

CASOS TRÁGICOS: NENHUMA RESPOSTA CORRETA? UMA ABORDAGEM SEGUNDO A FILOSOFIA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY*¹

TRAGIC CASES: NO CORRECT ANSWER? AN APPROACH ACCORDING TO THE LEGAL PHILOSOPHY OF ROBERT ALEXY

Cláudia Toledo

RESUMO: Analisam-se, neste artigo, o conceito de *casos trágicos* e suas diversas implicações com base no pensamento de Manuel Atienza, um dos juristas que mais se dedicou à matéria, e de Robert Alexy, cuja obra é uma das principais referências na Filosofia do Direito contemporânea. Demonstra-se então a improcedência das afirmações centrais de Atienza relativas a casos trágicos (inexistência de resposta correta, limitação da racionalidade jurídica, opção pelo mal menor), segundo os parâmetros desenvolvidos por Alexy (correção, racionalidade, argumentação jurídica, direitos humanos). Com fundamento na obra alexyana, justifica-se a conclusão contrária em relação a casos trágicos, ou seja, são casos em que há respostas corretas. Tais respostas possuem ainda a especificidade de serem opostas entre si.

Palavras-chave: Casos Trágicos. Teoria da Argumentação Jurídica. Pretensão de Correção. Racionalidade. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The aim of the current article is to analyze the concept of tragic cases and its different implications based on Manuel Atienza, one of the jurists who specially addressed the issue, and on Robert Alexy, whose work is one of the main references in contemporary Legal Philosophy. According to parameters exposed by Alexy (correctness, rationality, legal argumentation, human rights), some of Atienza's central assertions about tragic cases (lack of correct answer, legal rationality limitation, option for the lesser evil) are herein demonstrated as inadmissible. Based on Alexy's work, it is possible to justify the

* Tradução pela própria autora da publicação original "Tragic Cases: No correct answer? An approach according to the Legal Philosophy of Robert Alexy". *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 105, n. 3, p. 392-403, 2019.

¹ As bases deste artigo foram discutidas no *XXVIII World Congress of the IVR – Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, com a apresentação do trabalho *Hard Cases, Rationality and the Transformation of the Legal Order* pela autora no *special workshop "Hard and Tragic Cases, Principles and the Limits of Law"*, coordenado pelos professores Manuel Atienza (Universidade de Alicante) e José Manuel A. Linhares (Universidade de Coimbra).

opposite conclusion about tragic cases, i.e., cases where there is more than one correct answer and these answers are opposed to each other.

Keywords: Tragic Cases. Theory of Legal Argumentation. Claim to Correctness. Rationality. Democratic Legal State.

Estados Democráticos e Casos Difíceis

No atual Estado Democrático de Direito, a maior parte das *situações fáticas* socialmente entendidas como relevantes estão reguladas em leis (*civil law*) e precedentes (*common law*). Uma consequência dessa ampla regulamentação da realidade social é a usual identificação, no direito posto, do enquadramento dado pelo sistema jurídico nacional aos casos concretos levados a juízo. Isto é, a alta regulamentação jurídica da vida social faz com que normalmente se encontre no direito posto (leis e precedentes) *resposta* aos casos concretos com certa imediatidade. De acordo com a clássica terminologia do *common law*, esses são os chamados *casos fáceis* (*easy cases*).

Contudo, devido tanto à pluralidade da realidade social quanto à sua dinamicidade, não é raro que as respostas a algumas situações não sejam imediatamente encontradas no direito positivo, por mais amplo que ele seja. Esses são os *casos difíceis* (*hard cases*). De acordo com Ronald Dworkin, *casos difíceis* são casos “em que a resposta não é claramente prescrita em lei ou precedente”² (tradução livre).

Quanto mais democrático o Estado, mais ativo seu Poder Judiciário e, uma vez que o caso é levado ao judiciário, o juiz é obrigado a julgá-lo, devido tanto à inafastabilidade do controle jurisdicional quanto à proibição do *non liquet*. Essa decisão, no entanto, deve ser baseada em *razões* e não em concepções subjetivas do juiz, sob pena de arbitrariedade ou decisionismo.

Assim, o papel central da *racionalidade* no discurso jurídico torna-se nítido. Teorias da argumentação jurídica são essenciais nessa seara, uma vez que o Direito é formulado discursivamente em leis e precedentes, e aplicado argumentativamente em decisões judiciais. Dentre as teorias da argumentação jurídica de maior expressão e repercussão internacional

² No original: "in which the result is not clearly dictated by statute or precedent". DWORKIN, Ronald. Hard Cases. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, 1975.

estão inegavelmente as de Robert Alexy e de Neil MacCormick, a despeito da contribuição de vários autores para o tema, como Perelman, Toulmin, Aarnio, Peczenik.³

Neste artigo, enfoque será dado ao pensamento de Robert Alexy. Em seu livro *Teoria da Argumentação Jurídica*, Alexy apresenta o discurso *jurídico* como *caso especial* do discurso prático geral. Ambos os discursos (i) lidam com questões *práticas*, relativas ao que deve ser feito ou evitado e (ii) levantam a *pretensão de correção*, i.e., os participantes pretendem que suas *proposições* estejam *acertadas* e fundamentam o discurso nesse sentido.

Não obstante, perante o discurso prático geral, o discurso jurídico possui a especialidade de ser composto por *argumentos institucionais*, ou seja, por ordens, proibições e permissões determinadas pelo Estado. Tais argumentos são também chamados *razões autoritativas*, porquanto advindos do órgão estatal competente para sua criação – poder legislativo no *civil law* e poder judiciário no *common law*. Ocorre que os *argumentos institucionais* podem:

- 1) Não ser suficientemente *claros*;
- 2) Entrar em *conflito* entre si;
- 3) Ser *incompletos* ou *não estar expressos* no direito positivo.

As soluções para essas hipóteses são respectivamente:

- 1) Recurso a *métodos hermenêuticos* que proporcionem seu esclarecimento e compreensão;
- 2) Em caso de *regras*, devem-se utilizar os critérios *lógicos* de solução de *antinomias* (cronológico, de especialidade e hierárquico) e, em caso de *princípios*, a *máxima da proporcionalidade*;
- 3) Trata-se de *lacuna legal*. O juiz deve então integrar o direito positivo, mediante *razões autoritativas* (na hipótese de analogia, quando se aplica lei a caso concreto semelhante não regulado) e/ou *razões não autoritativas* – as quais são distintas, segundo Jürgen Habermas, em *morais, éticas e pragmáticas*.⁴

Nenhuma dessas situações trata-se de um *caso fácil*. No entanto, o típico *caso difícil* é evidenciado na opção (3), quando faltam argumentos institucionais para a tomada da decisão. Como a decisão deve ser justificada argumentativamente e argumentos são

³ Cf. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *The new rhetoric – A treatise on argumentation*. Notre Dame: Notre Dame Press, 1969; TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*. Cambridge, 1958; AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Belim: Springer, 1987; PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. Dordrecht-Boston-Londres: Kluwer Academic Publishers. 1989.

⁴ Essas razões são apresentadas por Jürgen Habermas, na sua obra *Between Facts and Norms* e serão abordadas mais detalhadamente adiante.

fundados em razões (caso contrário, não se trata de argumentos, mas de meras afirmações), quanto mais fundamentado o discurso jurídico, mais racional ele será. Isto é, a *racionalidade* do discurso (tanto jurídico quanto prático geral) está intrinsecamente relacionada com sua *justificabilidade*.

Casos Trágicos

Se *casos difíceis* demandam alta carga de argumentação – para que se solucione ambiguidade, antinomia ou especialmente lacuna normativa –, elevada carga argumentativa é também requerida pelos chamados *casos trágicos*.

Conforme Manuel Atienza, *casos trágicos* são aqueles em que não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. Por isso, nos *casos trágicos*, não se estaria diante de diferentes alternativas, mas sim de um dilema.⁵

Enquadrando os *casos trágicos* na estrutura do pensamento de Robert Alexy, esses são casos em que sempre se está diante de uma *colisão principiológica*, porquanto os valores centrais de um sistema jurídico estão disciplinados em princípios, especialmente nos princípios constitucionais e, dentre eles, nos princípios constitucionais fundamentais, que fixam direitos fundamentais.

Na solução dessas colisões, qualquer decisão implica a grave afetação ou sacrifício do princípio preterido, conforme a *lei da ponderação* – “quanto maior o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro”⁶ (tradução livre).

Casos trágicos são o exemplo clássico de *empate* na *fórmula do peso*⁷ alexyana, pois ambos os princípios colidentes têm *alto peso abstrato* (ambos são princípios constitucionais de direitos fundamentais), do que decorre a *elevada importância de sua satisfação* e, quanto maior a importância do cumprimento de um princípio, *maior a afetação* no princípio oposto.

Embora haja similitudes no tratamento dos *casos trágicos* por Atienza e Alexy, da análise sistêmica do pensamento alexyano, resultam divergências cruciais em relação às

⁵ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy, 2003, p. 131, 226; ATIENZA, Manuel. Los limites de la interpretación constitucional – de nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía*, v. 6, p. 7-30, 1997, p. 19.

⁶ No original: “the greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other”. ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Tradução de J. Rivers. Oxford: Oxford Press, 2002, p. 102.

⁷ Cf. ALEXY, Robert. The weight formula. In: STELMAECH, Jerzy et al. *Studies in the Philosophy of Law: frontiers of the economic analysis of law*. Cracóvia: Jagiellonian University Press, p. 9-27, 2007.

conclusões apresentadas por Atienza, um dos juristas que mais se dedicou ao estudo dessa temática.

Da abordagem dos *casos trágicos*, Atienza extrai três conclusões, diretamente inter-relacionadas e expostas de forma interdependente⁸. Segundo o autor espanhol, nos *casos trágicos*:

- 1) *Não há resposta correta*;
- 2) Há uma *limitação da racionalidade jurídica*;
- 3) Como não há uma resposta boa, opta-se pelo *mal menor*.

Atienza justifica a conclusão (1), dizendo que, nos *casos trágicos*, o sistema jurídico não oferece uma resposta correta para a situação, porque não há como encontrar uma solução que não sacrifique um valor considerado fundamental. Disso resultaria uma “contradição interna” ao sistema jurídico, sendo então impossível ao juiz decidir sem infringir esse sistema.⁹

Acrescenta a conclusão (2), afirmando que a existência dos *casos trágicos* seria, em si, um limite à racionalidade jurídica, na medida em que não há razões no sistema jurídico que forneçam sua solução. O juiz teria que recorrer, então, a critérios do *razoável*, isto é, segundo Atienza, a critérios situados entre a *racionalidade estrita* e a pura e simples *arbitrariedade*.¹⁰

E termina por chegar à conclusão (3), ressaltando que a limitação da racionalidade jurídica nos *casos trágicos* não significa, contudo, a “perda total” de controle racional na tomada de decisões. A falta de uma resposta que possa ser qualificada como correta ou boa não significa que todas as possíveis alternativas sejam equiparáveis, pois do fato de não haver “boa resposta” não decorre a impossibilidade de se identificarem respostas piores e melhores. Por isso, conforme Atienza, o que se deve fazer em tais situações “é sinceramente optar pelo mal menor”.¹¹

No entanto, todas as três conclusões são incabíveis no pensamento alexyano.

Correção

Em relação à conclusão (1), é sabido que, diversamente de Dworkin, Alexy não concebe a existência de uma *única* resposta correta no discurso jurídico. Desenvolvendo-

⁸ ATIENZA. Los límites de la interpretación constitucional, nota 5, p. 08, 13, 26.

⁹ ATIENZA. Los límites de la interpretación constitucional, nota 5, p. 15, 19.

¹⁰ *Ibid.*, p. 08, 26.

¹¹ *Ibid.*, p. 25-26.

se a argumentação jurídica dentro do amplo âmbito do *discursivamente possível* – ou seja, entre o discursivamente necessário e o discursivamente impossível –, a possibilidade de mais de uma resposta correta no Direito é plausível e permanente. No entanto, o ponto fulcral é que *a resposta dada deve ser correta* (independentemente de ser o caso fácil, difícil ou trágico).¹²

A *correção* da resposta é aferida pela *fundamentação* da decisão. Isto é, o critério de correção está nas *razões* que justificam a decisão. Se ela está fundamentada, está correta. E toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de arbítrio.

Não há dúvida de que tanto a *qualidade* da fundamentação quanto sua *extensão* podem variar. Afinal, a fundamentação pode ser melhor ou pior (qualidade), bem como maior ou menor (extensão). Duas das regras da argumentação jurídica elaboradas por Alexy, embora digam respeito diretamente à estrutura *formal* de inferência lógica das premissas na denominada *justificação interna* (silogismo jurídico), têm influência na qualidade e extensão da fundamentação no discurso jurídico:

(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.¹³

A regra J.2.4 influencia na qualidade da argumentação jurídica na medida em que ela será tão melhor (mais clara e mais organizada) quanto maior a *pertinência lógica* das expressões utilizadas na fundamentação de suas premissas. Essa pertinência lógica é demonstrada no curso da argumentação e quanto melhor demonstrada, maior o consenso (ou menor a disputa) a respeito. Para tanto, segundo a regra J.2.5, devem ser desenvolvidas tantas etapas quanto necessárias (ou possíveis) no curso da argumentação. Isto é, a fundamentação deve ser tão extensa quanto possível.

Como ressaltado, essas duas regras dizem respeito à forma, à estrutura da argumentação jurídica. A correção do *conteúdo* das premissas trazidas para o discurso jurídico é verificada no que Alexy denomina *justificação externa*. Como a margem do

¹² ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation – The theory of rational discourse as theory of legal justification*. Tradução de R.Adler e N.MacCormick. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 179.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda H. Schild Silva, Revisão tradução por Cláudia Toledo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

discursivamente possível é muito ampla, as premissas da argumentação jurídica podem ser de tipos bastante diferentes. Alexy os distingue em (1) regras de direito positivo; (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo. Os métodos para fundamentação de cada tipo de premissa são diferenciados. As regras de direito positivo devem ter demonstrada sua conformidade com os critérios de validade do sistema jurídico. Na fundamentação das premissas empíricas, há várias formas de se proceder, mas se podem citar os métodos das ciências empíricas, as máximas da presunção racional, as regras de ônus da prova no processo. Na fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo, aplicam-se as regras da argumentação jurídica. Considerando a diversidade de premissas possíveis no discurso jurídico, Alexy reúne seis grupos de regras e formas de justificação externa: (1) de interpretação, (2) da argumentação da Ciência do Direito (dogmática), (3) do uso dos precedentes, (4) da argumentação prática geral, (5) da argumentação empírica e (6) das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos.¹⁴

Em virtude do recorte temático deste artigo, não é cabível maior detalhamento na análise do desenvolvimento das formas e regras justificação interna e externa de decisões judiciais. Aqui importa saber que a determinação da correção da decisão está na sua fundamentação e que critérios há (e eles são diversos) para a aferição da qualidade racional da fundamentação no discurso jurídico.

É de se acrescentar que, embora correta, a resposta não é necessariamente *definitiva* – como todas as respostas, devido à *falibilidade* ou *falseabilidade* da ciência.¹⁵ No entanto, uma resposta correta somente pode ser refutada se melhores razões fundamentarem outra decisão como melhor argumento. Consequentemente, não apenas o consenso, mas o dissenso é também fundado, ou seja, tanto afirmação quanto refutação de argumentos vinculam-se às noções de correção e racionalidade.

Destaque-se ainda que Atienza equipara a ausência de uma resposta correta nos *casos trágicos* (i) a uma “contradição interna” ao sistema jurídico, (ii) o que levaria o juiz a infringi-lo. Novamente, nenhuma das duas assertivas aplica-se, porém, aos *casos trágicos* segundo o pensamento alexyano, pois (i) nem a *colisão* principiológica se trata de uma *contradição interna*, (ii) nem, muito menos, a *solução* dessa colisão se dá mediante *infração* ao sistema jurídico.

¹⁴ *Ibid.*, p. 223.

¹⁵ Cf. KUHN, Thomas. *The structure of scientific revolutions*, Chicago: University of Chicago Press, 1970.

Em matéria principiológica, colisões são absolutamente recorrentes, em especial no caso de direitos fundamentais. Se a *textura aberta* é característica das normas jurídicas, dentre elas, as normas *constitucionais* são aquelas cujo texto é mais indeterminado e impreciso. Dentre as normas constitucionais, marcadamente as normas principiológicas que declaram *direitos fundamentais* são as mais vagas, em virtude da amplitude de seu suporte fático e da densidade de sua carga axiológica. Solucionar essas colisões entre princípios sem infringir o sistema jurídico é não apenas possível, mas devido. O juiz deve decidir mediante *ponderação* com base nas normas do próprio sistema jurídico.¹⁶

Racionalidade

Quanto à conclusão (2), deve-se esclarecer que não apenas nos *casos trágicos* se utilizam “critérios do *razoável*”, mas *razoabilidade* é a expressão da *racionalidade* em todos os discursos práticos, dos quais o discurso jurídico é um caso especial. Alexy usa, em lugar do termo *razoabilidade*, a expressão *racionalidade prática*. Todo discurso jurídico – seja ele referente a um caso fácil, difícil ou trágico –, é pautado na *razoabilidade* ou *racionalidade prática*. A *racionalidade* (prática) não é maior nem menor nos *casos trágicos*.

Retomando Kant¹⁷, Alexy explica que o que diferencia o *razoável* do *racional* é sua natureza *moral*. O *razoável*, na esfera da *racionalidade prática*, voltada para o agir humano, relaciona-se com o imperativo *categórico*; o *racional*, na esfera da *racionalidade teórica*, voltada para a realidade empírica, relaciona-se com o imperativo *hipotético*.

A *racionalidade* é pautada em três critérios: *correção lógica*, guiada pela noção de *coerência*; *ordenação meio-fim*, guiada pela noção de *eficiência*; *verdade empírica* ou *confiabilidade*, guiada pela noção de *generalizabilidade*. A *razoabilidade*, por sua vez, inclui os critérios de *racionalidade*, somando a eles o critério *valorativo*, os valores do *correto* e do *bom* (ou seja, os valores *correção* e *bem*).¹⁸

Assim, o *razoável* contém elementos morais, o *racional*, não. Ou ainda, como ensinava von Wright, “o *razoável* é, obviamente, também *racional* – mas o ‘meramente *racional*’ nem sempre é *razoável*”¹⁹ (tradução livre).

¹⁶ A solução se dará pela aplicação da máxima da proporcionalidade, com a *ponderação* dos princípios colidentes (após a análise de *adequação* e *necessidade* dos meios utilizados no caso concreto).

¹⁷ Cf. KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Tradução de H.J.Paton. Nova York: Harper & Row, 1964.

¹⁸ ALEXY, Robert. The reasonableness of law. In: BONGIOVANNI, Giorgio et al. (orgs.). *Reasonableness and Law*. Dordrecht-Heidelberg-Londres-Nova York: Springer, p. 5-15, 2009, p. 6.

¹⁹ No original: “the reasonable is, of course, also rational – but the ‘merely rational’ is not always reasonable”. VON WRIGHT, Georg Henrik. Images of science and forms of rationality. In: VON WRIGHT, Georg Henrik.

À racionalidade prática, relativa ao *conteúdo* do discurso jurídico, soma-se a racionalidade *discursiva*, referente à *forma* de condução do discurso, ou seja, a como devem agir os falantes para que seu discurso seja racional, de modo a se alcançarem respostas formalmente corretas. Para tanto, devem ser cumpridas as *regras da argumentação jurídica*²⁰, dentre as quais estão as elementares *regras de razão*, que determinam a *igualdade*²¹ e *liberdade*²² *discursivas*; além de *regras fundamentais*, como não contradição²³, sinceridade²⁴, consistência²⁵; de *regras de fundamentação*, como a troca de papéis²⁶; realizabilidade²⁷, ensinabilidade²⁸; *regras da justificação interna*, como a saturação dos argumentos e outros parâmetros regulativos da argumentação jurídica.²⁹

Desse modo, não há dúvida de que, no discurso jurídico – seja ele relativo a um caso fácil, difícil ou trágico –, os critérios de racionalidade são distintos dos critérios de racionalidade do discurso empírico das ciências da natureza. Entretanto, *distinção* de racionalidade não significa *diminuição* ou (menos ainda) *ausência* de racionalidade. Ao contrário, a racionalidade prática presente no discurso jurídico não apenas não exclui, mas antes engloba os critérios da racionalidade do discurso empírico, a eles acrescentando critérios valorativos. Aos critérios de ambas as dimensões da racionalidade, somam-se ainda as regras que dirigem a racionalidade do discurso.

Assim, critérios de racionalidade há vários. A *carga argumentativa* para se chegar a uma decisão pode variar e, sem dúvida, será mais leve nos *casos fáceis* (cujas respostas é

The tree of knowledge and other essays. Leiden: Brill, p. 172-192, 1993, p. 173.

²⁰ ALEXY, nota 13, p. 279-284.

²¹ (1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.

²² (2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.

(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.

(c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades.

²³ (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.

²⁴ (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.

²⁵ (1.3) Todo falante que aplique um predicado *F* a um objeto *A* deve estar disposto a aplicar *F* também a qualquer objeto igual a *A* em todos os aspectos relevantes.

(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

²⁶ (5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de se encontrar na situação daquelas pessoas.

²⁷ (5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados.

²⁸ (5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.

²⁹ Alexy esclarece que, para que o discurso seja racional, não é necessário o cumprimento de *todas* as regras da argumentação jurídica (quantidade), nem que elas sejam seguidas na sua *integralidade* (qualidade), mesmo porque há regras que somente permitem um cumprimento aproximado. Por isso, o conceito de violação de uma regra do discurso deve determinar-se de maneira distinta segundo o caráter diverso das diferentes regras. No caso de regras não ideais, como a não contradição, é, em princípio, sempre determinável se há ou não violação. As regras ideais como universalidade de participação e universalidade de acordo, ao contrário, cumprem-se de maneira apenas aproximada. Cf. ALEXY, nota 12, p. 207, nota de rodapé 88.

encontrada imediatamente no direito positivo) e mais pesada tanto nos *casos difíceis* (nos quais se deve solucionar ambiguidade, antinomia ou lacuna legal no direito positivo), quanto nos *casos trágicos* (nos quais, independentemente da resposta a que se chegue, haverá grave afetação ou sacrifício de princípio fundamental). No entanto, o ponto é que argumentativamente – ou seja, por meio de fundamentação desenvolvida no número de etapas necessárias para que as expressões utilizadas sejam indiscutíveis – chega-se a respostas e essas respostas são corretas justamente porque não foram arbitrariamente lançadas, mas fundamentadamente demonstradas.

Mal menor

Finalmente, importantes questões estão envolvidas na conclusão (3) de Atienza, com a afirmação de que, nos *casos trágicos*, o que se faz é “optar pelo mal menor” e não por uma resposta correta.

A primeira questão é que Atienza coloca que isso decorre da limitação da racionalidade jurídica, mas que essa limitação não significa “perda total” da racionalidade jurídica – afinal, ainda que não haja uma resposta correta, há respostas piores e melhores. A pergunta que então imediatamente se coloca é qual é o “grau mínimo” de racionalidade exigido para que não se chegue ao arbítrio? Em outras palavras, qual é o limite permitido à limitação da racionalidade?

Permitir que se perca “um pouco” de racionalidade, mas não se perca “tudo” é admitir grau de insegurança jurídica incompatível com o Direito. Para esse fim, o Estado de Direito criou o direito positivo desde o século XVIII. Reconhecer a dificuldade de se chegar a uma decisão em virtude de ambiguidade, antinomia ou lacuna legal ou reconhecer o aspecto trágico da decisão em virtude do sacrifício de princípio fundamental *não significa* admitir que a decisão possa ser irracional ou “um pouco” irracional. Significa, sim, demanda de maior *carga argumentativa*, o que aumenta a dificuldade na fundamentação racional. Mas *dificuldade* não apenas não é sinônimo de *impossibilidade* de tratamento racional do caso, como é *sempre* devida.

O segundo ponto que deve ser destacado em relação à conclusão de Atienza de que, nos *casos trágicos*, a decisão não é boa, mas a melhor dentre as possíveis, está no fato de que uma resposta *boa* não significa uma resposta *correta*.

Dizer que uma resposta é “boa”, “melhor” ou “pior” do que outra não tem relação com a identificação de uma resposta como “correta” ou não. *Bem* não é sinônimo de

correção. Qualificar uma decisão como boa ou má é fazer um *juízo de valor* (segundo o critério do *bom*) sobre uma proposição que enuncia um *juízo de dever* conforme o direito positivo (segundo o critério do *correto*).

A decisão pode ser *correta*, mas não ser *boa*. Será correta, se fundamentada segundo critérios objetivos; em primeiro lugar, segundo o *direito positivo*, que é o argumento institucional elementar do discurso jurídico. Mas o julgamento da resposta como boa ou má dependerá dos *valores morais* da sociedade. Aqui se está no domínio do discurso *prático geral* e não mais do discurso *jurídico*. A primeira consequência necessária dessa situação é a maior abertura ao *dissenso* no entendimento dessa decisão como boa ou má. Se, no discurso jurídico, que tem como conteúdo argumentos institucionais, não há uma única resposta correta, muito menos há essa unicidade de resposta no discurso prático geral, formado por argumentos não institucionais.

Os argumentos não institucionais do discurso prático geral são compostos por razões não autoritativas, classificadas por Habermas³⁰ como *pragmáticas*, *éticas* ou *morais*:

- 1) Razões *pragmáticas* são relacionadas com a escolha de técnicas e estratégias de ação, fundadas especialmente no critério da *utilidade* ou *eficiência*. Por elas, buscam-se *meios* apropriados para a realização de interesses, preferências e determinados *fins*;
- 2) Razões *éticas* surgem quando participantes do discurso procuram obter clareza sobre sua *forma de vida* e os *ideais* que orientam seus *projetos comuns* de vida. Decisões éticas resultam, portanto, do *autoentendimento cultural e político de uma comunidade*. Relacionam-se às tradições, refletem a identidade de uma sociedade particular, vão além dos fins subjetivos, segundo um comportamento que seja “bom para nós”;
- 3) Razões *morais* são levantadas quando os participantes no discurso buscam identificar não apenas o que é “bom para nós”, mas o que é igualmente bom “para todos”. Normas morais têm um conteúdo que poderia ser aceito por todos como correspondente aos interesses de todos (universalidade). De acordo com Maeve Cooke, uma norma somente é aceita por razões morais, quando atribui igual consideração aos interesses de qualquer um afetado por ela.³¹

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms – Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996, p. 151-168.

³¹ COOKE, Maeve. Law's Claim to Correctness. In: PAVLAKOS, George (org.). *Law, Rights and Discourse – The legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart Publishing, p. 225-247, 2007, p. 236.

No discurso jurídico, há a integração entre argumentos institucionais e não institucionais. É possível então a utilização de distintas razões na fundamentação dos casos concretos:

- 1) *Casos fáceis* – majoritariamente decididos com base em razões autoritativas (direito positivo);
- 2) *Casos difíceis* – os argumentos institucionais têm sua lacuna integrada por razões autoritativas (analogia) e não autoritativas (discurso prático geral), as quais podem ser utilizadas, outrossim, para o esclarecimento de ambiguidades nos argumentos institucionais ou de antinomia entre eles;
- 3) *Casos trágicos* – razões autoritativas e não autoritativas são utilizadas para justificar qual das respostas corretas deverá prevalecer.³²

“Abundância” de respostas corretas

Na verdade, portanto, dentro dos parâmetros da teoria argumentação jurídica de Robert Alexy, *casos trágicos* seriam exemplo propriamente não de “falta” de respostas corretas, mas, ao contrário, de “abundância” delas.

Isso porque, nos *casos trágicos*, há colisão entre princípios de direitos fundamentais e um deles é gravemente afetado ou sacrificado. Tais princípios estão majoritariamente expressos nas normas de direito fundamental positivadas – embora haja também aqueles dispostos em normas de direito fundamental atribuídas ou associadas.³³ Dessa forma, está-se lidando com normas que fazem parte do direito positivo e a resposta ao caso se baseará nessas normas. Assim, as respostas para os *casos trágicos* se encontram majoritariamente no direito positivo.

Como exposto, o juiz, ao elaborar sua resposta, não apenas não infringe o sistema, como desenvolve toda a fundamentação com apoio em argumentos institucionais. Sua

³² Além desses casos, há ainda a hipótese de decisões *contra legem*. Em observância aos princípios formais da *segurança jurídica* e da *legalidade*, os argumentos institucionais são vinculantes e devem prevalecer, a não ser que *razões morais, éticas e pragmáticas* atribuam um peso maior aos argumentos não institucionais. Assim, decisões *contra legem* são casos excepcionais em que razões não autoritativas superam razões autoritativas. Essa situação relaciona-se com a regra J.7 da teoria da argumentação elaborada por Alexy, sobre a qual se discorrerá adiante.

³³ Essas são as normas por Alexy denominadas *zugeordnete Grundrechtsnormen*. São normas de direitos fundamentais estabelecidas não diretamente pelo texto constitucional, mas atribuídas ou associadas a direitos fundamentais expressos mediante correta fundamentação pela doutrina e pela jurisprudência. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p. 57-63.

decisão será em favor de um princípio ou em favor do princípio oposto e ambas as decisões possuem argumentos para sua fundamentação. Em outras palavras, nos *casos trágicos*, não apenas há respostas corretas, como há *duas* respostas corretas e elas são *opostas entre si*. Nesse ponto reside a tragédia do caso.

Direito, Estado Democrático – Crítica

Finalmente, é essencial destacar, porém, que a afirmação de que a resposta dada ao caso concreto – seja ele fácil, difícil ou trágico – deve ser correta, definitivamente, não se trata de uma supervalorização do direito dos Estados Democráticos como “o melhor dos mundos juridicamente imagináveis”, conforme expôs Atienza.³⁴

A afirmação de que a decisão judicial deve ser correta (ainda que não haja uma única resposta correta no discurso jurídico) não decorre de uma crença exegética anacrônica na perfeição do direito positivo ou na sua completude. Trata-se simplesmente de primazia à *segurança jurídica* em lugar de subjetivismo voluntarista e de proteção à *legitimidade democrática* contra o autoritarismo decisionista.

Asseverar que a resposta deve ser correta significa apenas exigir o elementar para sua *controlabilidade*: a decisão deve ser *fundamentada* em *argumentos* pautados em critérios *objetivos*. No discurso jurídico, a objetivação de parâmetros já começa com a *institucionalização* dos seus argumentos em leis e precedentes. O direito positivo é o primeiro parâmetro objetivo no qual se deve pautar a decisão. No entanto, da objetividade advinda da positivação do direito não decorre a *exclusividade* do direito positivo como conteúdo do discurso jurídico.

O discurso jurídico não é um caso “distinto” do discurso prático geral, mas um caso *especial* desse discurso. Corolário necessário dessa afirmação é que, embora os argumentos institucionais tenham *prima facie* um maior peso na argumentação jurídica, na medida em que o discurso jurídico é um *caso especial* do discurso prático geral, os argumentos práticos gerais não estão excluídos dele. Ao contrário, argumentos práticos gerais e argumentos jurídicos *se complementam*. É exatamente isso que Alexy esclarece com a adoção da *tese da integração* entre a argumentação jurídica e a argumentação prática geral, segundo a qual “o uso de argumentos especificamente jurídicos deve unir-se, em todos os níveis, aos

³⁴ ATIENZA. *As razões do Direito*, nota 5, p. 225-226.

argumentos práticos gerais”.³⁵ Aduz ainda que a “argumentação prática geral constitui por isso o fundamento da argumentação jurídica”.³⁶

Assim, não são acertadas as críticas de Atienza à teoria da argumentação jurídica de Alexy no sentido de que o autor (i) consideraria que “o direito positivo sempre proporciona pelo menos uma resposta correta”;³⁷ e, com isso, (ii) teria uma visão excessivamente positiva e acrítica do direito moderno dos Estados Democráticos de Direito, acreditando que é então sempre possível fazer justiça “de acordo com o Direito”.³⁸

Alexy não apenas concebe a hipótese de não haver resposta correta no direito positivo, como literalmente expressa esse pensamento em uma das regras da argumentação jurídica:

(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, *a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos*.³⁹ (grifos acrescidos)

De acordo com essa regra, a argumentação jurídica é imediatamente vinculada ao direito positivo, que é efetivamente a fonte primária do Direito (leis no *civil law* e precedentes no *common law*). Por isso, os argumentos imediatamente fundados no direito positivo são preponderantes. Mas, novamente, “preponderância” não significa “exclusividade”. Da ligação da argumentação jurídica ao direito vigente não decorre nem sua *identificação* com o direito positivo, nem sua *redução* a ele, nem ainda a *suficiência* desse direito.

No entanto, a regra citada não determina quando há *fundamentos racionais* para atribuir um *peso menor* aos argumentos ligados ao conteúdo literal do direito positivo (ou à vontade do legislador histórico). Isso é deixado livre para os participantes do discurso

³⁵ ALEXY, nota 13, p. 20.

³⁶ *Ibid.*, p. 269.

³⁷ ATIENZA. *As razões do Direito*, nota 5, p. 225-226.

³⁸ *Ibid.* p. 225.

³⁹ ALEXY, nota 13, p. 238. O posicionamento de Alexy em relação à insuficiência do direito positivo evidencia-se também quando justifica seu pensamento citando decisão do Tribunal Constitucional alemão – BverfGE 34, 269 (287) –, segundo a qual:

- 1) “O Direito [...] não é idêntico ao conjunto de leis escritas”;
- 2) “[em caso de lacuna legal] a lei escrita não cumpre sua tarefa de fornecer uma resolução justa para um problema jurídico”;
- 3) Uma vez que decisões jurídicas não devem ser arbitrárias, o juiz deve justificá-las com argumentos racionais, isto é, argumentos que “estão de acordo com os padrões da razão prática e das concepções gerais de justiça aceitas pela sociedade” (tradução livre). ALEXY, nota 18, p. 25.

jurídico decidirem e nesse discurso, como dito, todos os “argumentos discursivamente possíveis” (institucionais ou não) são admissíveis.

Não obstante, Atienza tem plena razão quando afirma que, na base de uma determinada concepção de argumentação, está inevitavelmente uma ideologia jurídica, que tem dimensão moral e política.⁴⁰ Contudo, a dimensão crítica de uma teoria ou pensamento não se apresenta unicamente mediante uma análise sociológica da realidade ou um discurso expresso sobre justiça e política. Uma teoria *normativa* sobre qualquer tema determina *como ele deve ser* tratado, desenvolvido. Ao ser o pensamento de Alexy fundado na noção de discurso racional, sua simples afirmação já é uma tomada de posição, uma vez que o Direito não pode ser racional sem incorporar os direitos humanos⁴¹, a começar pelas regras de razão, fundadas na liberdade e igualdade discursivas. A elas correspondem substancialmente os direitos de liberdade e igualdade, pelo que afirmar a racionalidade do Direito implica a afirmação dos direitos humanos. Na medida em que esses direitos somente são viabilizados no regime democrático, sua afirmação remete, por conseguinte, à afirmação do Estado Democrático de Direito. Uma única frase de Alexy resume essa relação entre Direito, racionalidade, direitos humanos e democracia, ou seja, resume a dimensão crítica do seu pensamento: “a razão requer o Direito para se tornar real e o Direito requer a razão para se tornar legítimo” (tradução livre).⁴²

Ademais, a dimensão crítica do pensamento de Alexy fica notória quando ele próprio se refere literalmente a ela na asserção da *dupla natureza* do Direito, pela qual o Direito possui, além da dimensão real (emissão autoritativa e eficácia social), uma dimensão ideal ou *crítica* (pretensão de correção).⁴³ A pretensão de correção material do Direito exige que o conteúdo do Direito seja correto. “A correção do conteúdo concerne, acima de tudo, à justiça” (tradução livre).⁴⁴

Conclusão

Casos trágicos são conceituados por Atienza como aqueles em que há o sacrifício de valor considerado fundamental jurídica e/ou moralmente. Neles, segundo o jurista espanhol,

⁴⁰ ATIENZA. *As razões do Direito*, nota 5, p. 225.

⁴¹ ALEXY, nota 18, p. 14.

⁴² No original: “reason requires law in order to become real and law requires reason in order to become legitimate”. *Ibid.*, p. 13.

⁴³ Cf. ALEXY, Robert Alexy. The dual nature of law. *Ratio Juris*, v. 23, n. 2, p. 167-182, 2010.

⁴⁴ No original: “The correctness of content concerns, above all, justice”. ALEXY, Robert. Legal certainty and correctness. *Ratio Juris*, v. 28, n. 4, p. 441-451, 2015, p. 441.

não se encontra uma resposta correta, mas sim a melhor resposta possível, pois se está diante de um dilema e o que resta ao juiz fazer é sinceramente optar pelo mal menor, o que demonstra os limites da racionalidade jurídica. Com base no pensamento de Robert Alexy, tais conclusões são demonstradas inviáveis em um Estado Democrático de Direito, único modelo de Estado compatível com direitos humanos.

Na obra alexyana, casos trágicos são enquadrados como aqueles em que há colisão de princípios (constitucionais) fundamentais e independentemente da resposta dada, um desses princípios é sacrificado. Contudo, a decisão jurídica deve ser argumentativamente fundamentada, ou seja, deve ser racional e dessa racionalidade advém sua correção. Assim, embora não haja, no discurso jurídico, uma única resposta correta, a resposta dada ao caso concreto (seja ele fácil, difícil ou trágico) deve ser correta e será correta se fundamentada racionalmente.

Racionalidade discursiva implica necessariamente liberdade e igualdade discursivas, as quais materialmente se relacionam com os direitos humanos à liberdade e igualdade. Como direitos humanos somente são possíveis em Estados Democráticos de Direito, trata-se, enfim, de questões indissociáveis: correção, racionalidade, direitos humanos, democracia. Se se está falando da realidade atual, ou seja, de Estados Democráticos de Direito, necessariamente se está falando de respostas corretas em qualquer caso, inclusive nos casos trágicos. Como em tais casos ou se sacrifica um princípio ou o princípio colidente oposto, neles não apenas há respostas corretas, mas as respostas são opostas entre si.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*, Belin: Springer, 1987.
- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Tradução de J.Rivers. Oxford: Oxford Press, 2002.
- ALEXY, Robert. The weight formula. In: STELMAECH, Jerzy *et al.* (orgs.). *Studies in the Philosophy of Law: frontiers of the economic analysis of law*. Cracóvia: Jagiellonian University Press, p. 9-27, 2007.
- ALEXY, Robert. The reasonableness of law. In: BONGIOVANNI, Giorgio *et al.* (orgs.). *Reasonableness and Law*. Dordrecht-Heidelberg-London-New York: Springer, p. 5-15, 2009.
- ALEXY, Robert. The dual nature of law. *Ratio Juris*, v. 23, n. 2, p. 167-182, 2010.
- ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation – The theory of rational discourse as theory of legal justification*. Tradução de R.Adler e N.MacCormick. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- ALEXY, Robert. Legal certainty and correctness. *Ratio Juris*, v. 28, n. 4, p. 441-451, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda H. Schild Silva, Revisão tradução por Cláudia Toledo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ATIENZA, Manuel. Los limites de la interpretación constitucional – de nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía* v. 6, p. 7-30, 1997.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito – teorias da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy, 2003.
- COOKE, Maeve. Law's Claim to Correctness. In: PAVLAKOS, George (org.). *Law, Rights and Discourse – The legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart Publishing, p. 225-247, 2007.
- DWORKIN, Ronald. Hard Cases. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, 1975.
- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms – Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg, Cambridge: MIT Press, 1996.
- KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysic of Morals*. Tradução de H.J.Paton. Nova York: Harper & Row, 1964.
- KUHN, Thomas. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1970.
- PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*, Dordrecht-Boston-Londres: Kluwer Academic Publishers, 1989.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *The new rethoric – A treatise on argumentation*, Notre Dame: Notre Dame Press, 1969.
- TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*. Cambridge, 1958.
- VON WRIGHT, Georg Henrik. Images of science and forms of rationality. In: VON WRIGHT, Georg Henrik *The tree of knowledge and other essays*. Leiden: Brill, p. 172-192, 1993.