões técnicas de uma Agência Reguladora ou do Conselho Administrativo de Defesa Econômica exige, nesse sentido, a superação de um ônus argumentativo por quem a defende. O reconhecimento desse dever qualificado de fundamentação pode ser notado quando se fala, por exemplo, em “nulificação específica” de ato de Agência como condição para legitimar a atuação do Poder Judiciário na esfera de outro poder⁵³² ou que o Judiciário não deve intervir para alterar regras fixadas por órgãos técnicos competentes, “salvo em controle de constitucionalidade”.⁵³³ Na prática norte-americana, após a decisão *Chevron v. Natural Resources Defense Council* da Suprema Corte⁵³⁴, os ônus de argumentação vinculados a deveres de deferência podem ser notados quando se exige, naquele mesmo contexto, que pelo menos um *standard*, de dois, seja satisfeito para que a decisão de uma Agência Reguladora possa ser revista pelo Judiciário: as cortes devem ser deferentes às interpretações das agências, salvo quando a disposição (*statute*) relevante é clara ou a interpretação da agência não é razoável.⁵³⁵ Se uma dessas condições não é satisfeita e justificada, o ônus de argumentação vinculado à reversão da prioridade *prima facie* atribuída às interpretações das agências não é superado.

⁵³⁰ V. supra B, IV.

⁵³¹ Para uma ampla análise quantitativa e qualitativa (neste caso, norteada sobre indicadores de custos da revisão judicial e de produção de incerteza jurídica) sobre os níveis de reversão das decisões de agências reguladoras e do CADE pelo Judiciário cf. o relatório final de pesquisa “[i]nter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública”, coordenado pelos professores Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Paulo Furquim de Azevedo. Texto disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf.

⁵³² Cf. REsp 806.304/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 02/12/2008.

⁵³³ Id.

⁵³⁴ 467 US 837 (1984)

⁵³⁵ V. Jacob E. Gersen e Adrian Vermeule. Improving Deference: *Chevron* as a Voting Rule, in: 116 *Yale Law Journal Pocket Part*, 2007, pp. 235-237, p. 235.

3.4.3 Ônus de argumentação materiais

Finalmente, os ônus de argumentação podem se seguir de relações de prioridade fundamentadas a partir de razões substantivas de primeira ordem. Essas relações de prioridade não são explicadas necessariamente em função de uma estrutura normativa específica ou de razões formais, mas sim em função do seu conteúdo, ou seja, das razões materiais sobre as quais ela se sustenta. Isso significa que a compreensão de uma relação de preferência entre motivos independe da sua positivação ou da sua institucionalização. Nesse sentido, a criação de ônus de argumentação material é, em princípio, um empreendimento da filosofia do direito e, sobretudo, da dogmática jurídica. A dogmática atua tanto na análise dos sistemas jurídicos e das relações entre os seus elementos como no desenvolvimento de propostas para a solução de casos jurídicos problemáticos.⁵³⁶ Além disso, acredita-se ser também uma das funções da dogmática determinar – com a ajuda da teoria do direito – a relevância dos ônus de argumentação para o sistema jurídico e para procedimentos argumentativos.

Há uma relação de implicação recíproca entre o trabalho da dogmática jurídica e a atividade dos tribunais. De um lado, a dogmática lida com as normas postas e a jurisprudência de uma ordem jurídica e procura permanentemente influenciar processos decisórios reais. De outro lado, o judiciário serve-se das propostas formuladas pela dogmática e fornece por meio de suas decisões novos elementos para futuras críticas e propostas. Ao mesmo tempo ambas têm uma proeminente – mas não exclusiva e muito menos a mais importante – função *estabilizadora* no âmbito de um sistema jurídico. Tanto a dogmática jurídica⁵³⁷ como a jurisprudência⁵³⁸ empenham-se, em alguma medida, para manter a incerteza no âmbito de um sistema jurídico sob controle.

Para alcançar esse objetivo, uma das tarefas da dogmática jurídica é identificar, a partir das preferências expressadas especialmente pelo Constituinte, pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional, as relações de prioridade presentes em um sistema jurídico, para, posteriormente, criar ou reconstruir critérios específicos nos quais a tentativa de inversão de uma relação de

⁵³⁶ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 308. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, pp. 16-17.

⁵³⁷ Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 16.

⁵³⁸ Schauer, *Precedent*, p. 597ss.

prioridade pode se orientar. Porque, no entanto, essas sugestões não possuem caráter institucional, sua força deriva especialmente da natureza da argumentação desenvolvida para justificar as relações de prioridade. É certo que essa argumentação pode recorrer a motivos formais ou normativo-estruturais e isso não está conceitualmente excluído. É de se diferenciar, no entanto, os ônus de argumentação dos critérios que tentam conduzir a manutenção ou inversão de uma relação de prioridade. Um ônus de argumentação é, como visto, um efeito de uma relação de preferência em favor de determinado resultado que cria exigências de fundamentação para aqueles que pretendem invertê-la. Para identificar um ônus de argumentação basta identificar ou justificar uma relação de prioridade. Naturalmente a existência de um ônus de argumentação implica questionar o que deve ser considerada uma fundamentação suficiente para justificar a inversão de uma relação de prioridade. Criar esses critérios é uma tarefa correlata à de fixação de ônus de argumentação, mas isso não implica que se possa confundi-las. Os critérios de orientação dos ônus de argumentação podem ser considerados *standards de orientação dos processos de fundamentação destinados a inverter uma relação de prioridade*.⁵³⁹ A dogmática jurídica tem como tarefas tanto identificar e justificar relações de prioridade como – com a ajuda da metodologia do direito – criar esses *standards*. À filosofia do direito, por sua vez, compete primariamente a primeira tarefa.

Os ônus de argumentação materiais estão, assim, mais vinculados à fundamentação das relações de prioridade do que à produção de *standards* para orientar argumentações sob condições de incerteza. A criação dessas relações de prioridade depende fundamentalmente de teorias abrangentes sobre, por exemplo, os direitos fundamentais ou o papel do Estado e essas, na maioria dos casos, pressupõem bases que extrapolam os limites do direito. Como vimos, o controle das pretensões de verdade ou adequação levantadas por essas propostas é uma tarefa da ciência e, por isso, a força dessas teorias no campo jurídico está diretamente relacionada à sua internalização por atores institucionais. Dessa forma, a fundamentação de ônus de argumentação materiais depende de prévias apresentações de sistemas teóricos, com base nos quais é analisada a compatibilidade entre os seus pressupostos e a relação de prioridade proposta. Isso torna difícil, evidentemente, a apresentação de exemplos. Algumas relações de prioridade fundamentadas

⁵³⁹ Weber-Grellet ocupa-se especialmente da identificação, a partir do sistema jurídico alemão, desses *standards*. Cf. Weber-Grellet, *Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, p. 75ss.

materialmente, porém, parecem ser objeto de um consenso sobreposto entre diferentes concepções teórico-filosóficas. Preferências em favor da liberdade (*in dubio pro libertate*) e da dignidade humana em face de ações estatais e a necessidade, em princípio, de tratamento desigual de situações desiguais nas propriedades relevantes são exemplos de relações de prioridade materiais que criam ônus de argumentação. Ademais é também possível afirmar que existe uma preferência *prima facie* (e, daí, um ônus de argumentação) em favor de princípios que encarnam direitos fundamentais em função do seu conteúdo em face de outros princípios que ordenam a busca por interesses coletivos.⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 89-90. Parte dessa discussão encontra-se subjacente no debate recente sobre a possibilidade de defesa de um princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses individuais por trás da expressão “interesse particular”. Para além das questões metodológicas relacionadas à discussão (nesse sentido, por exemplo, se um suposto princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular seria, de fato, um princípio e se é possível definir uma prioridade *absoluta* dos interesses públicos em face dos interesses particulares, se ambos possuem a natureza de princípios e, assim, têm o seu grau de realização condicionado pelas circunstâncias fáticas e jurídicas), os argumentos *substantivos* que amparam a prioridade *prima facie* de interesses particulares estão vinculados à centralidade dos direitos fundamentais, do princípio da dignidade humana e o papel que esses elementos desempenham para refutar teorias que poderiam justificar a supremacia do interesse público, como o organicismo (que compreende as comunidades como um “todo vivo”) e o utilitarismo (compreendido como uma teoria ética preocupada com a maximização do bem-estar dos indivíduos de uma certa comunidade). Sobre esses argumentos materiais, cf. Daniel Sarmento, *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. No texto, Sarmento sugere uma inversão da relação de prioridade em favor dos interesses particulares quando eles não forem suportados por direitos fundamentais. Com as suas palavras, “(...) quando os direitos fundamentais estiverem ausentes da balança, o escrutínio judicial da conduta estatal deve ser mais cauteloso, prevalecendo, na dúvida, a decisão já adotada pelo Poder Público” (p. 115). Sobre o referido debate metodológico cf. especialmente Humberto Ávila, *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. Para a visão de que a tentativa de desconstruir o referido princípio envolve primordialmente discussões semânticas, já que o interesse público, em alguma medida, não se realiza sem a realização do interesse particular (estaria em jogo, nesse caso, o que se define como *interesse público primário*), cf. Luis Roberto Barroso, *O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público*.

CONCLUSÃO

Um conceito de ônus de argumentação

As investigações deste trabalho possibilitam estipular um conceito de ônus de argumentação a partir de propriedades relacionadas às suas (i) fonte de justificação, (ii) funções, (iii) estrutura e (iv) bases de criação. As análises anteriores permitem, nesse quadro, entender um ônus de argumentação, antes de tudo, como uma exigência do caráter institucional do direito e da racionalidade da argumentação jurídica. Ônus de argumentação estão estreitamente relacionados com os resultados de certos procedimentos que gozam de uma prioridade *prima facie*, o que dificulta ou facilita, respectivamente, a inversão ou a manutenção das relações de prioridade que deles decorrem na solução de casos concretos. Nesse sentido eles podem ser concebidos como mecanismos de relativa redução e controle da incerteza epistêmica que abrange o sistema jurídico e todos os processos decisórios dentro dele. Eles são efeitos de uma relação de preferência em favor de determinado resultado que criam exigências de fundamentação para aqueles que pretendem invertê-la. Essa fundamentação se orienta tanto, em um primeiro-nível, em *standards* específicos, que resultam do trabalho da dogmática jurídica, da metodologia do direito e da jurisprudência, como, em um metanível, em regras de parada que fixam até quais pontos o procedimento argumentativo deve ser desenvolvido. Como frutos de relações de prioridade, eles podem ser criados e identificados tanto abstrata como concretamente, seja a partir das preferências dos atores institucionais, seja a partir do trabalho da dogmática jurídica, da teoria e da filosofia do direito.

Resumo das teses

1. Uma investigação a respeito do papel desempenhado pelos ônus de argumentação em contextos reais de decisão jurídica se encontra intrinsecamente vinculada às condições epistêmicas sob as quais juízos normativos singulares são fixados;
2. Do ponto de vista das capacidades dos tomadores de decisão para apreender e processar informações e julgar imparcialmente pode-se afirmar que qualquer processo de tomada de decisão é necessariamente limitado;
3. No direito, essas limitações epistêmicas se seguem do seu triplo condicionamento;
4. Em primeiro lugar, a decisão jurídica é condicionada *extrinsecamente*, na medida em que ela herda as patologias da linguagem utilizada nos padrões normativos de decisão e se submete aos vieses e regras de simplificação (heurísticas) às quais a racionalidade humana recorre para solucionar problemas;
5. Em segundo lugar, a decisão jurídica é condicionada *intrinsecamente* pelas condições específicas sob as quais a argumentação jurídica deve ser desenvolvida e que, além disso, permitem a diferenciação do direito de outros campos decisórios (como a moral e a economia). As limitações epistêmicas no presente caso decorrem dos dados, fontes, métodos e técnicas considerados como relevantes pelo direito para a argumentação e a fundamentação de decisões, como a necessidade de referência ao material jurídico válido preexistente, atenção a precedentes e ao trabalho da dogmática jurídica. Esses são elementos que definem um método de raciocínio tipicamente jurídico. Concepções diferentes a respeito do conceito de direito e da argumentação jurídica, como a tese do caso especial de Alexy, a hipótese do direito como domínio limitado de Schauer e a teoria da interpretação aplicada pelo juiz Hércules de Dworkin, ainda que cheguem a conclusões distintas a respeito da amplitude das fronteiras do direito, compartilham desse pressuposto;
6. As mais sérias objeções contra a tese de que o direito é limitado em relação às fontes, dados e métodos de decisão relevantes dentro de suas fronteiras foram levantadas pelo realismo jurídico e pela escola do direito livre. Para essas escolas o juiz, quando decide,

não se deixa limitar apenas pelo material jurídico disponível ou técnicas comuns de decisão, mas tomam (e, para as escolas com propostas normativas, deveriam tomar) as suas decisões com base em quaisquer fundamentos que possam considerar importantes para a solução do caso. Contra isso pode ser objetado que os autores daquelas escolas não levam a sério a distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação, negligenciam o carácter gradual e empírico dos limites do direito e a sua consequente variação em cada sistema jurídico e divergem dentro das próprias escolas a respeito das consequências da ampla abertura cognitiva do direito;

7. Finalmente, em terceiro lugar, as capacidades dos atores jurídicos de apreender informações, processar dados e julgar imparcialmente são afetadas necessariamente pelas diferentes opções de desenho institucional de cada ordem jurídica (*limitações institucionais estruturais*) e pelo modo como cada instituição (especialmente o Poder Judiciário) entende o seu próprio papel e o papel das outras instituições que com ela interagem (*limitações institucionais compreensivas* internas ou interinstitucionais);
8. O triplo condicionamento do direito desvela um grau de incerteza insuperável em qualquer processo jurídico de decisão. Dessa maneira, coloca-se a pergunta: em que sentido pode-se falar em racionalidade na decisão judicial e no próprio sistema jurídico?
9. A afirmação de que o direito compreende limitações epistêmicas inafastáveis coloca em discussão, antes de tudo, a real utilidade de mecanismos contrafactuais ou ideais de correção de juízos normativos singulares;
10. As respostas mais comuns para lidar com as limitações epistêmicas da argumentação jurídica e, de forma mais ampla, com a incerteza do direito partem de modelos ideais de fundamentação que poderiam ser usados como ideias regulativas de procedimentos reais de decisão;
11. A impossibilidade de realização efetiva desses modelos em contextos reais de tomada de decisão não garante que eles possam orientar adequadamente a fundamentação de julgamentos singulares. Modelos contrafactuais podem, ao contrário, no máximo servir como mecanismos de correção *ex post* de decisões e implicar um ônus geral de busca pela melhor resposta possível para problemas específicos que é satisfeito por meio de uma mera pretensão de aproximação do ideal pelos participantes;

12. O Triplo condicionamento do direito é o motivo principal por que estratégias de maximização direta e individual (*i.e.* em cada caso concreto) da racionalidade prática são infrutíferas. Por conseguinte, é preciso saber se e em que medida estratégias de promoção indireta (*i.e.* aquelas que levam a sério os limites existentes e questionam criticamente a possibilidade de implementação de estratégias maximizadoras de primeira ordem) da racionalidade prática são possíveis. Um exemplo de busca pela realização indireta da racionalidade prática em cada caso por meio de uma estratégia otimizadora de segunda ordem encontra-se na proposta de Alexy de implementação de um ambiente ótimo de tomada de decisão jurídica, a saber, um ambiente institucionalizado e autoritativo;
13. A investigação de maneiras indiretas de realização de objetivos exige certas bases metodológicas. Neste trabalho, a busca por modelos teóricos de promoção de racionalidade em domínios limitados como o direito é desenvolvida a partir de uma tripla perspectiva de análise, que engloba um consequencialismo formal, análises de segunda ordem e uma teoria do *second best*;
14. Com base nessas bases metodológicas é possível imaginar três alternativas fundamentais de solução para lidar com as limitações epistêmicas da decisão jurídica e, dessa forma, promover na maior medida possível a racionalidade prática no âmbito dos procedimentos de fundamentação de decisões particulares;
15. A solução da ficção parte da desconsideração da incerteza vinculada às limitações cognitivas dos atores. Isso pode ser feito tanto por meio da adoção de uma estratégia “como se” (por meio da qual os juízos incertos devem ser considerados como se fossem tomados sob condições de certeza) ou por meio da transformação de problemas de decisão sob condições de incerteza ou ignorância em problemas de decisão sob condições de risco por meio da aplicação do princípio da razão insuficiente;
16. A solução da redução atua sobre a aceitabilidade dos argumentos e prognoses apresentados sobre os quais se sustentam decisões tomadas em contextos de incerteza. Isso pode ser feito tanto por meio da redução das exigências relativas à segurança das probabilidades como por meio da aplicação de mecanismos de adaptação, que agem diretamente sobre os níveis de expectativas dos participantes do processo decisório ou, ainda, por meio do investimento em meios de ajuda que ambicionam aumentar as suas capacidades epistêmicas;

17. A solução do controle ocupa-se especialmente em impedir que o grau de incerteza existente aumente. Isso pode ser feito tanto pela limitação dos tipos de informação e métodos considerados relevantes pelo direito para a enunciação de um juízo normativo singular como por meio da instituição de regras de parada na argumentação jurídica;
18. As três soluções devem ser pensadas em conjunto, já que, de acordo com as bases epistemológicas citadas, o investimento em uma única medida não necessariamente implica resultados ótimos, mas, ao contrário, tende a aumentar os níveis de incerteza;
19. O caminho para uma realização indireta da racionalidade prática no direito por meio da coordenação de mecanismos de ficção, redução e controle da incerteza deve considerar especialmente como a estrutura e os elementos do sistema jurídico podem contribuir para a fundamentação de decisões específicas. Fundamento para tanto é a tese de que a complexização da estrutura do sistema jurídico pode simplificar o processo de decisão;
20. O sistema jurídico é concebido como uma rede de relações de prioridade e, por conseguinte, de ônus de argumentação. A possibilidade de se estabelecer relações de prioridade decorre da dimensão valorativa do direito, a qual permite conceber o sistema jurídico também como um sistema de preferências. Essa visão, por sua vez, segue-se da incorporação de princípios como elementos do sistema jurídico e da conexão que eles mantêm com os valores. Além disso, as preferências de um determinado sistema jurídico deixam-se notar também pelas opções contingentes dos atores institucionais em favor de determinados estados de coisas nos quais certas qualidades são instanciadas;
21. A rede de preferências extrínsecas ou de prioridades por meio da qual o sistema jurídico deixa-se expressar exprime os incontáveis vínculos formais e materiais que podem ser criados entre os seus elementos. Nesse sentido, o sistema jurídico é visto como uma rede potencial e dinâmica de relações normativas. Além disso, visando ao controle da racionalidade da fixação dessas relações, o sistema jurídico precisa incluir não apenas normas e relações normativas, mas também procedimentos capazes de orientar a justificação das decisões que criem preferências ou relações de prioridade ou se sirvam das relações de prioridade preexistentes. Essa concepção do sistema jurídico é crucial não apenas para que se possa falar de ordem e unidade em um modelo de sistema jurídico que inclui regras e princípios, como também para lidar com as limitações epistêmicas dos tomadores de decisão jurídica;

22. No que se refere à superação das limitações epistêmicas, um sistema de tal natureza age tanto na redução como no controle da incerteza existente. No primeiro caso, o aumento das capacidades epistêmicas dos tomadores de decisão se dá por meio da fixação de relações específicas ou condicionadas (*prima facie* ou definitivas) entre os elementos do sistema jurídico. Dessa forma, quanto maior o número de relações de prioridade estabelecido em um sistema jurídico, maior é o conhecimento disponível sobre os seus elementos, o que, apesar da complexização do sistema, simplifica a solução de casos individuais. No segundo caso, o controle da incerteza se dá por meio da aplicação de propriedades específicas dos ônus de argumentação;
23. Ônus de argumentação são elementos do sistema jurídico que estão intrinsecamente vinculados a relações de prioridade. Por esse motivo, um sistema jurídico que se deixa exprimir como uma rede de relações de prioridade também se deixa exprimir como uma rede de ônus de argumentação. Entender como um sistema jurídico dessa natureza pode contribuir tanto para a redução como para o controle da incerteza subjacente a processos reais de tomada de decisão depende de uma investigação sobre a estrutura e as funções dos ônus de argumentação;
24. Um ônus de argumentação é um tipo de ônus de fundamentação que se relaciona à aplicação racional de relações de prioridade. Eles desempenham um papel fundamental quando a aplicação de uma relação de prioridade preexistente (considerada como “solução natural” para um determinado problema) é questionada. No plano discursivo, a necessidade de fundamentar mudanças em soluções preconcebidas segue-se dos princípios da igualdade e da inércia. No âmbito jurídico, ela é uma exigência, sobretudo, da segurança jurídica;
25. Assim como as relações de prioridade, os ônus de argumentação possuem um caráter dúplice. Esse caráter está diretamente relacionado às soluções naturais e antinaturais para certos problemas. A existência de um ônus de argumentação, então, ao mesmo tempo reduz os deveres de fundamentação para aqueles que pretendem manter uma relação de prioridade e aumentam os mesmos deveres para quem pretende inverter uma relação de prioridade;
26. Ao lado da dupla função, os ônus de argumentação também revelam um duplo caráter, já que eles podem tanto se referir às responsabilidades argumentativas das partes (caráter

subjetivo) como à tese defendida por elas (caráter objetivo). No primeiro caso, as partes devem fundamentar por que uma relação de prioridade determinada deve ser mantida ou invertida e, como visto, a complexidade dessa tarefa depende da tese defendida. No segundo caso, um ônus de argumentação se aplica essencialmente às tentativas de inversão de relações de prioridade: se elas não são suficientemente justificadas (ou seja, se o ônus de argumentação não é superado), a tese oposta é considerada como justificada e a relação inicial de prioridade é mantida;

27. Ônus de argumentação são, assim, tanto mecanismos de redução como de controle da incerteza no âmbito de um determinado sistema jurídico. Eles reduzem a incerteza na medida em que estatuem deveres específicos de fundamentação para aqueles que questionam ou pretendem manter uma relação de prioridade. No caso de inversão, eles exigem que se justifique (i) por que a relação de prioridade original é incorreta ou (ii) por que o caso presente se diferencia do caso original, embora em ambos os mesmos princípios sejam aplicáveis. No caso de manutenção, os ônus de argumentação facilitam o processo argumentativo por meio da redução da complexidade da justificação da valoração. Nesse sentido, entender a estrutura e as funções dos ônus de argumentação significa ter um maior conhecimento a respeito dos elementos do sistema jurídico por meio das relações entre eles, o que permite conceber ônus de argumentação como mecanismos de ajuda para lidar com a incerteza dos participantes da argumentação jurídica.
28. Por outro lado, eles controlam a incerteza epistêmica na medida em que estatuem pontos de parada na argumentação jurídica quando a inversão de uma relação de prioridade não é, em certo ponto, suficientemente justificada. Nessa hipótese, a relação de prioridade original deve ser mantida e o procedimento argumentativo interrompido;
29. A cada ônus de argumentação se vinculam duas regras de parada, que, respectivamente, expressam estratégias satisfatórias e otimizadoras de controle da incerteza. No primeiro caso, os ônus de argumentação exigem que o tomador de decisão busque informações apenas na direção da justificação da manutenção da relação de prioridade. Encontrados fundamentos suficientes para justificar a semelhança entre os casos e a correção da relação original, o tomador de decisão deve interromper a argumentação e manter a solução considerada “natural”. Quando, contudo, a primeira regra de parada não pode ser

satisfeita, aplica-se uma segunda regra, de acordo com a qual novas informações e razões devem ser buscadas até o ponto em que os custos marginais de obtenção desses dados superam os seus benefícios esperados. Isso significa que a busca por argumentos em favor da possibilidade de inversão da relação de prioridade deve continuar até o momento em que, apesar da existência de um conjunto relativamente amplo de dados, a dúvida permanece e a busca para solucioná-la já acarreta prejuízos para a solução de novos casos e não é mais capaz de eliminar tão rapidamente altas chances de erro;

30. Por meio de regras de parada o sistema jurídico é capaz de manter a incerteza existente sob controle. A necessidade de regras de parada se justifica em contextos de escassez de recursos de decisão, na medida em que elas promovem valores como eficiência alocativa e segurança. No âmbito jurídico, a eficiência é produzida pelo gerenciamento adequado os custos de decisão, de erro e de oportunidade. No caso da segurança jurídica, privilegiar a manutenção das relações de prioridade preexistentes é fundamental para a promoção dos seus principais corolários, a saber, confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade. Nesse sentido, é possível equiparar os ônus de argumentação ao que Alchourrón e Bulygin chamam de regras de fechamento do sistema;
31. Ônus de argumentação são, do ponto de vista de sua natureza, corolários das regras e *standards* que expressam relações de prioridade. No geral, eles estão vinculados a regras quando as relações de prioridade são definitivas, enquanto eles estão vinculados a *standards* quando tais relações são fixadas em abstrato (ou seja, antes da solução de casos concretos) pela dogmática jurídica, pela metodologia do direito ou pela filosofia do direito (ex.: *in dubio pro libertate*);
32. Além das regras e *standards* que concretizam as relações de prioridade, uma regra de segundo-grau também orienta a aplicação dos ônus de argumentação. Ela determina precisamente as consequências quando (i) a inversão da relação de prioridade está justificada, (ii) a inversão da relação de prioridade não está justificada e (iii) há dúvida sobre a possibilidade de inverter a relação de prioridade quando se atinge o ponto de parada;
33. Ao contrário das regras de primeiro grau que estatuem as relações de prioridade, essas regras de segundo grau não são derrotáveis e isso não torna inválida a tese de que os ônus

de argumentação estão vinculados a regras *qua* espécies normativas com propriedades específicas;

34. A força de um ônus de argumentação depende essencialmente de quatro fatores: (i) do peso abstrato das normas envolvidas na relação de prioridade, (ii) do suporte hierárquico das relações de prioridade aos quais eles estão vinculados, (iii) do grau de interferência, constatável em um caso concreto, nas normas envolvidas, especialmente no princípio subordinado em uma preexistente relação de prioridade, e (iv) do tempo em que a afirmação de existência de uma relação de prioridade perdura. No primeiro caso, quanto maior for a importância no sistema jurídico da norma priorizada relativamente às razões normativas a ela subordinadas, mais forte é *prima facie* o ônus de argumentação necessário para inverter a relação de prioridade. No segundo, quanto maior for a estatura da norma priorizada ou do tribunal que estatui uma relação de prioridade determinada, mais forte é o ônus de argumentação para invertê-la. No terceiro, quanto maior for a interferência causada em concreto a um elemento do sistema jurídico, maiores são as razões em favor da inversão da relação de prioridade e, dessa forma, mais fraco se torna, na hipótese, o ônus de argumentação. No quarto, finalmente, quanto mais estável no tempo for reconhecida e afirmada uma relação de prioridade, mais fortes devem ser as razões necessárias para invertê-la. Em alguns casos, pode-se exigir até a modulação temporal dos efeitos de uma decisão que causa uma mudança abrupta e drástica nas expectativas geradas pela relação de prioridade. A confiabilidade de teorias que são eventualmente usadas para justificar a existência de relações de prioridade é um quinto fator que afeta a força das mesmas;
35. Os ônus de argumentação não se confundem com os ônus de prova, que auxiliam na verificação de fatos concretos, enquanto os ônus de argumentação desempenham um papel fundamental em problemas especificamente normativos;
36. Os ônus de argumentação também não se confundem com os ônus de justificação rawlsianos, que se deixam definir como as causas ou fontes que dificultam o alcance de consensos em assuntos controversos entre pessoas razoáveis;
37. Do ponto de vista classificatório, é possível agrupar os diferentes tipos de ônus de argumentação em três grandes grupos. Os ônus de argumentação normativo-estruturais são aqueles que decorrem das relações de prioridade vinculadas à estrutura das diferentes

espécies normativas contidas no sistema jurídico. Dessa maneira eles estão diretamente vinculados a regras e princípios e às interações entre eles. Como exemplo, é possível dizer que, pela sua estrutura, a não aplicação de uma regra incidente exige maiores esforços de justificação do que a não aplicação de um princípio incidente. Os ônus de argumentação formais são aqueles que decorrem de relações de preferência justificadas por razões estritamente formais, como as que subjazem às ideias de igualdade (formal), competência e de autoridade. Os ônus de justificação vinculados à aplicação ou superação de precedentes são exemplos desse tipo de ônus de argumentação. Finalmente, os ônus de argumentação materiais decorrem das relações de prioridade sustentadas por preferências conteudísticas. A fixação em abstrato de tais ônus de argumentação é, em princípio, um empreendimento da filosofia do direito e, sobretudo, da dogmática jurídica. O *in dubio pro libertate*, quando justificado independentemente de motivos formais (a afirmação em uma decisão judicial, por ex), é um exemplo deste caso.

REFERÊNCIAS

ARNIO, Aulis. Taking Rules Seriously. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v.42, p. 180-192, 1989.

_____. On Precedents and their Bindingness. In: VALDÉS, Ernesto Garzón (Org.) et al. *Normative Systems in legal and moral theory: Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Berlin: Duncker und Humblot, 1997. p. 225-234.

_____. *The Reasonable as Rational: A Treatise on Legal Justification*. Berlin: Springer, 1986.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Normative Systems*. Wien: Springer, 1971.

ALEXY, Robert. Rechtssystem und praktische Vernunft. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995. p. 213-231.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2006.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.

_____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, nr. 4, p. 433-449, dez. 2003.

_____. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, v. 21, nr. 3, p. 281-299, set. 2008.

_____. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13, nr. 3, p. 294-304, set. 2000.

_____. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 177-212.

_____. Probleme der Diskurstheorie. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 109-126.

_____. Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 51, p. 11-29, 1993.

_____. Individuelle Rechte und kollektive Güter. In: _____. *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 232-261.

_____. Coherence and argumentation or the genuine twin criterialess super criterion. In: AULIS, Aarnio. *On Coherence Theory of Law*. Lund: Juristförlaget i Lund, 1998. p. 41-49.

ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 95, nr. 2, p. 151-166, abr. 2009.

_____. *Begriff und Geltung des Rechts*. München/Freiburg: Karl Alber Verlag, 1992.

_____. Die Gewichtsformel. In: JICKELI, J.; KREUTZ, P.; REUTER, D. (Org.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter Recht, 2010. p. 771-792.

_____. Justification and Application of Norms. *Ratio Juris*, v. 6, nr. 2, p. 157-170, jul. 2003.

_____. The Special Casis Thesis. *Ratio Juris*, v. 12, p. 374-384, dez. 1999.

_____. The Weight Formula. In: STELMACH, Jerzy; BROZEK, Bartosz; ZALUSKI, Wojciech (Ed.). *Studies in the Philosophy of Law*. Frontiers of the Economic Analysis of Law, nr. 3, p. 9-27, 2007.

ALLOTT, Antony. *The Limits of Law*. London: Butterworths, 1980.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 171-211.

_____. O Argumento das “Capacidades Institucionais” entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, nr. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 187-202.

_____. *Segurança Jurídica. Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*. Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 171-215.

CARSTEN, Bäcker. *Begründen und Entscheiden*. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts. Baden-Baden: Nomos, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/diferentes_mas_iguais_atualizacao_2011.pdf>. Acesso em 01 jul. 2012.

_____. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público (Prefácio). In: Daniel Sarmiento (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. vii-xviii.

BAYÓN, Juan Carlos. Why is Legal Reasoning Defeasible?. *Diritti & Questioni Pubbliche*, nr. 2, p. 1-18, ago. 2002.

FERRER BELTRAN, Jordi . *Prueba, creencias y estándares de prueba*. Texto apresentado no I Workshop Internacional de Epistemologia Jurídica promovido pela UFRJ nos dias 11 e 12/06/2012. 24p. Mimeo. Texto gentilmente cedido pelo autor.

BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. In: _____. *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006, p. 189-229.

BOROWSKI, Martin. On the Nature of Legal Principles. In: Martin Borowski (Org.). *ARSP*, vol. 119, “The Principle Theory“. Proceedings at the 23rd. World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy. Krakow: Nomos, 2007, p. 19-35.

BOUDON, Raymond. Subjective rationality and the explanation of social behavior. In: Massimo Egidi e Robin Marris (Org.). *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*. Glos/Massachussets: Edward Elgar, 1992, p. 123-147.

BREST, Paul; KRIEGER, Linda Hamilton. Lawyers as Problem Solvers. *Temple Law Review*, v. 72, p. 811-832, 1999.

BROOME, John. Reasoning with preferences?. In: OLSARETTI, Olsaretti (Org.), *Preferences and Well-Being*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 183-208.

BROWER, Bruce W. The Limits of Public Reason. *The Journal of Philosophy*, v. 91, nr. 1, p. 5-26, jan. 1994.

BROSEK, Bartosz. *Defeasibility of Legal Reasoning*. Cracow: Zakamycze, 2004.

CABRAL, Antônio do Passo. Os efeitos processuais da audiência pública. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público*, Brasília, nr. 24/25, p. 41-65, jul/dez 2007.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 2. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1983.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora, 2004.
- CHILSON, Donald. Problem Solving and Institutional Design. *Journal of Public Administration Research Theory*, nr. 5 p. 451-491, 1995.
- CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001.
- COOTER, Robert D. *The Strategic Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- DEWEY, John. Logical Method and Law. *The Cornell Law Quartely*, v. 10, p. 17-27, 1924.
- DICKSON, Julie. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978.
- _____. *Law's Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- _____. Is There Really no Right Answer in Hard Cases?. In: do mesmo. *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 1985, p. 119-145.
- _____. *Justice in Robes*. Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- _____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2011.
- EIDENMULLER, Horst. *Effizienz als Rechtsprinzip*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- ENDICOTT, Timothy A. O. Linguistic indeterminacy. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 16, p. 667-697, 1996.
- FALLON JR., Richard H. "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse. *Columbia Law Review*, vol. 97, nr. 1, p. 1-56, jan. 1997.
- _____. *The Dynamic Constitution*. An Introduction to American Constitutional Law. New York: Cambridge University Press, 2004.
- _____. Strict Judicial Scrutiny. *UCLA Law Review*, v. 54, p. 1267-1337, 2007.

FEARON, James D. Counterfactuals and Hypothesis Testing in Political Science. *World Politics*, vol. 43, nr. 2, p. 169-195, jan. 1991.

FIKENSTER, Wolfgang. *Juristische Heuristik?*. In: Festschrift für C.W. Canaris. München: Beck, 2007, p. 1091-1106.

FREY, R.G. Act-Utilitarianism, Consequentialism, and Moral Rights. In: Frey, R.G. (Org.). *Utility and Rights*. Oxford: Basil Blackwell, 1985, p. 61-85.

FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

_____. American Legal Realism. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 82, nr. 5, pp. 429-462, 1934.

GAUTHIER, David. *Moral Dealing*. Contract, Ethics and Reason. Ithaca: Cornell University Press, 1990.

GERSEN, Jacob E. e Vermeule, Adrian. Improving Deference: *Chevron* as a Voting Rule. *Yale Law Journal Pocket Part*, v. 116, p. 235-237, 2007.

GIZBERT- STUDINICK, Tomasz. The Burden of Argumentation in Legal Disputes. *Ratio Juris*, v. 3, nr. 1, p. 118-129, 1990.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin* (Jurists: Profiles in Legal Theory). Stanford: Stanford University Press, 1992.

GUIMARÃES, Tamiris Carvalho Veiga. *Reversão de Jurisprudência no Supremo Tribunal Federal: um olhar sobre a sua coerência decisória*. 2010. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação da SBDP. São Paulo. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/165_Monografia%20Tamiris%20Guimaraes.pdf>. Acesso em 01 jul. 2012.

GUNTHER, Gerald. The Supreme Court 1971 Term. Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a New Equal Protection. *Harvard Law Review*, v. 86, p. 1-48, 1972.

GUNTER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1988.

_____. Critical Remarks on Robert Alexy's "Special Case Thesis". *Ratio Juris*, v. 6, nr. 2, p. 143-156, jul. 1993.

HABERNAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. 4. ed. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1994.

- _____. Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm. In: _____. *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983. p. 53-125.
- HAGE, Jaap. *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*. Dordrecht: Kluwer, 1997.
- HAIN, Karl-Eberhard. *Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, v. 162, p. 1243-1248, dez. 1968.
- HARE, R.M. *Moral Thinking. Its Levels, Methods and Point*. Oxford: Clarendon Press, 1981.
- _____. Rights, Utility and Universalization. Reply to J.L. Mackie. In: Frey, R.G. (Org.). *Utility and Rights*. Oxford: Basil Blackwell, 1985, p. 106-120.
- HARMAN, Gilbert. Practical Aspects of Theoretical Reasoning. In: Alfred R. Mele e Piers Rawling (Org.). *The Oxford Handbook of Rationality*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 45-56.
- HART, H.L.A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- HOMANN, Karl. Die ökonomische Dimension der Rationalität. In: M. Hollis e W. Vossenkuhl, (Org.). *Moralische Entscheidung und rationale Wahl*. München: R. Oldenburg Verlag, 1992, p. 11-24.
- HOOKER, Brad. Rule-Consequentialism. In: Hugh la Follette (Org.). *The Blackwell Guide to Ethical Theory*. Oxford/Massachusetts: Blackwell, 2000, p. 183-204.
- HOOKER, Brad e Streumer, Bart. Procedural and Substantive Practical Rationality. In: Alfred R. Mele e Piers Rawling (Org.). *The Oxford Handbook of Rationality*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 57-74.
- HWANG, Shu-Perng. Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume. *AöR*, v. 133, p. 606-628, 2008.
- JESTAED, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- _____. Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen. In: Deppenheuer, Otto *et al.* (Orgs.). *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*. Heidelberg: C.F. Müller, 2007, p. 253-275.

KAHNEMAN, Daniel e Tversky, Amos. Variants of Uncertainty. In: Daniel Kahneman, Paul Slovic e Amos Tversky (Orgs.). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 509-520.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Franz Deuticke, 1964.

KLATT, Matthias. *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2004.

KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967.

KOCH, Hans-Joachim e Rüßmann, Helmut. *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*. München: Beck, 1982.

KOKTT, Juliane. *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechte*. Berlin: Springer, 1993.

KRAUS, Jody S. *The Limits of Hobbesian Contractualism*. New York: Cambridge University Press, 1993.

Korobkin, Russell e Ulen, Thomas S. Law and Behavioural Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. In: *University of Illinois Law and Economics Research Papers Series*, research paper nr. 01, p. 1-103, set. 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=229937>. Acesso em 10 jul. 2012.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. Berlin: Springer, 1991.

LAUDMANN, Larry. Por qué un Estándar de Prueba Subjetivo y Ambiguo no es un Estándar. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 95-113, 2005.

LEAL, Fernando. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. *Revista de Direito do Estado*, 16, p. 87-116, 2009.

_____. Argumentando com o Sobreprincípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. 7, p. 41-67, 2005.

Leisner, Walter, “Abwägung überall” – Gefahr für den Rechtsstaat. *Neue juristische Wochenschrift*, p. 636-639, 1997.

LEITHER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LERCHE, Peter. Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis. In: Peter Badura e Horst Dreier (Org.) *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 333-361, v. I.

Levi, Edward H. *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: The University of Chicago Press, 1949.

LIPSEY, R.G. e Lancaster, Kevin. The General Theory of *Second best*. *The Review of Economic Studies*, vol. 24, nr. 1, p. 11-32, 1956-1957.

Llewellyn, Karl. Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound. In: David Kennedy e William W. Fischer III (Org.). *The Canon of American Legal Thought*. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 141-162.

LUCHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: Kohlhammer, 1974.

_____. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2004.

_____. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive. In: Bubner, Rüdiger, Cramer, Konrad und Wiehl, Reiner (Org.), *Neue Hefte für Philosophie*, Heft 20. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1981, p. 1-30.

_____. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1990.

_____. *Zweckbegriff und Systemrationalität: über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1973.

_____. Juristische Argumentation: Eine Analyse ihrer Form. In: Gunther Teubner (Org.). *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*. Baden-Baden 1995, p. 19-37.

MacCormick, D. Neil. Why Law Makes no Claims. In: George Pavaklos (Org.). *Law, Rights and Discourse*. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart, 2007, p. 59-67.

MacCormick, D. Neil e Summers, Robert S. (Orgs.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

MACKIE, J.L. Rights, Utility and Universalization. In: Frey, R.G. (Org.). *Utility and Rights*. Oxford: Basil Blackwell, 1985, p. 86-105.

MARINONI, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de e Camargo, Margarida Lacombe. *Representação Argumentativa: Fator retórico ou mecanismo de legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal?* In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, junho/2010, Fortaleza. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3589.pdf>. Acesso em 01 jul. 2012.

Müller, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

MURPHY, Walter F. *et al.* *American Constitutional Interpretation*. 3. ed. New York: Foundation Press: 2003.

O'Neill, Onora. Kant: Rationality as Practical Reason. In: Alfred R. Mele e Piers Rawling (Org.). *The Oxford Handbook of Rationality*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 93-109.

OTT, Claus e Schäfer, Hans-Bernd (Org.) *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung. Beiträge zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. Berlin: Springer, 1989.

PARISI, Francesco. Sources of Law and the Institutional Design of Law Making. In: *Law and Economics Working Paper Series*, George Mason University School of Law, n. 00-42, nov. 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

POSHER, Ralf. The Principle Theory. How many theories and what is their merit?. In: Klatt, Mathias (Org.). *Institutionalizing Reason. Perspectives on the legal philosophy of Robert Alexy*. New York: Oxford University Press (i. E.), p. 1-54, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1411181>. Acesso em 01/07/2012.

POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

_____. Creating a Legal Framework for Economic Development. *The World Bank Research Observer*, vol. 13, nr. 1, p. 1-11, fev. 1998.

_____. The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation (a Reply to Sunstein and Vermeule). *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 952-971, fev. 2003.

_____. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

Prakken, Henry. *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*. Dordrecht: Kluwer, 1997.

RAABE, Marius. *Grundrechte und Erkenntnis: der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*. Baden-Baden: Nomos, 1998.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. In: do mesmo, *Rechtsphilosophie*. 2. ed. Heidelberg: Müller, 2003, p. 211-219.

RAWLING, Piers e McNaughton, David. Duty, Rationality, and Practical Reasons. In: Alfred R. Mele e Piers Rawling (Org.). *The Oxford Handbook of Rationality*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 110-131.

RAWLS, John. The Domain of the Political and Overlapping Consensus, in: *New York University Law Review*, vol. 64, p. 233-255, maio 1989.

_____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. *A Theory of Justice*. Revised Ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1975.

_____. The Rule of Law and its virtue, in: do mesmo, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 210-229.

_____. The Argument from Injustice, or How not to Reply to Legal Positivism. In: George Pavaklos (Org.). *Law, Rights and Discourse*. The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart, 2007, p. 17-35.

_____. Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons. In: do mesmo. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 373-395.

RESNICK, Michael D. *Choices. An Introduction to Decision Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1986.

RUBIN, Peter J. Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny after Adarand and Shaw. *U. Pa. Law Review*, 149, p. 1-170, 2000.

RUMELIN, Mar. *Die Rechtssicherheit. Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1924*. Tübingen: Mohr, 1924.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: do mesmo (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-116.

Schauer, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, p. 571-606, 1986-1987.

_____. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text. *University of Virginia Public Law and Legal Theory Working Papers*, p. 1-17, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1403343>. Acesso em 01 jul.2012.

_____. The Limited Domain of the Law. *Virginia Law Review*, v. 90, p. 1909-1956, 2004.

_____. Is There a Psychology of Judging?, in: *John F. Kennedy School of Government Working Paper Series nr. RWP07-049*, Oktober, 2007, p. 1-31. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015143>. Acesso em 01 jul. 2012.

_____. The convergence between rules and standards. *New Zeland Law Review*, v. 3, p. 303-328, 2003.

_____. *Thinking like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

_____. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

Schauer, Frederick e Alexander, Larry. Law's limited domain confronts morality's universal empire. *San Diego Legal Studies Paper*, nr. 07-44, p. 1-26. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=900254>. Acesso em 01 jul. 2012.

SCHERZBERG, Arno. *Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“*. *Das Ausmaß individueller Grundrechtsbetreffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

Schlink, Bernhard. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In: P. Badura/H. Dreier (Orgs.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 445-465, v. 2.

SCHMID, Martha. *Rechtssicherheit*. Frankfurt a.M.: Albrecht Beck, 1938.

Schmitt, Carl. Die Tyrannei der Werte. In: *Säkularisation und Utopie*. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1967, p. 37-62.

Schuartz, Luis Fernando. *Interdisciplinaridade e Adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência do direito*. Texto disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2174?show=full>>. Acesso em 7 jul. 2012.

Shaman, Jeffrey. Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny. *Ohio State Law Journal*, v. 45, p. 161-183, 1984.

Sieckmann, Jan-Reinard. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990.

_____. *Recht als normatives System*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

Silva, Virgílio Afonso da. O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, nr. 4, p. 23-51, 2006.

_____. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. O Proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002.

Simon, Herbert A. A Behavioral Model of Rational Choice, in: *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, nr. 1, p. 99-118, fev. 1955.

_____. Thinking by Computers In: Massimo Egidi e Robin Marris (Org.). *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*. Massachussets: Edward Elgar, 1992, p. 55-75.

_____. Scientific discovery as problem solving, in: Massimo Egidi e Robin Marris (Org.). *Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution*. Massachussets: Edward Elgar, 1992, p. 102-119

Sobota, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

SPELLMANN, Barbara A. On the supposed expertise of judges in evaluating evidence. *University of Pennsylvania Law Review* (PENNumbra), vol. 156, nr. 1, p. 1-9, 2007.

Steinmetz, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: Virgílio Afonso da Silva (Org.), *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11-53.

Struchiner, Noel. Formalismo jurídico. In: Vicente de Paulo Barreto (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006, p. 363-366.

Summers, Robert e Atiyah, P.S. *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

SUSTEIN, Cass R. Leaving Things Undecided. In: do mesmo. *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 3-23.

_____. *Legal reasoning and political conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. Must Formalism be Defended Empirically?. *University of Chicago Law Review*, v. 66, p. 636-670, 1999.

Sunstein, Cass R. e Adrian Vermeule, Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885-951, 2003.

Sunstein, Cass R. e Ullmann-Margalit, Edna. Second-Order Decisions. *Chicago Public Law and legal Theory Working Paper*, [S.l.], nr. 75, p. 1-37, out. 1999.

Sweet, Alec Stone. The Judicial Coup d'État and the Problem of Authority. *Yale Law School Legal Scholarship Repository* - Faculty Scholarship Series, paper 78, 2007. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/78>. Acesso em 07 jul. 2012.

TAMANHA, Brian Z. *Law as a Means to an End*. Threat to the rule of law. Cambridge: CUP, 2006.

TEIFKE, Nils. *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchstrangigen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

Thomas, E. W. *The Judicial Process*. Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles. New York: Cambridge University Press, 2005.

Twining, William. *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. 2. Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. Three strategies of interpretation. *San Diego Law Review*, v. 42, p. 607-628, 2005.

_____. *Law and the Limits of Reason*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2009.

Vojvodic, Adriana de Moraes, Machado, Ana Maria França, Cardoso, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF. *Revista Direito GV*, nr. 5, pp. 21-44, 2009.

VON ARNAULD, Andreas. *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

VON WRIGHT, Georg Henrik. *Explanation and Understanding*. Ithaca: Cornell University Press, 1971.

_____. Neue Überlegungen zur Präferenzlogik. In: do mesmo, *Normen, Werte und Handlungen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1994, p. 87-122.

Waldron, Jeremy. Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law* (I.CON), vol. 7, nr. 1, p. 2-24, 2009.

_____. Refinig the question about judges' moral capacity. *International Journal of Constitutional Law* (I.CON), vol. 7, nr. 1, p. 69-82, 2009.

_____. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

_____. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Walton, Douglas. *Lógica Informal*. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

WANG, Peng-Hsiang. *Defeasibility in der juristischen Begründung*. Baden-Baden: Nomos, 2004.

Weber-Grellet, Heinrich. *Beweis- und Argumentationslast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Baden-Baden: Nomos, 1979.

Weinberger, Ota. *Prima facie Ought*. A logical and Methodological Enquiry. *Ratio Juris*, vol. 12, nr. 3, p. 239-251, set. 1999.

Wendel Homes Jr., Oliver. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, X, nr. 8, p. 457-478, 1897.

Winkler, Adam. Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts. *Vanderbilt Law Review*, v. 59, p. 793-871, 2006.

Wittgenstein, Ludwig. Philosophische Untersuchungen. In:_____, *Schriften*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, p. 279-544, v. 1.