



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DE RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANTÔNIO DE LISBOA DE ANDRADE

**A PLAUSIBILIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
ABERTA À AXIOLOGIA COMO APROXIMAÇÃO LINGUÍSTICA ENTRE A
DESCRIÇÃO E A PRESCRIÇÃO NA DECISÃO JURÍDICA**

Recife
2024

ANTÔNIO DE LISBOA DE ANDRADE

**A PLAUSIBILIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
ABERTA À AXIOLOGIA COMO APROXIMAÇÃO LINGUÍSTICA ENTRE A
DESCRIÇÃO E A PRESCRIÇÃO NA DECISÃO JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós Graduação em Direito da
Universidade Federal de Pernambuco,
Centro Acadêmico de Ciências Jurídicas,
para a obtenção do título de Mestre em
Direito. Área de concentração: Teoria do
Direito e Justiça.

Orientador: Dr. Andreas Joachim Krell

Recife

2024

Catálogo de Publicação na Fonte. UFPE - Biblioteca Central

Andrade, Antônio de Lisboa de.

A plausibilidade de uma interpretação constitucional aberta à axiologia como aproximação linguística entre a descrição e a prescrição na decisão jurídica / Antônio de Lisboa de Andrade. - Recife, 2024.

151f.: il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2024.

Orientação: Andreas Joachim Krell.

Inclui referências.

1. Decisão jurídica; 2. Princípios; 3. Valores; 4. Hermenêutica axiológica. I. Krell, Andreas Joachim. II. Título.

ANTÔNIO DE LISBOA DE ANDRADE

**A PLAUSIBILIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
ABERTA À AXIOLOGIA COMO APROXIMAÇÃO LINGÜÍSTICA ENTRE A
DESCRIÇÃO E A PRESCRIÇÃO NA DECISÃO JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós Graduação em Direito da
Universidade Federal de Pernambuco,
Centro Acadêmico de Ciências Jurídicas,
para a obtenção do título de Mestre em
Direito. Área de concentração: Teoria do
Direito e Justiça.

Aprovado em: 12/12/2024.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE
Universidade Federal de Alagoas - UFAL

Prof. Dr. Pedro Parini Marques de Lima (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Maurício Sandro de Lima Mota (Examinador Externo)
Instituto Federal da Paraíba – IFPB

O mais belo amor não é o que se vive, mas

aquele que se ama sem poder viver!

Antônio de Lisboa de Andrade.

Dedico este trabalho

Aos meus queridos pais e instrutores na arte de viver, Manoel, *in memoriam* e, Josefa Maria, porque a sabedoria se encontra no âmago da integridade humana.

Aos meus fraternos.

E a todos os homens e mulheres de espírito livre.

AGRADECIMENTOS

Meu coração transborda de gratidão a Deus por cada amanhecer, pelo dom da vida e pela oportunidade de experimentar a beleza de Sua criação. A cada passo, sinto Suas bênçãos me guiando, mesmo nas adversidades, transformando as dificuldades em aprendizado e crescimento. Sou grato pela infinita misericórdia, que me acolhe nos momentos de fraqueza, e pela graça que renova minhas forças, lembrando-me de que, em Sua presença, nunca estou só. Cada respiração é um testemunho do Seu amor incondicional, que sustenta meu espírito e me enche de paz em busca de sonhos.

Agradeço a Deus pelo dom do amor, que Ele manifesta nas pequenas e grandes coisas da vida. Pelos amigos e familiares que me cercam, pelos desafios que me moldam e pela esperança que me faz olhar o futuro com fé. Sua sabedoria está presente em cada detalhe do universo, e meu coração repousa na certeza de que tudo coopera para o bem daqueles que O amam. Com humildade, ofereço minha gratidão, sabendo que Seu amor excede todo entendimento, e por isso, a Ele, toda honra, glória e louvor para sempre.

Aos melhores amigos, os que estiveram comigo nas alegrias e, principalmente, nas horas difíceis, meu mais profundo agradecimento, visto que são as mãos estendidas quando o peso do mundo parece insuportável, as vozes que me encorajam quando o silêncio da dúvida me consome, e os abraços que aquecem minha alma nos momentos de incerteza. Em vocês encontro força, compreensão e a certeza de que não caminho sozinho. A amizade de vocês é um presente inestimável, e sou eternamente grato por terem escolhido estar ao meu lado, mesmo nas tempestades mais sombrias.

Aos meus queridos irmãos, toda minha gratidão por estarem ao meu lado durante essa jornada desafiadora, especialmente Edivoneide Andrade e Jesus Andrade. Desde o início, vocês foram meu alicerce, vibrando com cada pequena conquista, oferecendo palavras de incentivo nos momentos mais difíceis e acreditando em mim até quando eu pensava em desistir. Este resultado não é só meu, mas de todos nós, que sempre caminhamos juntos, e sou imensamente grato por termos compartilhado cada passo desta caminhada.

Meu mais sincero agradecimento ao querido orientador, Professor Dr. Andreas Krell, cuja sabedoria, compreensão e paciência foram essenciais para o sucesso desta jornada acadêmica. Sua orientação ao longo do processo, sempre incentivando o pensamento crítico e o aprofundamento nas questões mais complexas, foi fundamental para o desenvolvimento do meu trabalho. A confiança que depositou em mim, somada às

suas valiosas contribuições, fez toda a diferença, e sou imensamente grato por tê-lo como mentor nesta caminhada.

Também expresso minha gratidão à Universidade Federal de Pernambuco e ao Programa de Pós-Graduação em Direito, que me proporcionaram uma formação de excelência. Aos professores, que com generosidade compartilharam seus conhecimentos, e aos servidores, cujo trabalho silencioso e dedicado mantém o funcionamento impecável da instituição, o meu muito obrigado. Essa conquista é fruto de um esforço conjunto, e sou profundamente agradecido por fazer parte dessa comunidade acadêmica que tanto enriqueceu minha trajetória.

Aos leitores da minha dissertação, especialmente aos examinadores, manifesto minha sincera gratidão pela atenção dedicada à análise e reflexão sobre o trabalho que tanto me empenhei em realizar. Suas observações, críticas e sugestões são de inestimável valor, não apenas para o aperfeiçoamento deste estudo, mas também para o meu crescimento acadêmico e pessoal. O tempo e, o cuidado que dedicaram à leitura representa um apoio essencial nessa jornada, por isso sou imensamente grato a cada um, haja vista que as observações feitas contribuíram para o aprofundamento e qualidade deste trabalho.

Ostras são moluscos, animais sem esqueletos, macias, que representam as delícias dos gastrônomos. [...] Sem defesas – são animais mansos – seriam uma presa fácil dos predadores. Para que isso não acontecesse, a sua sabedoria as ensinou a fazer casas, conchas duras, dentro das quais vivem. [...] Eram ostras felizes. [...] Com uma exceção: de uma ostra solitária que fazia um solo solitário. Diferente da alegre música aquática, ela cantava um canto muito triste. [...] Não era depressão. Era dor. Pois um grão de areia havia entrado dentro da sua carne e doía, doía, doía. E ela não tinha jeito de se livrar dele, do grão de areia. Mas era possível livrar-se da dor. [...] bastava envolvê-lo com uma substância lisa, brilhante e redonda. Assim, enquanto cantava seu canto triste, o seu corpo fazia o trabalho [...]. Um dia passou por ali um pescador com o seu barco. Lançou a rede e toda a colônia de ostras, inclusive a sofredora, foi pescada. [...] sua mulher fez uma deliciosa sopa de ostras. Deliciando-se com as ostras, de repente seus dentes bateram num objeto duro que estava dentro de uma ostra. Ele o tomou nos dedos e sorriu de felicidade: era uma pérola, uma linda pérola. Apenas a ostra sofredora fizera uma pérola. Ele a tomou e deu -a de presente para a sua esposa. [...] São os que sofrem que produzem a beleza, para parar de sofrer. (Alves, 2014, pp. 12-13).

RESUMO

Esta pesquisa funda-se na discussão sobre a plausibilidade de uma interpretação do direito constitucional aberta à axiologia no processo de permitir uma aproximação metódica entre *descrição* e *prescrição* em âmbito da decisão jurídica, neste sentido, trata-se de uma interpretação que considera em equilíbrio a trilogia, fato, valor e norma, elaborada por Pfordten enquanto pressupostos de uma análise que se reconhece essencialmente valorada. Trata-se de uma problemática modeladora de direito em contraposição aos clássicos métodos de interpretação, os quais, se apresentaram insuficiente para solucionar os conflitos em casos complexos por desconsiderarem a presença axiológica na interpretação. O intento principal consiste em averiguar a possibilidade de uma interpretação e aplicação do direito fundamentada na axiologia dos valores, isto é, considerando a importante equivalência dos valores ao fato e à norma. Para tanto, é necessário abordar o dualismo, *ser* e *dever ser*, correspondente a um empecilho para uma argumentação racional orientada à valores, uma vez que, se apresenta como teoria frágil na decisão judicial, por isso, a necessidade de uma hermenêutica da decisão jurídica amparada por uma axiologia dos valores. Assim busca-se apresentar como os princípios e valores são compreendidos na doutrina, bem como, aplicados em decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 1.235.340 de Santa Catarina, tema de repercussão geral 1068. Outrossim, far-se-á um diálogo em torno do distanciamento entre fato, valor e norma, à luz das contribuições de Krell, para se compreender melhor a importância e, presença intercessora dos valores entre descrição e prescrição, vista como uma realidade indispensável no processo decisório. Essa pesquisa realiza-se com finalidade objetivamente descritiva e, abordagem essencialmente qualitativa, sob o método hipotético-dedutivo de Popper, no intuito refutável da binariedade rígida da argumentação jurídica entre *ser* e *dever ser*. Finalmente, ao atingir os objetivos e, respondendo à indagação fundante da problemática, constata-se que é evidente uma interpretação constitucional axiológica, precisando ser calhada por uma hermenêutica dos valores que supere a dicotomia clássica fragilizada e insuficiente de responder aos anseios da decisão jurídica. Verifica-se ainda que os tribunais já praticam essa hermenêutica quando são chamados a decidir sobre princípios e valores, porém ainda mesclada de silogismos.

Palavras-chave: Decisão jurídica. Princípios. Valores. Hermenêutica axiológica.

ABSTRACT

This research is grounded in the discussion about the plausibility of a constitutional law interpretation open to axiology, allowing for a methodological approach to bridging the gap between description and prescription in legal decision-making. In this sense, it refers to an interpretation that maintains a balance between the trilogy of fact, value, and norm, as elaborated by Pfordten, serving as the foundation for an essentially value-laden analysis. This issue challenges traditional methods of interpretation, which have proven insufficient in resolving conflicts in complex cases due to their disregard for the axiological dimension in interpretation. The primary objective is to investigate the possibility of interpreting and applying the law based on the axiology of values, that is, considering the significant equivalence of values to fact and norm. To this end, it is necessary to address the dualism between "being" and "ought to be," which represents an obstacle to rational argumentation oriented toward values. This dualism appears as a fragile theory in judicial decisions, underscoring the need for a hermeneutic approach to legal decisions supported by an axiology of values. Accordingly, the research seeks to present how principles and values are understood in doctrine and applied in the Supreme Federal Court's decision in Extraordinary Appeal 1,235,340 from Santa Catarina, regarding General Repercussion Theme 1068. Furthermore, a dialogue will be established regarding the separation of fact, value, and norm, in light of Krell's contributions, to better understand the importance and intercessory presence of values between description and prescription, viewed as an indispensable reality in the decision-making process. This research adopts an objectively descriptive approach and an essentially qualitative perspective, utilizing Popper's hypothetical-deductive method to refute the rigid binarity of legal argumentation between "being" and "ought to be." Finally, in achieving its objectives and addressing the foundational question of the problem, it concludes that an axiological constitutional interpretation is evident, requiring a hermeneutic of values to overcome the classical dichotomy, which is weakened and insufficient to meet the demands of legal decision-making. It is also observed that courts already practice this hermeneutic when called upon to decide cases involving principles and values, albeit still mixed with syllogistic reasoning.

Keywords: Legal decision-making. Principles. Values. Axiological hermeneutics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
1.1 Notas introdutórias.....	13
1.2 Notas metodológicas.....	20
2 O DUALISMO ENTRE PRESCRIÇÃO E DESCRIÇÃO COMO EMPECILHO PARA UMA ARGUMENTAÇÃO DOS VALORES NA CIÊNCIA DO DIREITO	26
2.1 Os pressupostos do pensamento sobre objetividade da teoria do direito.....	26
2.2 A ontologia filosófica do pensamento sobre as dimensões descrição e prescrição	32
2.3 Deontologia dos princípios e axiologia dos valores jurídicos	41
2.4 Princípios e valores no pampricipiologismo jurídico, o que é isto?	47
2.5 Teoria da argumentação e o papel dos valores na decisão jurídica	56
3 O DISTANCIAMENTO ENTRE DESCRIÇÃO E PRESCRIÇÃO COMO FRAGILIDADE TEÓRCA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA.....	69
3.1 Uma proposta de releitura e superação do dualismo <i>ser</i> e <i>dever ser</i> na doutrina alemã	69
3.2 Racionalidade de bons argumentos e hermenêutica dos valores	85
3.3 A ponderação dos valores e o falseamento da distinção entre descrição e prescrição	94
4 HERMENÊUTICA DA DECISÃO JURÍDICA E AXIOLOGIA DOS VALORES	99
4.1 Decisão jurídica como ciência da verossimilhança e a impossível neutralidade axiológica dos argumentos.....	99
4.2 Axiologia: Uma análise do Recurso Extraordinário 1.235.340 pelo Supremo Tribunal Federal e aplicação dos valores como pretensão finalística da decisão jurídica	107
4.3 A superação da dicotomia entre o descritivo e o normativo por uma trilogia hermenêutica dos valores.....	125
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	134
REFERÊNCIAS	144

1 INTRODUÇÃO

1.1 Notas introdutórias

Devido tantas teorias filosóficas e jusfilosóficas nos séculos XIX e XX, muito se discutia, em âmbito do direito, a busca por um método que pudesse ser chamado de ciência do direito. Essa produção científica apresentou inúmeras contribuições para a tessitura jurídica, tanto teórica quanto prática, no sentido de possibilitar objetividade e segurança nas decisões proferidas por quem de competência.

Com tais perspectivas, é que a teoria pura do direito kelseniana ganha evidência na primeira metade do século XX, mormente as crises pelas quais passava a Europa, impulsionadas pelo pós-guerra, é que se expôs os sistemas jurídicos a questionamentos sobre validade, legitimidade, argumentação e, coerência com o constitucionalismo nascente.

Neste contexto é que interpretações formalistas fruto do cartesianismo e, do neokantismo, sobrepõem-se frente aos demais modos de se fazer ciência, com a justificativa de que o direito precisa ser objetivo, claro e seguro. Para tanto, somente seria possível por meio de uma ciência jurídica isenta de qualquer vestígio valorativo, uma vez que estes possuem uma carga axiológica exacerbada, fazendo com que os julgadores caíam no decisionismo e subjetivismo de suas pretensões personalíssimas.

É nesta condição científica que se elabora as teorias da separação rígida entre descrição e prescrição, obviamente, que seguindo a partitura dos antigos no que pese a distinção entre *ser* e *dever ser*. Diante dessa premissa filosófica, é que se atribui à filosofia do direito a mácula de não corresponder aos anseios do que realmente é direito, visto que por meio da teoria kelseniana, o direito é normativo, razão pela qual não mais se desperta interesse pela filosofia do direito estigmatizada como conceitos metafísicos.

Com a ótica moderna de pensar o direito, sua validade volta-se para a intitulada ciência do direito que o trata a partir do objeto de estudo que é a norma posta, uma vez que, somente ela, por ter caráter objetivo, preciso e previsível, pode estabelecer a segurança jurídica.

Neste emaranhado de teorias frutuosas dos séculos citados, é que se chega aos dias presentes com as mesmas controvérsias, sobre o que é o direito e, como esse pode ser um discurso de racionalidade suficiente para justificar e, solucionar os casos jurídicos que extrapolam as previsões legais.

No que pese o sentido do direito, em todos os métodos interpretativos, uma convergência existe, no sentido de se declarar que o direito é uma ciência pragmática, pois lida não só com normas, mas sobretudo com fatos, entretanto algumas partes recorrem ao Estado juiz para que lhe solucione com razoabilidade e coerência, situações entendidas como circunstâncias especiais ou específicas que transcendem o sistema normativo.

Partindo do pressuposto de que é dever estatal solucionar razoavelmente todas as demandas, o magistrado de espírito justificacionista, ao se deparar com um grave dilema de ter que julgar algo fora da moldura, que é seu protótipo de julgamento, isto é, o direito posto, precisa fazer uma profunda inquirição ao verdadeiro sentido do direito para a humanidade, não apenas para o caso específico.

Por sua vez, significa dizer que o magistrado se confronta com a problemática de que terá que fazer escolhas de âmbito externo para solucionar conflitos internos ao sistema judicial, ainda que essa operação tenha que fundamentar sua decisão nos princípios e valores por uma hermenêutica filosófica.

Ademais, nos casos que não possuem previsão legal, isto é, conflitos constitucionais de ordem social, política, econômica e humanitária, ressalte-se que devido as sociedades contemporâneas possuírem metamorfoses instantâneas, de modo que o que era seguro em instantes torna-se obsoleto em outro subsequente, se constata que não mais responde satisfatoriamente as balizas alhures.

Constatação que não foge à regra no direito, pois, a cada segundo surgem inúmeras situações que não estavam no radar do legislador, cabendo, pois, ao judiciário fundamentar interpretações por meio de argumentos que possam oferecer uma solução jurídica verossímil.

Eis então a problemática sob a qual se baliza estas cifras. Existe um sistema jurídico que se assume definitivamente como normativo, mas também encontra no seu bojo situações que provocam uma ruptura com o aparelho positivista, quando o judiciário tem que encarnar o direito nas suas decisões, todavia, em muitas situações, sobretudo, quando se trata de interpretação constitucional, isto é, baseada em normas de comando, a Suprema Corte, não encontra paradigma legislado para afiançar suas decisões, o que obriga recorrer aos princípios e valores¹ constitucionais por meio de uma interpretação

¹ Muitas discussões sobre a diferença entre princípios e valores já foram exauridas tal como o debate entre Alexy e Habermas, sendo este defensor da distinção forte, já aquele, juntamente com Peczenik defendiam a distinção fraca. Como aporte teórico de ideias, essa pesquisa acompanha a teoria da distinção fraca de

hermenêutica justificada pela teoria da argumentação ou retórica, como possibilidade de satisfazer às necessidades jurídica e fática.

É sobre essa problemática assombrosa dos sistemas jurídicos que esta dissertação merece ser lida e, compreendida como mais uma provocação de que a redução normativista do direito, cada dia mais, não corresponde aos anseios da ciência ou da filosofia jurídica, no que pese interpretação e, aplicação por meio de uma argumentação racional que suporte o rigor da criticidade.

Nesta rima, mas sem pretensão de esgotar a temática, é que esta pesquisa se propõe a fazer uma análise sobre a plausibilidade de uma interpretação constitucional aberta à axiologia, por meio de uma hermenêutica dos valores², como instrumento de aproximação linguística entre a *descrição* e, a *prescrição* na decisão jurídica, visto que assim se propõe o direito, porquanto, somente quando sentenciado é que se pode admitir um direito de fato.

Assim sendo, é inegável a relevância social dessa temática, pois, por meio dela será possível encontrar horizontes alternativos, para solucionar os casos em que o verificacionismo jurídico é incapaz de apresentar uma resposta equânime, por óbvio que o composto social é quem mais será beneficiado por essa ordem dos valores jurídicos, por se tratar de categorias fundamentais da própria condição humana que é argumentativa e, axiológica.

Alexy (2017a, p. 144s) de modo que princípio está no âmbito deontológico como mandamento de otimização e, valor no campo axiológico, isto é, valoração que é atribuída a algo. “Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo” (Ibidem, p. 153). Por isso que se segue nessa pesquisa a compreensão de que não é possível estabelecer uma distinção rígida entre as duas categorias visto que os princípios jurídicos de certo modo são mecanismos de articulações da dimensão axiológica e deontológica em se tratando de um Estado Constitucional (Vale, 2009, p. 155). E suma, existe essa diferença sutil, mas estão tão próximos tanto quanto o *ser* do *dever ser*.

² A Jurisprudência dos Valores possui uma abordagem filosófica ou interpretativa sobre o direito, de modo que centraliza a importância dos valores no que pese aplicação e interpretação das normas. Surgiu como uma resposta aos limites do positivismo jurídico, no sentido de que uma decisão jurídica também deve levar em conta os princípios e os valores e, não só a facticidade e a normatividade. Sua principal influência vem da filosofia axiológica, que defende os valores como elementos do sistema jurídico cultural, de modo que apresenta a função do juiz como intérprete que valora superando a mera aplicação do direito, assim, segundo essa perspectiva o direito não se dá no âmbito da lógica formal, mas da axiologia e teleologia (Lacombe, pp. 117-127).

Por sua vez, axiologia dos valores ou trilogia hermenêutica não se propõe a ser uma ideia nova, muito pelo contrário, se assemelha a continuação da jurisprudência dos valores, porém com uma proposta de superação do dualismo entre descrição e prescrição no discurso jurídico, tema que não era objeto da jurisprudência dos valores, uma vez que aqui reside o cerne da não integralização do direito justo. Assim, não só a proposta de axiologia dos valores encontra seu amparo na escolha dos valores, como apresenta uma possível superação do hiato rígido entre *ser* e *dever ser* (Pfordten, 1993, p. 230).

Portanto, não há de se falar em diferença, mas em continuidade e, ao mesmo tempo inovação ao propor a teoria de superação da rígida divisão entre facticidade e validade por meio de uma argumentação orientada a valores.

Nesta perspectiva, e diante da instabilidade das decisões jurídicas causadas pelos conflitos que requerem mais que uma dedução, percebe-se a necessidade de avaliar como os tribunais compreendem valores e princípios, bem como perpassar pela tessitura doutrinária sobre a temática da *descrição* e *prescrição* enquanto distantes e diversas uma da outra, tomando como hipótese a indagação central norteadora de toda essa pesquisa, a saber: é possível uma interpretação e aplicação do direito no processo decisório por meio de uma hermenêutica orientada a valores sem que caia no subjetivismo dos magistrados? Como garantir objetividade na argumentação jurídica decisória por meios dos valores?

Encontra-se aqui o porquê dessa investigação, pois, diante do grande cenário acadêmico que muito se produz e, de um judiciário que decide constantemente sob argumentos principiológicos e axiológicos, é altamente relevante essa temática, pois poderá revelar que a compreensão desses institutos não chegou à maturidade desejada na ordem dos tribunais, necessitando entender que talvez seja necessário flexibilizar a rigidez sistêmica dos justificacionistas decisórios, para uma trilogia hermenêutica valorativa que aproxima fato e norma, por intermédio necessário dos valores.

Embora muitos acreditem ter expurgados da decisão jurídica os valores por considerá-los apenas na condição subjetiva, não é exatamente o que se comprova ao se fazer uma singela leitura dos dispositivos sumulados, haja vista, em todas eles, o magistrado teve de escolher caminhos, selecionar argumentos, apontar soluções segundo uma argumentação ou fundamentação. Assim, indubitavelmente, mesmo mantendo os parâmetros normativos, em toda a interpretação constitucional se encontra inexoravelmente o peso dos valores, ainda que subjacente.

Nesta rima, a motivação dessa pesquisa encontra-se no modo com que o intérprete concatena seus argumentos para justificar e fundamentar suas decisões, que por mais que se pretenda objetiva, a chamada motivação da sentença é inegavelmente um axioma que encontra arrimo nos princípios e valores.

Esta discussão sobre a construção do direito não se esgota no ambiente científico, visto que, a cada dia ela ressurge vigorosamente, em cada lei posta ou em cada sentença, por isso que é clarividente que os fundamentos decisórios se valem não só dos princípios, mas também dos valores, quando a norma não é pujante, para solucionar casos especiais.

Neste diapasão, o objetivo geral da presente pesquisa é averiguar a plausibilidade de uma interpretação constitucional aberta à axiologia como aproximação linguística entre a *descrição* e a *prescrição* na decisão jurídica, longe de ser uma hermenêutica geral para interpretar o sistema, mas perquirir se em casos complexos há ou não prejuízo ao se

fundamentar as decisões jurídicas por meio de valores racionais, isto é, argumentos que devem ser submetidos ao crivo da falseabilidade jurídica, sistêmica e socialmente plausível.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos para se atingir a meta matriz dessa pesquisa, a saber: demonstrar que o dualismo rígido entre *descrição* e *prescrição* se tornara empecilho para a argumentação dos valores na ciência jurídica; segundo, apresentar o distanciamento entre facticidade e normatividade como causa de fragilidade da teoria da argumentação jurídica, e finalmente, apresentar o falseamento do dualismo entre descrição e normatividade como sendo superado por uma trilogia hermenêutica da decisão jurídica orientada a valores por meio do pensamento de Krell (2021a) leitor de Pfordten (1993).

A presente investigação se estrutura em cinco partes: introdução, desenvolvimento composto por 3 (três) capítulos, e conclusão; até então se fez uma apresentação genérica da matriz da pesquisa, passamos agora a apresentar especificamente seus objetivos.

Diante disso, o primeiro capítulo percorre a discussão referente ao dualismo entre *prescrição* e *descrição* como sendo um empecilho para uma argumentação dos valores na ciência jurídica, que se materializa por meio da sentença judicial. Partindo dos pressupostos da objetividade da teoria do direito, bem como, da ontologia filosófica sobre *ser* e *dever ser* do direito, em contrapartida a deontologia dos princípios e axiologia dos valores³ é quando se aventa a problemática do pamprincipiologismo jurídico, superado pelo papel dos valores racionais no processo decisório, ou seja, axiologia dos valores incide sobre a racionalidade do valor atribuído ao valor jurídico, longe de ser um pleonasma.

Em segundo momento, tenta-se apresentar por uma releitura das premissas anteriores fundamentada na doutrina alemã, que o distanciamento entre *descrição* e

³ Axiologia vem do grego *axios* (ἄξιος), que significa valor e, *logos* (λόγος) entendido como estudo ou discurso. Assim axiologia seria etimologicamente estudo ou teoria dos valores. Em âmbito filosófico investiga suas multifacetadas formas sobre o que considera valioso e, o porquê, além de buscar compreender suas diferentes manifestações humanas e práticas. O termo: *Axiologia dos valores* é aplicado por Vale (2009, p. 140ss) que aparentemente poderia ser entendido com pleonasma, todavia, sua proposição indica uma análise ontológica da discussão, porque estudar os valores é função da filosofia dos valores, mas estudar o valor dos valores é adentrar em uma especificidade que interessa mais à filosofia do direito, que é a própria axiologia. Neste sentido, a filosofia tem seus próprios conceitos que não se limitam a questão puramente etimológica, no caso de *axiologia dos valores* trata-se de um desses conceitos que saltam aos olhos por uma espécie de fulguração oculta à compreensão superficial. Portanto, não se trata de pleonasma, mas de evidenciar que a discussão se volta não para o valor em si, mas para o valor que é atribuído ao próprio valor.

prescrição fragiliza a teoria da argumentação jurídica como um todo, isto é, mesmo nos casos simples às decisões jurídicas mantem o hiato fato e norma, razão pela qual, ofusca-se muito mais que clareia o direito. Por isso, é necessário a racionalidade dos bons argumentos ou uma hermenêutica dos valores que proponha uma ponderação axiológica do falseamento da rígida separação entre *descrição* e *prescrição*.

No terceiro, desenvolve-se a hermenêutica da decisão jurídica e, axiologia dos valores como ciência da verossimilhança que expõe a impossibilidade da neutralidade valorativa dos argumentos judiciais, tanto é verdade que se analisa o julgado do Supremo Tribunal Federal proferido no Recurso Extraordinário 1.235.340 com repercussão geral tema 1068, analisando as premissas da tese predominante e, da sua divergência, no sentido de como os Ministros entendem princípios e valores, de modo a justificar ou não a racionalidade axiológica do acórdão.

Para maior compreensão axiologia dos valores, incide na valoração do próprio valor jurídico em equivalência interpretativa juntamente com o fato e, a norma. Por outro lado, axiologia dos conceitos, que não é objeto dessa pesquisa, volta-se mais para uma questão mais formalista e exegética como quisera a jurisprudência dos conceitos, a qual, era focada na fundamentação jurídica da interpretação lógica e sistemática dos conceitos abstratos. Sua principal influência é o próprio positivismo jurídico estrito, com uma abordagem do direito enquanto sistema autônomo, já que se trata de uma derivação de conceitos previamente estabelecidos, permitindo uma análise técnica e exegética dos conceitos. A jurisprudência ou axiologia dos conceitos se sobrepõe a previsibilidade e segurança jurídica, enquanto que a axiologia dos valores se preocupa com a argumentação racional do direito que trata os valores com a devida equivalência interpretativa juntamente com a facticidade e normatividade.

Além de demonstrar como é possível a superação da dicotomia entre descritivo e normativo por uma trilogia dos valores ou hermenêutica de terceira via, isto é, uma interpretação constitucional que equipare valoração, fato e norma, como sendo os pilares para uma decisão plausível e racionalmente jurídica, ou seja, a terceira via seria o reconhecimento da importância e aplicação dos valores equivalentes ao fato e à norma no processo decisório.

Hipoteticamente, parte-se da tese de que o modo como se compreende e, se aplica a teoria dos princípios e valores nos julgamentos, têm se revelado instável, porque desconsidera a força axiológica como condutora da argumentação, isto é, da valoração ofertada ao valor, ainda que na aplicação seja evidente a presença destes, por isso é

necessário que o julgador reconheça que a decisão jurídica não é uma extensão do seu achismo ou subjetivismo, mas também não é ausência de valores constitucionais racionalmente justificados.

Diante desse vácuo que obnubila o sentido dos princípios e valores na decisão jurídica, levantou-se uma provocação jusfilosófica, visto que se trata de uma pesquisa sobre teoria do direito e justiça, em sua linha de estudo sobre as teorias da decisão jurídica, isto é, da filosofia do direito, em investigar com arrimo a suspeita de, a *contrario sensu*, aplicar-se interpretação errônea sobre principiologia e axiologia, no que pese a pujança inegável dos valores objetivos e dos princípios, por meio de uma hermenêutica axiológica capaz de fundamentar decisões verossímeis e juridicamente razoáveis.

Em várias circunstâncias no cotidiano forense, muitos são os casos que envolvem princípios e valores, mesmo existindo um fechamento do sistema normativo, a aplicação confusa da interpretação termina, por vezes, confundindo ou até mesmo simulando uma simbiose inexistente entre princípios e valores.

Como se não bastasse, ainda se encontram decisões que insistem na negativa da aplicação dos valores pelo simples fato de limitá-los a subjetividades, todavia, os próprios fundamentos que tentam justificar a negativa, terminam por corroborar que é impossível a neutralidade axiológica na decisão jurídica, até mesmo nas decisões que recusam valor como fundamento de valoração.

Assim, para viabilizar o crivo da hipótese, realizar-se-á uma pesquisa com finalidade básica e modesta, objetivamente descritiva, sob o método hipotético-dedutivo de Popper (2013) com abordagem essencialmente qualitativa e procedimentos bibliográficos, analisando um julgado recente pelo Supremo Tribunal Federal que envolve princípios e valores.

Descritiva, porque é feita uma abordagem qualitativa dos argumentos principais dos teóricos em se tratando da interpretação e, aplicação de valores e princípios na ciência do direito.

Urge salientar, que o nosso referencial teórico é Krell (2021a), que tem sua teoria apresentada a partir do segundo capítulo. Isso pode até soar metodologicamente incorreto, pois em tese, é apresentado primeiramente aquele que irá ser a fonte basilar da pesquisa, no entanto, em razão do método adotado, preferiu-se apresentar o pensamento krelliano enquanto argumentos de falseabilidade da rígida distinção entre fato e norma adotando sua proposta de hermenêutica axiológica.

Finalmente, como o cerne da questão incide sobre interpretação, argumentação e aplicação do direito orientado por valores e princípios, se alça a possibilidade de uma hermenêutica axiológica ou trilogia hermenêutica como viabilidade para apaziguar o dissenso, construída na filtração da falseabilidade do dualismo clássico e, ensejada como modo de ser do discurso jurídico racional argumentativamente valorado.

Ratifica-se que há uma provocação sobre a necessidade de aplicação dos valores na redação jurídica, ousando afirmar que já se pratica sutilmente essa hermenêutica nos tribunais, ainda que confusa, quando em casos complexos são obrigados a decidir sem amparo normativo, o exemplo analisado é o tema de repercussão geral 1068 julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Julgado, no qual, se demonstra uma limitada compreensão da função dos valores e princípios, além de sugerir colisão inexistente, fruto de uma simbiose linguística errônea que paira na interpretação da maioria dos ministros superiores, além de um receio velado em assumir uma hermenêutica axiológica.

O problema constatado é que sem adotar os valores e princípios como fundamentos da decisão, termina-se por manipular o discurso com racionalismos. Pois pensando silogisticamente as premissas, se conclui por uma dedução que não é compatível com a hermenêutica dos argumentos valorados, causando não só uma interpretação desamparada de racionalidade lógica, mas também uma espécie de retórica de sensibilização jurídica, no sentido de que a decisão será mais correta se apresentar respostas aos anseios sociais, com o intuito político de obter uma chancela de credibilidade ofertada ao sistema jurídico e, instituições pela opinião pública.

Assim, é possível indicar que os objetivos são atendidos com a confirmação da hipótese, sugerindo que se faz necessária a adoção de uma hermenêutica dos valores para equacionar e superar a problemática do dualismo entre fato e norma, por meio da axiologia no discurso prático do direito, embora exista de forma velada, não se corresponde totalmente ao que se propõe na trilogia hermenêutica dos valores de Pfordten (1993), ademais é possível que a interpretação constitucional axiológica falseadora do formalismo clássico mantenha sua racionalidade e, objetividade dos discursos decisórios.

1.2 Notas metodológicas

Este trabalho científico tem por escopo a teoria da decisão jurídica fundamentada por princípios e valores, dialogando especialmente com Dworkin, Alexy, Pfordten e,

Krell, no que diz respeito às suas concepções epistemológicas sobre a possibilidade de uma interpretação constitucional que envolva uma hermenêutica axiológica como fundamentação racional no processo decisório, para tanto, se pretende seguir procedimentos primários como paradigma básico, de modo a encontrar alguma estratégia que possa lançar a genética de uma possível trilogia hermenêutica como emancipação valorativa da decisão judicial.

Para a consecução do escopo proposto pelo presente, seguir-se-á o método hipotético-dedutivo conforme teoria desenvolvida por Karl R. Popper (2013), partindo-se da formulação hipotética, através de conjecturas sobre as fundamentações que embasam a decisão jurídica, as quais determinam o rumo das observações feitas ao longo do estudo dentro da teoria do direito, ou seja, as indagações são no sentido de procurar saber se é possível uma interpretação e, aplicação do direito por uma trilogia hermenêutica enquanto axiologia dos valores, sem que desemboque no subjetivismo dos magistrados, além de se indagar como é possível garantir objetividade na argumentação jurídica decisória por meios das valorações.

Tratando-se de uma pesquisa bibliográfica de cunho descritivo, com uma abordagem qualitativa dos argumentos principais, referente a princípios e valores como vetores da decisão jurídica, contemplando leitura analítica interpretativa na reconstituição dos argumentos, aplicando o método para ratificar ou não a hipótese da problemática de interpretação jurídica axiológica.

Para Popper (2013, p. 27s) esse método parte de um problema- o dualismo rígido entre fato e norma, e uma simbiose da teoria dos argumentos na decisão jurídica tomados ora por princípio, ora por valores - apresentando uma solução metódica e provisória, - o distanciamento entre *descrição* e *prescrição* constitui um empecilho e uma fragilidade na argumentação jurídica - passando a mitigar essa solução no intuito de submetê-la ao crivo do falseamento, com vista à eliminar eventual erro, o que provocará uma solução parcial - a interpretação constitucional e, as decisões jurídicas serão mais sólidas quando efetivadas mediante uma axiologia dos valores - que naturalmente será uma nova problemática a ser analisada em outras pesquisas.

Trata-se do método que com vistas às expectativas sobre a lógica dos argumentos, averigua-se o problema da fragilidade nos discursos jurídicos baseado no distanciamento entre fato e norma, implicando na perspectiva de expurgar a aplicação dos valores e princípios na decisão, assim a metodologia poderá indicar a adequação de uma

nova e plausível conjectura como possibilidade de preencher a fragilidade das teorias no direito, que julgam os valores apenas por meio da subjetividade do agente.

Finalmente, submetendo a nova proposição, isto é, a possibilidade de uma interpretação constitucional baseada em valores sem que deixe de ser objetiva e segura, aos testes de falseamento, com o intuito de refutar a própria hipótese, gerando por assim ser a necessária credibilidade das conclusões científicas, em outras palavras, caso a hipótese não se sustente, sendo refutada, exigirá reformulação da problemática, todavia, se suportar o crivo do falseamento, estará passível de credibilidade acadêmica transitória.

A falseabilidade proposta por Popper (2013, p. 69s) incide basicamente no fato de que a proposta metodológica dessa pesquisa, a saber, uma trilogia hermenêutica e axiologia do valores como fundamentos da decisão jurídica e instrumento para superação da dicotomia clássica entre facticidade e normatividade, deve ser justificada como plausível, nisso consiste a sua falseabilidade, pois, uma vez demonstrado racionalmente que essa abordagem se sobrepõe com razoabilidade à hipótese de ser o dualismo empecilho e, fragilidade, da argumentação acompanhada por uma simbiose linguística que se faz entre princípios e valores, já cumpre o requisito da falseabilidade, ou seja, a ratificação da hipótese falseia a tese refutada.

Assim sendo, Popper (2018, p. 381) se agrupa junto aos falsificacionistas ou falibilistas enquanto críticos do conhecimento verificacionista ou justificacionista. Esse segundo grupo, entende que o conhecimento não pode ser amparado mediante razões positivistas, não é merecedor de crédito ou consideração. Sob outro ângulo, os defensores falibilistas afirmam, com modéstia, que tudo o que não seja passível de ser examinado ou derrubado pelo crivo da crítica, não pode ser um conhecimento sério e considerado.

Ainda assim, por razão de honestidade intelectual, aquilo que possivelmente possa ser refutado, mas ainda assim suporta todo o esforço da crítica, eventualmente poderá ser falso, uma vez que, nenhum conhecimento é dogmaticamente apodítico, mas em todo caso, não poderá ser julgado como indigno de credibilidade, visto que essa não versa sobre falso e verdadeiro, mas em como suportar a crítica (Popper, 2018, p. 381).

A verdade do conhecimento não pode ser reduzida a justificações ou verificações silogísticas, isto é, demonstrações de provas categóricas como verdadeiras, isso porque as provas pretendidas pelos justificacionistas nem sempre são exequíveis, isso porque a verdade não é o único objetivo da ciência, a qual, até busca teorias verdadeiras não balizadas na presunção de serem seguras, certas ou comprováveis. O pensamento falsificacionista parte da tese de que a ciência nada tem a ver com a certeza, a

probabilidade ou a confiabilidade, mas apenas está voltada às críticas e testagens metódicas que podem esclarecer onde há engano e erro (Popper, 2018, p. 382).

Muito se adequa a equiparação dos verificacionistas aos positivistas, visto que, no direito, estes também perseguem a certeza do encontro com a verdade provada, todavia, não significa que a falseabilidade não a busque de outra maneira, isto é, a verdade falseada é aquela que possui grau explicativo, não se busca com o falseamento a mera verdade, mas algo proeminentemente além das provas, não basta demonstrar que dois mais dois são quatro, é preciso encontrar respostas para o confronto com os problemas, visto que somente assim uma resposta se torna relevante cientificamente (Popper, 2018, p. 383).

Não se trata da verdade em si, mas da que seja saliente, visto ser essa a conduta que exerce o magistrado ao interrogar a testemunha buscando a verdade acentuada, isto é, o máximo de informações possíveis de serem obtidas nas oitivas, ainda que esta possa se revelar falsa mais cedo ou mais tarde. Desse modo, o falseamento se propõe a confrontar a ideia de verdade dos fatos com a do conteúdo, isto é, uma aproximação que permite o encontro relevante para propor uma solução ao problema da separação rígida entre *descrição* e *prescrição* no direito (Popper, 2018, p. 384).

Eventuais conclusões serão tratadas com modéstia, visto que, o próprio método não se arroga pretensão de esgotar a temática, mas despertar outra possível abordagem em se tratando de princípios e valores além dos próprios dogmas jurídicos, elaborando-se assim uma trilogia hermenêutica orientada a valores, como emancipação da interpretação e argumentação valorativa, nos casos de interpretação constitucional.

A técnica de pesquisa estruturou-se sob a concepção analítica da teoria da decisão jurídica, mormente no que diz respeito aos fundamentos da argumentação com vigor hermenêutico no cabide principiológico e axiológico.

O procedimento inicial da pesquisa se constituiu nas leituras da bibliografia geral coletada, bem como do levantamento com ramos afins, em seguida se produziu fichas de leitura e análise em periódicos, permitindo discussão recente da matéria, além da comparação e análise crítica com discussão vigente na academia e, no Supremo Tribunal Federal.

Em seguida foram sistematizadas as teses acerca de hermenêutica, retórica, tópica, argumentação, princípios e valores, tendentes à formação do arcabouço teórico em análise para sedimentar a temática proposta.

A pesquisa bibliográfica ampla foi fundamental para o desenvolvimento dos objetivos propostos pela pesquisa, bem como a análise e, o confronto das teorias existentes foi o ponto principal para ratificar a problemática.

Desta forma, o levantamento e o estudo das obras – teorias - que tratam da problemática, inclusive a divergência, foram basilares para este trabalho no reconhecimento da veracidade das hipóteses e confirmação da necessidade de uma hermenêutica axiológica, para tanto, a fonte primária desse trabalho foi o diálogo das teorias jusfilosóficas de Dworkin (2017) Alexy (2017a) Pfordten (1993) e Krell (2021a).

Uma vez mais, apesar de clara a necessidade de aplicação dos valores e princípios, amparada no aporte teórico metodológico, esta pesquisa apresenta uma hermenêutica axiológica, ou trilogia hermenêutica, ou ainda, hermenêutica de terceira via, no sentido de que nada tem a ver com limitação ao subjetivismo do magistrado, mas com razões que possam ser aceitas dentro de uma racionalidade padrão.

Trata-se daquela que suporta os princípios lógicos do conhecimento, conseguindo ser reconhecida com razoabilidade aos olhos do bom senso judicial, isto é, da perspectiva da justiça e, ainda se reconhecer como uma decisão que reflete a realidade social, isso já suportaria o crivo do falseamento, isto é, da crítica rigorosa dos fundamentos apresentados pelo método popperiano.

Metodologicamente o falseamento é entendido a *contrario sensu*, isto é, lança uma tese que deve ser submetida aos argumentos críticos para reconhecer ou refutar sua validade, uma vez que, somente suportando os apontamentos criticistas, ela vencerá o falseamento. Caso a tese apresentada seja fragilizada em relação aos argumentos contrários, não sendo necessário que seja reduzida a nada, resta por honestidade intelectual o reconhecimento de que a tese questionada foi falseada pela crítica, isto é, não suportou a tese refutante.

Todavia, como não há verdade única na ciência, sendo essa a premissa basilar do método popperiano, os argumentos que falsearem a primeira tese devem se submeter ao próprio método de falseabilidade. Desse modo, caso não se encontre argumentos fortificados suficientemente capazes de fragilizarem a refutação, é porque ela superou o falseamento, isto é, ainda não se encontrou outra tese que se sobreponha àquela que esteja sendo a refutação.

Assim temos a seguinte estruturação nesta pesquisa, a tese refutada será o dualismo entre *prescrição* e *descrição* como sendo motivo de insegurança jurídica por não conter resquícios valorativos na decisão. Por outro lado, a tese de refutação é a

proposta da possibilidade de uma hermenêutica axiológica dos valores como sendo necessária para a interpretação constitucional em casos emblemáticos, quando a normatividade não consegue responder satisfatoriamente.

Finalmente ao se apresentar os argumentos, na rima do método hipotético-dedutivo, que possam esclarecer que a refutação se apresenta com maiores vantagens em relação à teoria refutada, é porque a refutação superou a tese refutada, tão logo, a refutação prepondera por apresentar maior confiabilidade na decisão jurídica em casos especiais.

Cumprir observar, que por orientação dos membros da qualificação dessa dissertação, foi sugerido disponibilizar as páginas referenciadas de livros ainda que em citações indiretas, com a única razão de facilitar a confirmação do leitor no que pese as interpretações apresentadas, proposta que foi ratificada como satisfatória pela orientação, todavia, quando não for paginada a referência é porque se trata de artigos científicos.

Portanto, como a primeira proposta da pesquisa foi apresentar o dualismo entre *prescrição* e *descrição* enquanto empecilho para uma argumentação jurídica constitucional, além de causar uma fragilidade teórica para a ciência do direito, a proposta de solução que falseou a tese refutada foi a necessidade de uma trilogia hermenêutica que considere fato, valor e norma como indissociáveis para interpretação e aplicação no processo decisório, o que restou satisfatória a refutação. Desse modo, a metodologia aplicada foi executada servindo como validade para pesquisa em vigência.

2 O DUALISMO ENTRE *PRESCRIÇÃO E DESCRIÇÃO* COMO EMPECILHO PARA UMA ARGUMENTAÇÃO DOS VALORES NA CIÊNCIA DO DIREITO

No presente capítulo, far-se-á uma apresentação dos pressupostos da teoria do direito kelseniana sobre a sua lógica normativa expurgadora da moral e dos valores, seguida de uma abordagem ontológica dos conceitos entre descrição e prescrição defendidos por Kelsen como distantes um do outro, porém não satisfatoriamente esse hiato se comprova nos próprios argumentos da teoria pura, trata-se da tese que será refutada na metodologia da pesquisa.

Diante disso, se analisa a intersecção entre prescrição e descrição destacando a necessidade de considerar os valores na argumentação da decisão jurídica, assim princípios e valores não estão tão distantes um do outro, mas não se confundem, ainda assim não é a axiologia no discurso jurídico a causa dos males justificada pela crítica do pamprincipiologismo jurídico, haja vista ser evidente a necessidade de uma teoria da argumentação orientada a valores como balizas de decisão juridicamente sedimentada.

Portanto, ao se analisar a teoria dos princípios de valores, seguindo a partitura dworkiana enquanto superação do dualismo entre descrição e prescrição, será possível entender o papel indispensável dos valores na argumentação jurídica.

2.1 Os pressupostos do pensamento sobre objetividade da teoria do direito

Nos primórdios de sua “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen (2015, p. 01) esclarece que sua proposta é a de uma teoria geral do direito positivo, sem pretensões de ser um método interpretativo ou hermenêutico. Seu objetivo é responder à pergunta sobre o que é o direito e como ele funciona, separando-o de outras esferas do saber, como a moral e a política. Dessa forma, busca uma visão objetiva e científica, concentrando-se exclusivamente no estudo da norma jurídica como um fenômeno específico e isolado.

A princípio se levanta a questão central da filosofia do direito: a relação entre *o ser* e *o dever ser*. Como o seu pensamento se trata de uma teoria positivista⁴, ele defende

⁴ No que pese o início do século XX, a filosofia estava arraigada de irracionalidades e, a política de regimes totalitários, eram crises que permeavam toda estrutura social e do pensamento; neste interim, em 1934 ocorreu a primeira edição da Teoria Pura do Direito consagrando o pensamento sistemático mais rigoroso da ciência jurídica, iniciando o positivismo jurídico (Losano, 2010, p. 25). Assim, devido a herança do positivismo clássico teoria do direito do século XIX se revelou desconhecadora do direito natural e o

que a ciência jurídica deve se preocupar apenas com o que é o direito, ou seja, com a norma posta, logo, não envolve juízo de valor sobre o que deveria ser, mas apenas a prescrição objetiva do que deve ser feito segundo o ordenamento vigente, isto é, a norma é a única fonte do direito, logo deve ser obedecida independentemente de aspectos morais (Kelsen, 2015, p. 258s).

Na verdade, o pensamento kelseniano atinge além da norma o âmago da descrição, uma vez que define uma epistemologia jurídica, que incide sobre objeto, fins, métodos e postulados jurídicos. Consequentemente a “teoria pura” além de descrever o direito, também propõe um esboço científico para melhor compreender ao próprio direito, isto é, trata de uma ciência normativa que tem como único preceito a norma positiva e o seu cumprimento, totalmente desvincilhado de questões filosóficas e políticas que envolva a ideia de justiça (Chiassoni, 2017, p. 418).

Enquanto abordagem positivista influenciada pelo cartesianismo racionalista, dois princípios são fundantes, a saber: a forma do direito é o que está posto e que exerce coercibilidade, sendo a demonstração de cientificidade do direito segundo Kelsen (2015, p. 33), já que apresenta um postulado claro e objetivo, sendo o pilar para a previsibilidade e segurança jurídica (Chiassoni, 2017, p. 418).

Entretanto, o divórcio entre a justiça e o direito posto gera um dilema ontológico, pois não podem ser confundidos, haja vista que a justiça não é objeto da ciência do direito, mas da filosofia. No direito, enquanto ciência, a justiça não é matéria de discussão, por isso que, por vezes, é entendido com injusto, ainda que tal perspectiva não interfira na validade da norma, nesta rima, o direito deve ser estudado e executado imune a juízo de valores ou de moralidade (Kelsen, 2022, p. 9).

A clareza e objetividade dependem, segundo Kelsen (2015, XI, Prefácio da primeira edição), de uma distinção precisa entre o direito e outros fenômenos sociais, uma vez que para a ciência jurídica, o *dever ser* é fundamental, na medida em que se refere à prescrição normativa, que deve ser elaborada pela autoridade competente e de acordo com os procedimentos formais.

Esse processo confere ao direito tanto valor formal quanto material, o que garante a legitimidade da norma e sua aceitação pela sociedade (Losano, 2010, p. 33),

rechaçamento em adicionar juízos de valor no pensamento jurídico. Essa ótica é a genética do positivismo jurídico que dominou o início do século XX. Os fundamentos do positivismo são a crença de que somente o direito positivo é direito e, que assim posto deve ser impreterivelmente obedecido (Losano, 2010, pp. 33-34).

assim é compreendido como um conjunto de normas que prescrevem comportamentos e estabelecem obrigações.

A segunda premissa do positivismo jurídico kelseniano é uma consequência natural da primeira: uma vez que, uma norma jurídica está em vigor, ela deve ser obedecida incondicionalmente, entretanto, o direito, sendo uma ordem social e jurídica, implica consequências, tanto para a obediência quanto para a desobediência, sempre no âmbito dos princípios de recompensa e retribuição. Desse modo, a função do direito é estimular uma conduta adequada, desencorajando comportamentos nocivos e incentivando ações que favoreçam a convivência social e a ordem jurídica (Kelsen, 2015, p. 22).

Esses estímulos são essenciais para a dinâmica do sistema jurídico, uma vez que a própria norma já é uma indução de determinado comportamento pelos indivíduos, visto ser direcionadora de expectativas sociais de comportamentos em razão da promessa de recompensa a quem lhe é obediente e, ameaças sancionatórias para os seus dissidentes.

É neste sentido que se pode notar o caráter de controle social do direito, uma vez que a coercibilidade mantém a ordem, ou seja, o direito passa a ser uma técnica de controle universal, visto que aplicado em qualquer sociedade produzirá seus efeitos segundo os critérios de promessa ou punibilidade (Kelsen, 2015, p. 22).

Por outro lado, não há de se pensar uma conduta humana dissociada de uma valoração, mais ainda no contexto jurídico em que a própria norma já taxa o comportamento de bom ou mal, sendo ela mesma o parâmetro. Assim sendo, a sociedade ao estabelecer uma interpretação que conduz a uma aplicação, reafirma essa classificação do agir segundo as normas vigentes, porém, essa valoração deve se limitar ao seu cumprimento, sem nenhuma mesclagem de juízos morais e subjetivos (Kelsen, 2015, p. 22).

Nesta rima, a problemática se manifesta exatamente no liame da interpretação/aplicação da decisão jurídica. Mesmo que seja um sistema garantista, os fundamentos de quem decide haverão de ser axiológicos, ou seja, baseado em alguns valores, visto que a influência religiosa ainda é muito presente no imaginário social (Kelsen, 2015, pp. 25-26).

Para a teoria kelseniana o jurista deve focar na interpretação e aplicação objetiva das normas, excluindo qualquer consideração de justiça ou moralidade. Isso reflete a terceira premissa do positivismo jurídico, que busca manter o direito como uma ciência pura, desvincilhada de valores subjetivos, entretanto, a grande questão que surge,

portanto, é sobre a possibilidade de separar totalmente a prescrição da descrição, sem comprometer a própria essência do direito (Losano, 2010, p. 34).

A discussão sobre a ciência normativa e a ciência causal é central no pensamento kelseniano, suas bases se encontram na filosofia neokantiana. Kelsen diferencia a facticidade, que é o objeto da ciência jurídica causal, do direito normativo, que trata das prescrições do *dever ser*. Para ele, essa distinção é capital para evitar a confusão entre fatos e normas jurídicas, que, embora relacionados, não devem ser interpretados como a mesma coisa (Chiassoni, 2017, p. 426). Essa separação é um dos pilares da teoria pura do direito, que busca estabelecer um campo de estudo específico para o direito normativo.

Não há dúvida de que o comportamento humano é prescrito pela norma jurídica, ou seja, é ela que estabelece o permitido ou proibido ao agir do indivíduo, apesar de que isso não é garantia de que os indivíduos agirão segundo seus preceitos, isso porque ao fim e ao cabo, a compreensão do observador é de que a norma não passa de uma expectativa hipotética de conduta (Kelsen, 2015, p. 06). Neste sentido, trata-se de um juízo de valor determinante na aproximação entre norma e a compreensão desta, assim não há de se negar que existe uma questão lógico-linguística⁵, isto é, trata-se de uma equivalência bicondicional⁶.

Na teoria de Kelsen (2015, p. 07), o *dever ser* reflete a vontade de comando, seja de um indivíduo ou da lei, que espera um comportamento de outrem, por isso se torna objetivo quando vinculado à ordem jurídica, que confere à vontade individual um sentido normativo⁷.

Contudo, Kelsen (Ibidem, op. cit.), reconhece que nem sempre há uma norma formal para todos os comportamentos, visto que algumas ações podem ser regidas por convenções sociais ou costumes, que não necessariamente constituem um *dever ser* jurídico, mas que podem influenciar a conduta dos indivíduos.

⁵ Segundo Bobbio trata-se do formalismo jurídico em que direito é o modo normativo que cada um deve agir, de modo que cabe ao direito estabelecer a forma que o conteúdo das relações intersubjetivas deve assumir para produzir efeitos, assim era a lógica de Kelsen, formalismo que diz o que é o direito (Bobbio, 2016, pp. 70-72).

⁶ $p \leftrightarrow q = (p \rightarrow q) \wedge (q \rightarrow p)$; “P” se, e somente se ($\leftrightarrow$) “Q”; ocorrendo “P” implicará ($\rightarrow$) em “Q”; e ($\wedge$) ocorrendo “Q” implicará ($\rightarrow$) em “P”; por isso se chama bicondicional, porque sendo ambas verdadeiras ou falsas uma será condição para a outra, se “P” é verdadeiro “Q” também será; P” é falso “Q” também será.

⁷ Assim quando um ato de vontade tem significado subjetivo de dever ser, ou seja, o indivíduo sabe que deve, é uma norma que confere a este o sentido objetivo por meio de uma norma superior que confere competências, é o que Kelsen chamaria de norma fundamental que existe enquanto pressuposto e validade (cf. Kelsen, 2015, p. 9).

O comportamento em conformidade com as normas sociais pode evitar censura ou constrangimentos, como ocorre com as regras de etiqueta, embora essas convenções não tenham o peso de uma norma jurídica, elas revelam um juízo axiológico que, em certas circunstâncias, pode ser transformado em um *dever ser* objetivo.

Esse processo de transição entre o *dever ser* subjetivo e o *dever ser* objetivo é intermediado pelo juízo axiológico, que pode ser a base para a criação de normas morais ou jurídicas. Nesse sentido, é possível considerar que a moral e o direito estão interligados, ainda que suas prescrições possam divergir em determinados contextos.

Por fim, Kelsen admite, mesmo que a norma jurídica não estabeleça um *dever ser*, sua aplicação depende de sua aceitação dentro do ordenamento jurídico, o que envolve um compromisso ontológico com o *ser*, isto é, com a norma fundamental que é pressuposta, e sua validade é o que sustenta a eficácia das normas inferiores.

Entrementes, não há dúvidas de que o direito ainda que normativo, não pode ser dissociado da facticidade, uma vez que, quando o magistrado é convocado a interpretar a norma jurídica, sua interpretação implica em escolhas e decisões outras que serão determinantes na decisão jurídica a ser aplicada.

Raramente trata-se de uma escolha neutra, ou mecânica, pois o senso de justiça arraigado na consciência de quem julga, bem como o valor de bem-estar de uma sociedade civilizada serão transferidos por meio da linguagem na sentença, o que induz uma compreensão de que o direito não é um sistema enclausurado em normas ou no seu silogismo⁸, muito mais que isso, o direito é também interpretação que envolve valores.

Desse modo, a obrigação tanto do dever jurídico quanto do moral, possui a mesma essência, sendo a diferença principal a coercibilidade envolvida, haja vista que ambos são validados por uma norma pressuposta, mas enquanto o dever jurídico é formalmente positivado, o dever moral pode não ser.

⁸ O argumento silogístico é sempre demonstrativo, isto é, ao seguir as regras aristotélicas da inferência, isto é, demonstrar uma conclusão derivada de outras proposições, impede a sutileza da liberdade da argumentação que o discurso requer, assim, adequar o direito ao sistema silogístico de que a premissa base é composta por um termo maior e outro médio; a segunda premissa deverá ser composta por um termo médio e outro menor, dos quais se derivará uma conclusão que excluirá o termo médio. Ora, essa simetria não se adequa ao direito, exatamente porque este incide sobre argumentação axiológica, por óbvio, muito distinto de demonstração silogística, ou seja, nesta a conclusão é apenas uma demonstração das premissas dadas, por outro lado, sendo o direito uma ciência da verossimilhança, esse conhecimento formalista não corresponde às expectativas da própria natureza da decisão jurídica. Uma decisão jurídica silogística deixa de analisar nuances que extrapolam os termos maior, menor e médio, por isso que em se tratando de uma interpretação jurídica axiológica, isto é, argumentativa, há flagrante incompatibilidade com a demonstração silogística para com os argumentos valorativos na decisão judicial.

A diferença prática reside na consequência que o direito atribui a uma ação ou omissão, vinculando o comportamento a uma sanção ou censura. O *dever ser*, portanto, serve como um parâmetro para a conduta, garantindo que qualquer violação será punida de acordo com as normas, seja pela coerção jurídica ou pela reprovação social.

Kelsen argumenta que a distinção entre objetividade e subjetividade, particularmente no âmbito do direito, não é tão clara quanto se poderia imaginar. É bem verdade que na filosofia jurídica, as dicotomias entre fato e valor, ou entre descritivo e normativo têm sido questionadas, no entanto, a ciência jurídica deve ser mantida pura, isolada de influências ideológicas externas, focada exclusivamente na norma jurídica (Kelsen, 2015, p. 08).

Porém, não é mais viável sustentar uma teoria que separa completamente o *ser* e o *dever ser*, mesmo que Kelsen busque essa pureza no direito, mas as ciências sociais aplicadas, como é o caso do direito, inevitavelmente lidam com fatos e valores que impactam a vida da coletividade.

Indubitavelmente, numa teoria, qualquer que seja, não é clarividente o liame divisor de objetividade *versus* subjetividade, prevalece a dicção de que em âmbito de ciência ou filosofia do direito à regra não se subjaz a exceção, por isso muitos trabalhos científicos demonstram a fragilidade desta distinção rígida, e revelam ser ultrapassado o discurso do ‘imenso abismo’ entre fatos, valores e normas (Rabenhorst, 2003, p. 51s).

Uma das maiores contestadoras do pensamento kelseniano é a teoria dworkiana, a qual, entende que os princípios atuam fundamentalmente na fase decisória, partindo da premissa de que o magistrado não se limita a um mecanicista aplicador da norma. Em verdade, o juiz exerce a ponderação que é permeada de valores morais e políticos, tanto é que quando se discute temas jurídicos de interpretação constitucional como igualdade, dignidade, democracia e liberdade, esses e os semelhantes somente são compreendidos com referência aos valores.

A ideia de justiça é um valor indisponível não podendo ser ignorada, por mais que conteste a teoria kelseniana, por isso que a aplicação mecânica de normas, sem considerar os valores subjacentes, pode levar a resultados injustos. Isso porque ao aplicar o direito, os magistrados não apenas interpretam normas, mas também procuram alcançar um resultado que seja moralmente aceitável, assim, consciente ou inconscientemente o ideal de justiça está presente na própria estrutura da argumentação jurídica decisória.

Dentre tantos opositores, o realismo jurídico⁹ de Jhering (1976) foi muito ferrenho ao argumentar que o direito é expressão das relações de poder e axiologia de classes, por isso que uma decisão jurídica jamais será técnica, pois é reflexo de valores e prioridades políticas, sobretudo quando envolve questões de interpretação sobre garantias constitucionais.

Nesta mesma métrica, Holmes (2009, p. 57ss) acredita que não se pode compreender o direito isoladamente como um sistema lógico dedutivo, porque se trata de produto histórico, que implica nuances sociológicas e culturais, formadores de opinião que seguem o seu próprio curso tempestivamente. Assim, impreterivelmente, as decisões judiciais são provocadas por inúmeros fatores, tanto sociais quanto morais, além das políticas vigentes.

Por conseguinte, o direito reflete o desenvolvimento contínuo de uma nação, incorporando tanto o seu passado quanto as tendências para o futuro, por essa razão a aplicação das normas jurídicas é, assim, uma tarefa complexa que exige a compreensão simultânea da evolução histórica e das teorias atuais de legislação, além de uma habilidade para combinar esses elementos de forma inovadora.

Destarte, há uma conexão, mesmo que sutil, entre a facticidade dos acontecimentos e a normatividade do direito, pois, sendo uma ciência aplicada precisa abordar questões práticas e finalísticas, solucionando conflitos que surgem da realidade social, sem eliminar completamente o componente axiológico envolvido nas decisões jurídicas (Krell, 2021a).

2.2 A ontologia filosófica sobre as dimensões descrição e prescrição

O pensamento desde a sua sistematização pelos antigos de certo modo está sobreposto na relação dos contrários, sobretudo em âmbito do pensar grego, ademais no que pese o conhecimento mitológico e teológico, também é notável esse desenvolvimento dualista de resultado dos contrapontos.

⁹ A principal tese do realismo jurídico é que o direito não pode ser compreendido apenas como um sistema lógico ou como um conjunto de normas abstratas. Para os realistas, o direito é, em grande medida, o que os juízes e outros atores jurídicos fazem na prática, e as decisões jurídicas são influenciadas por fatores extrajurídicos, como valores, interesses sociais, econômicos e políticos.

Imbricando essa premissa, os filósofos da *Physis* buscaram explicar como conhecimento primário o movimento dos opostos visto como fonte do saber, aliás, tratava-se de justificação da *arché* (ἀρχή) das coisas conhecidas por meio do confronto de fatores postos, gravitando em torno do devir como metamorfose de um determinado estado dos contrários (Chauí, 2001, p. 36).

A primeira demonstração sistemática dessa ideia volta-se para a filosofia nascente, enquanto cosmologia (κοσμολογία) entendida como ordem do discurso ou até mesmo estudo ordenado sobre o cosmos (κόσμος+λογία), de modo que já se descortinava um distanciamento simulacro entre sujeito que pensa o objeto pensado, isto é, uma dicotomia entre o *ser* e, o *não-ser*, enquanto o cosmos pensado distante do sujeito que pensa, isto é, a cosmologia ocidental grega era uma preocupação com a totalidade pressupondo a individualidade (Mora, 2000, p. 594).

A inquietação com o princípio (ἀρχή) está presente no próprio pensamento mitológico, bem como no sistemático, o que mais uma vez denota a existência intrínseca dos opostos, desde Tales de Mileto quando entendia ser a água ou o úmido a fonte da *Physis* oposta à ausência de água; Anaximandro argumentando ser o infinito o antônimo de finito; Heráclito por sua vez advogava ser o fogo ou o calor, enquanto que Demócrito afirmara que era o átomo; assim percebe-se que são pensamentos com premissas distintamente semelhantes, quais sejam, a separação entre o ser enquanto ἀρχή e, os fenômenos das coisas que se apresentam (Chauí, 2001, p. 36).

Notável que todas as teses possuem suas antinomias postas e pressupostas, ainda que entendidas como sendo uma distinção na continuidade, ou uma continuação na descontinuidade, isto é, não rígidas, diferentemente de uma exclusividade objetiva, posto que são intrinsecamente vinculadas umas às outras por uma forma de teoria do ser aristotélica, melhor dizendo, o ser em sua generalidade implica o finito e o infinito, o material e o não material, esta é a compreensão fundante da filosofia grega, que posteriormente foi delimitada como sendo um primeiro momento do estudo sobre o *ser* (Mora, 2001, p. 2144).

Esse dualismo é um tema que remota aos mais antigos filósofos, tais como Platão e Aristóteles, que já discutiam posições divergentes, no sentido de encontrarem conexões entre a realidade do ser e a idealidade da norma que regula a ação humana.

Enquanto Platão enfatizava o mundo das ideias, Aristóteles ofereceu uma perspectiva distinta ao diferenciar ciências teoréticas, que visam apenas o conhecimento,

de ciências práticas, como a moral e a política, que se relacionam com o comportamento humano, neste caso, também o direito (Platão, 1999, pp. 223-229).

Para o estagirita, o ser é multifacetado, podendo ser considerado em sua essência ou por acidente. Ele dedicou sua “metafísica” a investigar o “ser enquanto ser”, ou seja, o ser em seu sentido mais fundamental. Além disso, destacou a importância do fim ou da finalidade das coisas, sugerindo que o ser deve ser analisado com base em suas causas finais (Aristóteles, 2024, pp. 134-135).

Sócrates, em sua busca pelo conhecimento, já traçava o caminho para essas reflexões quando afirmava que o conhecimento incide sobre o ser e, a ignorância sobre o não-ser. Aristóteles, ao desenvolver essa linha de pensamento, estabeleceu que a ciência primeira deve conhecer o ser em todas as suas acepções, inclusive as variantes que não são o ser em sua forma absoluta. Essa investigação científica, é segundo ele a chave para entender o bem supremo, ou seja, o propósito último de todas às coisas.

A compreensão aristotélica do ser enquanto ser, inaugura o campo da metafísica, que investiga os primeiros princípios e causas, visto que para ele tudo deve ser analisado em termos de sua finalidade ou teleologia, pois o bem supremo é o objetivo final de toda ação e movimento, entretanto, a noção de axiologia é relevante quando a discussão indica debate com a ontologia, já que a investigação do ser versa sobre a sua teoria e pragmática (Aristóteles, 1969, p. 40).

É sabido que a doutrina aristotélica impulsionou os pensamentos sobre ontologia e metafísica, tanto que influenciou diretamente o pensamento moderno. Assim, a separação entre metafísica geral que estuda a plenitude do ser e, a ontologia especial, investigadora das especialidades do ser, tem sua digital no pensamento aristotélico. Ainda hoje essa é a base teórica da discussão entre *ser* e *dever ser*, sobretudo quando se discute a intersecção fato e norma, a respeito da filosofia do direito e a moral (Mora, 2001, p. 2144).

Aliás, foi *Christian Freiherr von Wolff* o responsável em conferir popularidade acadêmica ao sistematizar a ontologia enquanto filosofia primeira, em sua obra: “Primeira filosofia, ou ontologia, tratada pelo método científico, na qual estão contidos os princípios de todo o conhecimento humano¹⁰” de 1730, esse pensamento teoriza que o método ontológico é demonstrativo, dedutivo e investiga o predicado de todos os objetos em si (Mora, 2001, 2145).

¹⁰ “*Philosophia prima sive ontologia methodo scientifica pertracta, qua omnis cognitionis humanae principia continentur*”.

O princípio da não contradição, formulado por Aristóteles possui presença marcante quando a questão é a dicotomia entre conceitos, visto que se trata do princípio de fundamental importância para o conhecimento, pois ele impede que algo seja e, não seja simultaneamente sob o mesmo aspecto, por isso que eventual negação desta premissa já implica em contradição, haja vista que se a negação gozar de verdade, a sua afirmação seria falsa, redundando em uma indispensabilidade do próprio princípio (Aristóteles 1969, p. 239).

Dessa maneira, reconhecia que entre contrários, como o justo e o injusto, a essência e o acidente, poderia haver um intermediário, mas esse mediano não negaria a essência do *ser*, assim nesse campo o princípio da não contradição é seguro, já que qualquer privação somente se refere a aspectos periféricos e não a substância em si.

Assim sendo, a ontologia tem como prioridade o estudo das contrariedades do ser e somente o princípio da não contradição é a garantia de não incorrer em erro (Aristóteles 1969, p. 101).

Isto posto, o pensamento aristotélico defende que as contradições só ocorrem entre os predicados ou atributos do ser, por isso que as variáveis podem se negar mutuamente, em contrapartida no âmbito da substância, essa permanece imutável, tamanha importância esse raciocínio porque reforça a ideia de que *ser* e *ente* são categorias ontológicas, logo não podem se auto contradizerem (Aristóteles 1969, p. 94).

Nesta rima, o princípio da não contradição é o fundamento essencial para compreender o *ser*, enquanto ser. Segundo esse princípio, é impossível atribuir simultaneamente características opostas a um mesmo sujeito, sob o mesmo aspecto, um exemplo claro seria afirmar que um homem é ao mesmo tempo negro e não negro, para o aristotelismo essa regra não é apenas um conceito lógico, mas um critério ontológico fundamental que orienta o pensamento e a estrutura do ser.

Qualquer tentativa de negar esse princípio, levaria ao colapso do entendimento sobre a realidade, já que a contradição entre *ser* e *não ser* inviabilizaria qualquer conhecimento consistente sobre o real.

No entanto, o pensamento aristotélico também reconhecia que as definições podem ser complexas, e que, embora o ser em si não se contradiga, os predicados atribuídos a ele podem variar, sendo exatamente o que acontece no campo do direito, isso porque o que é considerado direito pode transcender o que está formalmente posto.

A multiplicidade de significados e interpretações jurídicas mostra que a contradição muitas vezes não reside na essência do direito em si, mas nas diferentes

valorações e perspectivas que lhe são atribuídas, dessa forma, a complexidade surge nos predicados que descrevem o direito, enquanto sua essência permanece inalterada e coerente com o princípio da não contradição.

É bem verdade que a diferença entre *ser* e *dever ser* encontra etiologia no pensamento de Hume (2009, p. 509s) quando em sua “guilhotina” nega a probabilidade de se inferir uma conduta a partir de uma descrição do *ser*, logo não se encontrava viabilidade de um sistema moral originado em uma ontologia, ou seja, não faz sentido imaginar que um *dever ser* se origine no *ser*.

O presente tema vai muito além dessas duas categorias, é a questão de não ser permitido logicamente uma intersecção do *ser* para o *dever ser*, em outras palavras, seria inadmissível inferir um valor a partir da facticidade (Chazal, 2001, p. 51s).

Inegável que Kant teve influência direta no pensamento kelseniano, sobretudo no que pese a questão *ser* e *dever ser*. O próprio Kelsen (1987, p. 345) assume que Windelband, da Escola de Baden, foi essencial no processo de sua teoria porque foi por meio dele que teve acesso aos conceitos kantianos que foram fundamentais para a sistematização de sua teoria jurídica imaculada de valores e ideologias, isso porque Kant, separava o *ser* empírico do *dever ser* normativo, o que foi substancial para formular a independência do *dever ser* em relação às situações factuais.

Todavia, foi de Simmel (1858-1918) da Escola de Baden, que Kelsen mais se aproximou, ao delimitar o conceito de *dever ser* enquanto formal e distinto do conteúdo do *ser*, resultando na tese de que a forma ainda que precise ser preenchida independe do conteúdo do *ser*.

No que se refere a derivação do *dever ser* a partir do *ser*, Kelsen não segue Simmel, visto que vai rejeitar qualquer ligação entre essas categorias, muito mais em âmbito do direito (Reale, 1991, p. 462).

A separação rígida da teoria kelseniana também encontrou eco no neocriticismo da Escola de Marburgo ao influenciar sua teoria pura do direito. Essa Escola enfatizava a análise das condições de validade científica, desconsiderando a facticidade dos fenômenos, o que refletiu diretamente na formulação kelseniana sobre a validade do direito.

Nesse contexto a validade era vista como uma questão *a priori*, estabelecida pelas normas jurídicas e não pelos fatos observáveis, esse foco sobre a legitimidade das normas jurídicas em detrimento dos fatos, ratifica a distinção radical entre o *ser* empírico e o *dever ser* normativo.

Ora, se a forma não faz sentido sem a formalização (materialização) fica claro que o conteúdo é indispensável, todavia totalmente exterior um ao outro, sendo inquestionável que existe uma separação total entre *Sollen* e *Sein*, ainda assim, pensa Simmel que o *dever ser* deriva do *ser*, ao menos no caso dos costumes, ao que parece não ter Kelsen assumido esse ponto (Losano, 2010, p. 113).

Assim, Kelsen (2015) desenvolveu sua teoria pura com base na lógica da legitimidade, separando o direito de influências externas, como valores e ideologias. A partir da influência de Cohen¹¹, da Escola de Marburgo, o objeto da ciência jurídica foi concebido como resultado de um processo de conhecimento que validava a norma jurídica sem necessidade de ancoragem em uma realidade fática, isto é, trata-se de um “algoritmo” intransponível, logo, nada é, e o que existe o faz em função do sujeito, na medida que o objeto somente será objetivado por um sujeito (Adeodato, 2002, p. 41).

Para Kelsen, o direito não se baseia em uma verdade substantiva, mas em uma formalidade normativa, onde a validade das leis e teorias jurídicas deve ser imposta sobre os fatos e, não extraída deles (Reale, 1991, p. 441).

Assim sendo, a filosofia kantiana sustentou essa separação rigorosa entre *ser* e *dever ser*, especialmente em sua defesa de que o conhecimento puro se distingue do empírico, logo, o *ser*, enquanto realidade *noumenal*¹² era incognoscível e estava além da experiência humana, moldada apenas pelas categorias do entendimento (Kant, 2001, p. 63).

Essa abordagem também influenciou a teoria kelseniana, que buscava uma ciência do direito purificada de influências externas, fundamentada na validade normativa e desvinculada dos valores empíricos, por isso que a experiência para sua teoria apenas molda a aplicação das normas, mas não determina sua validade.

Nessa partitura interessa mais a esta pesquisa a dicotomia kantiana como sendo a base teórica da teoria pura de Kelsen (2015), uma vez que, foi Kant o defensor da separação mais intransigente entre *ser* e *dever ser* sob a exclusão dos valores (Krell, 2021a, p. 213).

¹¹ Hermann Cohen foi o principal expoente da Escola de Marburgo juntamente com o seu discípulo Paul Natorp (Reale, 1991, p. 440).

¹² O *noumenon* segundo Kant refere-se a coisa em si mesmo, independentemente de como pode ser percebido pelo sujeito. “Quando a realidade nos é representada somente pelo entendimento puro (*realitas noumenon*), não se pode pensar qualquer oposição entre as realidades [...] disso, nos parece ser um modo de existência do objeto em si (*noumenon*), independentemente da intuição, que está limitada aos nossos sentidos” (Kant, 2001, pp. 303; 318).

Evidentemente que a razão prática, a *posteriori*, ou vontade em sentido amplo, é a origem dos imperativos categóricos, se assim procede também será da vontade de agir, ou seja, no pensamento kantiano existe uma emancipação de experiências e emoções, todavia, a razão prática é aquela vinculada a uma ação ou fundamento de uma finalidade.

Se a vontade humana é a argúcia da moral universal, então a razão prática está conectada diretamente a condição de agir, ou seja, se a razão prática deve levar ao agir baseado na razão pura, que é impregnada por um *dever ser*, consequentemente há de se entender que uma ação boa é aquela que obedece a um imperativo, ainda que moral, isso implica deduzir que se trata da mesma percepção de prescrição, porque o *dever ser* kantiano abriga-se na consciência humana, ou seja, na lei moral apriorística da racionalidade (Krell, 2021a, p. 213).

Sendo, pois, o método transcendental kantiano o arquétipo usado por Kelsen ao formular sua teoria, já que, enquanto Kant aplica sua revolução copernicana ao conhecimento como supostamente apresenta uma solução entre empiristas e racionalistas, dizendo que o conhecimento seguro ocorre mediante juízos sintéticos *a priori*, por ter um alcance que a experiência não pode acompanhar. Há de se assertar que satisfatoriamente aqui reside o verdadeiro problema da razão pura, qual seja, a indagação sobre como ser possível os juízos sintéticos *a priori* (Kant, 2001, p. 75).

Partindo dessa estrutura kantiana, bem como ciente de que o objeto é determinado pela consciência do sujeito cognoscente, a busca da pureza vem por meio da influência dos neocriticistas de Marburgo, quando encontra os equívocos dos juristas que insistem na aproximação de tendências impuras da ciência do direito (Kelsen, 1927, p. 337).

Ora, o que se pretendia apontar eram as raízes do pensamento kelseniano sobre sua teoria da ciência do direito, as quais, para maior plausibilidade requeria a separação rígida entre forma e conteúdo, que Kelsen resume no sentido de que a forma está para o *dever ser*, como o conteúdo está para o *ser*.

Ademais a “Teoria Pura do Direito” de Kelsen (2015) é frequentemente interpretada como uma forma de dogmática normativa, que, por um lado, descreve a estrutura teórica de seu sistema e por outro, aborda a ciência do direito como uma meta-teoria prescritiva. Ao seu modo o direito se manifesta como um sistema de normas interligadas, todas baseadas em um mesmo fundamento de validade.

Primordialmente a função da norma é infligir comportamentos, quer prescrevendo ou proibindo, pois trata-se de um instrumento de regulação da conduta humana, o que está vinculada diretamente ao *dever ser* (*Sollen*).

Com efeito, a descrição é um ato de vontade ou uma análise gnosiológica sobre a significação da norma, enquanto que a prescrição um ato de imposição de conduta ou expressão da vontade competente para determinar um agir. Essa distinção pretende distanciar ciência do direito de filosofia do direito, no intuito de deixar aos cuidados desta a verdade e a falsidade das proposições jurídicas, enquanto que para aquela a validade normativa (Kelsen, 1986, pp. 57-60).

Isso só tensionou as relações, pois tentado separar, terminou por revelar que não é possível ignorar que a prescrição está demasiadamente repleta da descrição.

Assim a imposição de uma conduta, muitas vezes implica a descrição da proibição ou permissão associada a ela, isto é, a rigidez da distinção entre a descrição e a prescrição, pode limitar a compreensão plena da aplicação do direito, porque o direito não pode ser totalmente dissociado de sua aplicação prática e do contexto social no qual opera, portanto, a crítica à teoria kelseniana sugere que uma visão mais integrada poderia oferecer uma compreensão mais robusta da decisão jurídica.

Isso porque trata-se de um postulado que estabelece um dualismo entre direito e ciência do direito, isto é, prescritivo e descritivo deduzindo um sistema lógico e coerente de regras em um método dedutivo, quem dera apodítico¹³ ao modo aristotélico, o que já se demonstra problemático desde a sua iniciativa.

Mormente a pretensão de Kelsen (2015), ultrapassa as fronteiras do direito em si e se insere profundamente na filosofia, especialmente ao abordar a distinção entre direito positivo e técnico, filosofia do direito e teoria jurídica.

Essa dicotomia reflete o desafio de conciliar a idealização teórica do direito com sua aplicação prática, expondo as dificuldades de manter uma distinção rígida entre ciência e filosofia do direito. Embora a teoria kelseniana tenha clarificado o estudo jurídico, sua abordagem evidenciou as complexidades e limitações de tratar o direito como esfera isolada de análise.

¹³ A ciência apodítica (demonstrativa) foi estruturada por Aristóteles nos Segundos Analíticos, trata-se de demonstração, isto é, o silogismo científico, com premissas que são as causas necessárias e suficientes da conclusão. É uma modelagem matematizante que gravita entorno da lógica formal, totalmente alheio à lógica do direito.

Diante dessa problemática, a análise proposta por Chazal (2001, p. 52s) revela dois pontos de ruptura significativos entre a teoria do direito e, a filosofia do direito. Primeiro, a teoria do direito adota o dogma da neutralidade axiológica, o que implica que o estudo do direito deve ser isento de juízo de valores e, portanto, objetivamente neutro.

Em segundo lugar, a abordagem metodológica é rigidamente empirista e descritiva, partindo do pressuposto de que a ciência deve manter uma separação clara e necessária do objeto que estuda.

O resultado dessa abordagem é uma limitação do direito a uma ordem tecnicista, na qual, a teoria do direito se concentra na descrição e análise objetiva das normas, enquanto a hermenêutica criticista permanece confinada à esfera filosófica. Esse afastamento implica dizer que o estudo do direito normativo, em seus moldes descritivos, pode acabar enfraquecendo a teoria ao não considerar adequadamente a dimensão crítica e interpretativa, que a filosofia do direito oferece.

A proposta de uma teoria do direito puramente descritiva, conforme apontado, reflete a consequência direta da divisão entre o direito e a filosofia, limitando a sua compreensão as meras dimensões técnicas e descritivas, aliás, negligenciando a necessidade de uma análise crítica e contextualizada (Chazal, 2001, pp. 53-54).

Em sua teoria Kelsen (2015, p. 02) desconsidera as nuances interpretativas e subjetivas do direito, que, sendo uma construção social, não pode ser plenamente capturado por uma análise meramente técnica, uma vez que envolve valores, contextos e interpretações que desafiam a audácia de neutralidade absoluta, e a tentativa de reduzir o direito a uma verificação normativa estrita negligenciando essas dimensões essenciais.

Assim como Kant mediou o *a priori* e o *a posteriori* através dos juízos sintéticos, *a priori*, Kelsen compromete a compreensão completa do direito ao separar rigidamente forma e conteúdo, já que um entendimento mais abrangente do direito precisa integrar tanto a razão teórica quanto a prática, considerando o contexto e a experiência para ser aplicável e efetivo.

Entende Losano (1992, p. 06s) que o objeto da teoria do direito está determinado pelo escopo do conhecimento, isso significa que embora o direito se baseie em princípios que vão além da experiência empírica, busca-se criar um paradigma de ciência jurídica que tenha a mesma robustez explicativa e valor lógico das ciências naturais, especialmente da matemática, de modo que possa se estabelecer com uma base formal sólida e um poder explicativo comparável (Carrino, 1992, p. 344s).

Essa objetividade está mais próxima da nova ciência enquanto caminho traçado para estudar seu objeto e, eliminar qualquer suposição que lhe seja estranha, ora, essa postura já era objeto de ponderações de Theodor Viehweg (1979) na sua “Tópica e jurisprudência”, quando faz alusão a Gian Battista Vico.

Assim Vico entende que o novo método parte de uma verdade primeira e inquestionável, visto que segue a lógica da geometria enquanto demonstrativa, por isso que entende existir mais desvantagens que vantagens em relação ao método antigo de ciência, já que está vazio de profundidade, pobre de linguagem e ausente o amadurecimento do pensamento (Viehweg, 1979, p. 19s).

Diante disso a interconexão entre esses dois aspectos é inevitável, já que prescrição, por um lado, que envolve a vontade do legislador e sua fundamentação na norma fundamental, estabelece normas jurídicas que determinam condutas, por outro, a descrição busca compreender e sistematizar essas normas, refletindo a função epistemológica das proposições jurídicas formuladas pelos juristas no intuito de atingir sua melhor finalidade que é a sua aplicação.

Entrementes a teoria de Kelsen (2015, p. 263) revela uma dicotomia, que não captura completamente a complexidade da relação entre esses dois conceitos na decisão jurídica. Ainda que a prescrição seja vista como ato de vontade do legislador, enquanto a descrição é o trabalho da ciência jurídica para entender e explicar essas normas, ainda assim para validar ou invalidar o *dever ser*, é necessário um exame da descrição, pois o legislador e os intérpretes frequentemente baseiam suas decisões na análise das proposições jurídicas, que são a base para a interpretação e aplicação das normas.

Portanto, a distinção não é tão rígida quanto pode parecer, porque a realidade prática mostra que há uma aproximação necessária entre ambas, já na origem o legislador, ao criar ou revogar normas, está essencialmente realizando uma interpretação, que por sua vez é uma forma de proposição. Essa intersecção entre prescrição e descrição, destaca a necessidade de considerar os valores na argumentação da decisão jurídica.

2.3 Deontologia dos princípios e axiologia dos valores jurídicos

O edifício da teoria dos princípios e a problemática axiológica são para Alexy (2017a, p. 144), teorias intimamente relacionadas por duas características, a primeira, é que a colisão e, o sopesamento são necessários acerca dos princípios, bem como o são

para os valores; em segundo lugar, a realização gradual que ocorre nos princípios, também têm a mesma conotação na aplicação dos valores.

Essa é a ideia baseada na existência relacional, de modo que princípios e valores possuem uma afinidade profunda e intrínseca: de um lado, pode-se falar tanto em conflitos, quanto em ponderações entre princípios, assim como entre valores; de outro, a concretização progressiva dos princípios equivale à consolidação gradual dos valores. Devido a isso, é possível converter afirmações sobre valores em afirmações sobre princípios, e vice-versa, sem que isso implique perda de significado ou conteúdo (Alexy 2017a, p. 144s).

Essa relação chega a ser tão amistosa que se eventualmente forem tomados como sinônimos, em nada altera o conteúdo um do outro, assim afirma Alexy (Ibidem, op. cit.), contudo, encontram-se em níveis diferentes, isto é, os princípios no campo deontológico¹⁴ como já prescrito e, valores no campo axiológico¹⁵, o qual nos interessa mais neste *post-scriptum*.

Ainda assim não é possível concluir que os valores, mesmo em dimensão não deontológica, estejam impedidos de força coercitiva, pois que nada afasta a possibilidade de que uma regra ou princípios venha a ser um dever em razão de um juízo axiológico suficientemente válido, capaz de justificar uma conduta, “assim, dá no mesmo falar em princípio da liberdade de imprensa ou valor da liberdade de imprensa etc. Princípios e valores, portanto, possuem estruturas semelhantes” (Vale, 2009, p. 141).

Ademais, a diversidade de conceitos axiológicos decorre de diferentes critérios que orientam seu objeto, como as noções de “bem” e “bom”, que possuem grande

¹⁴ O campo deontológico, na filosofia e teoria do direito, refere-se ao estudo e à análise dos deveres e obrigações normativas que orientam o comportamento e a ação dentro de um sistema jurídico. O termo “deontologia” vem do grego δέον (deon) que significa dever ou obrigação, e λόγος (logos), ciência. É usado para descrever a teoria ética que se concentra nos deveres e obrigações, em contraste com outras teorias que podem focar nas consequências das ações.

No direito, o campo deontológico investiga os princípios e normas que definem o que é considerado obrigatório, proibido ou permitido. Ele se concentra na estrutura normativa que orienta as ações e decisões dentro do sistema legal, independentemente das consequências que possam advir dessas ações.

Essencialmente, enquanto a deontologia se preocupa com o que deve ser feito com base em princípios éticos e normas, a abordagem consequencialista, por exemplo, foca nos resultados das ações. Portanto, o campo deontológico no direito examina a base e a justificativa dos deveres legais e como eles devem ser aplicados e interpretados.

¹⁵ Na obra *Valuation: Its Nature and Laws*, (1906) Wilbur M. Urban explora a natureza e os princípios que regem a valoração, investigando como os indivíduos e sociedades atribuem valor às experiências, objetos e ações. Urban propõe que o valor não é apenas subjetivo ou psicológico, mas também possui uma dimensão objetiva, estando ligado a ideais que transcendem a mera experiência individual. Ele argumenta que os valores são intrinsecamente relacionados a finalidades e aspirações humanas, estabelecendo uma interconexão entre o subjetivo e o objetivo, ou seja, entre os desejos individuais e os padrões normativos que governam a vida social. Para Urban, a valoração é um processo dinâmico que envolve tanto a avaliação pessoal quanto a influência de normas culturais e universais (Mora, 2000, pp. 242-243).

relevância no campo jurídico. Por sua vez, a Escola da Jurisprudência dos Valores destacou a importância dessas ideias, afirmando que as ciências que tratam da cultura têm como objeto algo que só pode ser compreendido por meio da interpretação.

Assim, os objetos culturais, incluindo as ações humanas, possuem significação por estarem intrinsecamente ligados a valores, sendo que o direito, a compreensão das normas e ações, não podem ser separados da análise dos valores que os fundamentam (Lacombe, 2011, p. 121).

Devido a isso no vestígio de que todo comportamento humano é axiológico, ou seja, nos vetores de compreensão tem-se por claro que valores, sentido e significados são elementos que não podem ser percebidos diretamente pelos fenômenos, mas sim compreendidos e interpretados como objetos perceptíveis. Com efeito, a natureza é desprovida de significado, que só pode ser percebido e não compreendido, enquanto a cultura, é essencialmente significação, resultado de compreensão (Larenz, 2019, pp. 298-299).

Sob outro ângulo muito interessa nesta seção o pensamento que Alexy (2017a, p. 144s) elabora sobre valores, por isso não será feita uma teorização ético-filosófica que esgote a temática, todavia, para não ficar obnubilado ou entendido como irrelevante, far-se-á uma breve menção.

De todo modo, há uma justaposição entre princípios e valores a tal ponto que um enunciado pode ser expresso com valoração ou como princípio, sem interferir nos argumentos jurídicos. Essa distinção formulada por Alexy (2017a, p. 145s) destaca a conexão estrutural entre ambos, evidenciando que possuem dimensões deontológicas (deveres) e axiológicas (valores) semelhantes.

Essa compreensão, longe de separá-los, reforça sua interdependência no campo do direito, uma vez que, no contexto da argumentação jurídica, que é intrinsecamente ligada à interpretação, é possível transitar entre argumentos deontológicos, que focam no cumprimento de deveres normativos e argumentos axiológicos, que enfatizam os valores latente às normas.

Esse movimento ressalta que não apenas coexistem, mas também se complementam na aplicação e interpretação do direito, restando a percepção de que na argumentação jurídica sequenciada da interpretação, é possível e plausível que se passe de um argumento deontológico para o axiológico (Vale, 2009, pp. 147-157).

Do grego *Ἀξιος* (*akios*) – em geral é o que deve ser objeto de preferência ou de escolha, para estipular o critério do valor de algo, quer material ou imaterial, esse juízo

sempre será atribuído pelo sujeito, fazendo uso do princípio inativo do arbítrio, que escolhe ou dá preferência, julgando ser aquilo que se lhe aparece culturalmente, um bem ou um mal.

Nada terá valor sem que esteja relacionado ao critério do sopesamento¹⁶, visto que, o juízo de valor é uma atitude de liberdade que se lança sobre o objeto – material ou imaterial – na perspectiva de gerar uma escolha entre os opostos ou contraditórios ou apenas de preferências, uma vez mais, não se pode atribuir um juízo de valor igual para duas realidades essencialmente distintas, já que se trata de questões teleológicas.

Neste sentido é que o princípio da não contradição imprime na razão o imperativo categórico de se gerar, por força do sujeito, a liberalidade de optar entre duas possibilidades fáticas ou jurídicas, por assim dizer, o indivíduo tem em si a valoração adquirida e construída socialmente e, portanto, culturalmente, que diante do objeto vai lhe predicar seguindo os critérios de utilidade e necessidade, o que faz superar a objeção do decisionismo.

Assim, se entende que a valoração será formulada segundo o socialmente construído juridicamente como útil, uma vez que, a noção de utilidade¹⁷ social conforme convenção sobreposta pelos costumes predomina-se sobre a escolha, pois, o objeto de valoração, pode ser, para o ser axiológico, exatamente contrário ao entender de outro, consequentemente, a valoração será sempre julgada em conformidade com a sua utilidade social, política ou jurídica.

Por conseguinte, o valor é o ser geratriz de uma escolha no indivíduo, executada pela via da compreensão social, a qual lhe garante a probabilidade de escolher entre o útil ou o inútil, assim entende Larenz (2019, p. 406s) e Alexy (2017a, pp. 149-153) que a

¹⁶ Robert Alexy (2017a) desenvolve o conceito de sopesamento como um método central para a aplicação dos princípios jurídicos, especialmente no contexto de colisões entre direitos fundamentais. Para Alexy, os princípios são mandamentos de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas. Quando dois ou mais princípios entram em conflito, o sopesamento é o procedimento através do qual o juiz pondera os pesos relativos desses princípios em um caso concreto, buscando uma solução proporcional. Esse processo envolve a aplicação de uma “lei da ponderação”, segundo a qual a restrição a um princípio só é justificada se for proporcional ao grau de comprometimento do outro princípio. Assim, o sopesamento visa equilibrar os valores em disputa, sem a exclusão de nenhum deles, mas respeitando as limitações impostas pelas circunstâncias específicas de cada caso, assim “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional [...] enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes” (Alexy, 2017a, p. 165).

¹⁷ Trata-se de utilitarismo ou consequencialismo voltado para uma ética teleológica, ou seja, o que determina uma decisão é a maior utilidade para a maior parte dos beneficiados, ou seja, a decisão utilitarista será sempre em razão de preferir as melhores consequências de uma atitude ou de uma norma. Em se tratando da maximização utilitarista, uma vez aplicado universalmente contradiz o subjetivismo interpretativo da norma, uma vez que a individualidade não é levada em conta como finalidade da ponderação. (Pfordten, 2019, p. 117s).

problemática entre princípios e valores é relacional, do mesmo modo como valor se relaciona com o ser social no âmbito da ética e da moral.

Parcialmente, o jusfilósofo apregoa uma distinção afirmando que “princípios são mandamentos de um determinado tipo, [...] de otimização. [...] pertencem eles ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico”. (Alexy, 2017a, p. 146).

Trata-se, portanto, da relação de conceitos, visto que em se tratando de apreciações deontológicas temos o *dever* ou o *dever ser*; mas quando se refere aos axiológicos, trata-se do “bom”, e por fim, os conceitos antropológicos, quando se diz respeito à vontade, interesse e decisão.

Para Alexy, “quem diz que algo tem um valor expressa um juízo de valor e realiza uma valoração” (Ibidem, p. 147), a qual pode ser de três modos¹⁸: Classificatório, comparativo e métrico.

Esse processo de ponderação revela que, ao avaliar diferentes valores, o conflito entre eles é inevitável, pois são os critérios argumentativos que conduzem ao juízo final, assim, quando o ponto de partida da valoração varia, o resultado será naturalmente distinto ou até contraditório.

Para Alexy (2017a, p. 153) os valores não existem de maneira absoluta, mas em função dos juízos feitos por aqueles que os avaliam, utilizando critérios variados de balanceamento, por isso a colisão entre valores não se dá na essência, mas no processo argumentativo que os contrapõe e os sopesam, dessa forma, o conflito não está propriamente nos valores, mas na forma como os argumentos que defendem um ou outro são construídos.

Por essa ótica, a teoria alexyana redefine a ideia de conflito axiológico, afastando-se de uma colisão direta entre os valores e focando no processo lógico discursivo que os confronta e, que ao final, orienta a decisão jurídica. É exatamente nessa dimensão que se requer o sopesamento atribuído aos princípios, estes também chamados de regras de valoração, o que corrobora a ideia primária da condição relacional dos valores, aliás, nesse ponto, existe uma convergência de que valores são os critérios de valoração, que por sua vez, são pontos de partida para uma ponderação, logo, para Alexy

¹⁸ Um juízo classificatório ocorre quando se predicam dois conceitos opostos, sejam eles positivos, negativos ou neutros, enquanto o juízo comparativo envolve a atribuição de um valor maior, menor ou igual a diferentes objetos. No entanto, Alexy introduz o conceito de valor métrico, que oferece uma precisão maior ao atribuir quantificação à valoração de objetos, permitindo sopesar e comparar a magnitude dos valores envolvidos.

(2017a, pp. 153-155), princípios e valores são mais que relacionados, são materialmente idênticos.

Parte dos princípios, tal como dos valores, por se confundirem, relacionando os postos perante uma possibilidade fática e jurídica, chega a estabelecer qual terá preferência diante dos demais, o que leva a crer que ocorre a certeza *prima facie* no momento da primeira perspectiva, contudo, para Alexy (2017a, pp. 106-108) somente se atingirá a melhor decisão na chamada valoração global.

É bem verdade que a tese alexyana entre princípios e valores termina por respeitar a mesma estrutura e natureza, pois, toda problemática dessa relação recai sobre interpretação constitucional dos direitos fundamentais, assim, princípios e valores são essencialmente iguais, variando apenas em forma deontológica e axiológica. Com efeito, teorias materiais dos direitos fundamentais podem ser vistas tanto como teorias de princípios, quanto de valores, ou teorias teleológicas gerais.

Ademais, fica subentendido que Alexy (2017a, pp. 557-559) não mais separa em níveis, ao defender que se trata de roupagens distintas, por isso, há de se compreender que o paradigma é o mesmo, ainda que tenha de manter o argumento de que na ciência do direito são as possibilidades fáticas e jurídicas que visam uma efetividade finalística.

A teoria alexyana revela que a essência dos princípios e dos valores é fundamentalmente a mesma e, portanto, a discussão sobre conflito entre eles é menos relevante do que a forma com que são apresentados na teoria da argumentação jurídica.

Embora a norma-valor não possua a coercibilidade da norma-princípio, a existência da norma-princípio depende da norma-valor para atribuir-lhe o devido peso, tanto é que em casos difíceis¹⁹ que demandam fundamentação metajurídica, a análise deve focar na teoria da argumentação e, não em um conflito direto entre princípios e valores.

¹⁹ Casos difíceis é um conceito apresentado por Dworkin (2017, p. 127) como resultado do positivismo, uma vez que se trata do caso concreto que venha requerer uma solução do magistrado, todavia, por sua natureza não encontra solução no direito posto, ou seja, quando uma ação específica não pode ser submetida a uma regra estabelecida previamente, a solução positivista é dada pela discricionariedade, Dworkin considera inadequada, sua teoria é de que o magistrado deve encontrar o direito das partes e não inventar novos direitos, trata-se da teoria buscar fundamentação nos princípios e valores como argumentos plausíveis para solucionar os casos que não são protegidos pelo positivismo. Nesta mesma abordagem é que Alexy (2015, pp. 91-92) denomina a mesma situação de tese do caso especial, porque o discurso jurídico requer uma argumentação que está além da subsunção, mais que a mera execução autoritativa. Assim, em caso de lacunas ou insuficiência das leis, a argumentação deve ser determinada através daquilo que é autoritativo, isto é, da lei, trata-se, pois de uma argumentação jurídica adequada com abrangência do autoritativo, da real argumentação, bem como da sua dimensão livre e discursiva. Em suma, nos casos especiais, aqueles que não estão previstos pelo legislador, somente a argumentação jurídica poderá ser uma solução adequada se estiver em conformidade com todo o sistema legal e jurisprudencial. Ambos os conceitos possuem a mesma lógica para cada um dos teóricos.

Forçoso dizer que na ciência do direito e na filosofia do direito, o terreno dos argumentos retira toda e qualquer hierarquização das premissas, falar-se-á em premissa mais forte ou menos forte dependendo da possibilidade fática e jurídica, induzindo que princípios e valores se equiparam e se complementam mutuamente para se construir um argumento forte, sólido, fundamentado e, portanto, indubitável de modo a justificar seus fins na decisão jurídica, assim “princípios e valores são apenas duas maneiras diferentes de expressar um mesmo ideal” (Vale, 2009, p. 144).

Destarte, só no campo da argumentação jurídica haverá possibilidade de vencer a fragilidade minada das vontades quanto ao conteúdo, visto que os conceitos podem ser convergentes, isso raramente acontece e, se ocorrer, haverá de ser em mínima escala; ou podem ser divergentes, o que é mais plausível no âmbito do direito, neste sentido, fica justificável a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica baseada em valores, isso porque o que parcialmente se vislumbra é uma deontologia principiológica fundada na axiologia jurídica dos conceitos.

2.4 Princípios e valores no pampricipiologismo jurídico, o que é isto?

A temática até então analisada sobre princípios e valores chega aos tempos hodiernos provocando discordâncias por parte de alguns pensadores do direito, isso porque ainda não se chegou a um consenso sobre os argumentos de aplicação dessas categorias interpretativas no âmbito da decisão jurídica, ainda que as bases argumentativas estejam preenchidas tanto de uns quanto de outros.

No campo da hermenêutica jurídica que é a linha de pesquisa deste trabalho, entende-se por decisão jurídica todo o percurso decisório de um devido processo legal, isto é, desde o surgimento da pretensão processual até a sua efetivação com uma eventual sentença, sem que esta seja limitada a súmula de uma decisão em sentido estrito.

Ademais, em uma decisão jurídica não mais há espaço para discutir a aplicação ou não aplicação da lei em sentido *lato sensu*, haja vista que consagrado o normativismo moderno, a premissa judicial de uma decisão obedecerá aos elementos da sentença, que no Brasil está codificado no art. 489²⁰ o Código de Processo Civil em consonância com

²⁰ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, consultada em 22 de agosto de 2024.
Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

o inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com equivalência para toda e qualquer decisão judicial.

Sem exaurir a hermenêutica do art. 489 do código de Processo civil no que pese uma sentença fundamentada, o legislador não esclareceu o que seria essa fundamentação, apenas se limita dizer quando não seria fundamentada na forma do parágrafo primeiro, infelizmente não sendo suficientemente por ser algo genérico.

Esta pesquisa se concentra na análise da fundamentação e motivação das decisões judiciais como sinônimos, dado que o conectivo conjuntivo indica que os termos se referem à mesma função, qual seja, a de expor as razões que justificam o julgamento. Nessa tarefa, as opiniões pessoais do juiz não têm relevância, pois ele deve aplicar o Direito de forma objetiva ao caso concreto, sem deixar que suas aspirações ou convicções individuais interfiram na decisão (Neves, 2018b, p. 33s).

Todavia, ainda que o legislador condicione elementos para afastar a discricionariedade do julgador ao tornar uma decisão mais objetiva e menos subjetiva, devido a condição do elemento humano não é possível desconsiderar o caráter pessoal de quem julga, ainda que as decisões obrigatoriamente sejam fundadas em argumentos sólidos, a pretensão é mitigar a vontade do juiz, jamais excluí-la, haja vista trata-se de ciência argumentativa e não apodítica.

I - O relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - *Os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;*

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º *Não se considera fundamentada* qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - Se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - Empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - Se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - Deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de *colisão entre normas*, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões*, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifos nosso)

É neste terreno movediço que reascende a discussão da diferença ou semelhança entre normas, princípios e valores, reflexão na qual o paradigma positivista do direito é central nas discussões sobre a interpretação jurídica, pois alça temas filosóficos fundamentais acerca de como o direito deve ser compreendido e aplicado.

Segundo Streck (2020, p. 163ss), o positivismo jurídico não se limita a uma mera aplicação técnica de normas, mas está imerso em um problema filosófico mais amplo que envolve a relação entre normas e, sua interpretação. Isso implica reconhecer que o processo interpretativo no direito não é neutro e, requer um engajamento crítico com a própria natureza do fenômeno jurídico e suas implicações teóricas.

A crítica à visão de que princípios são aplicados com maior flexibilidade do que as regras, destaca no presente a tensão entre a interpretação rígida e a aquela baseada em valores. Quando se atribui ao intérprete (sujeito) a função de descobrir valores ocultos no dispositivo legal, privilegia-se a competência interpretativa em detrimento da aplicação estrita das normas, isso é exemplificado pela crítica de que os valores subjacentes ao direito são erroneamente chamados de princípios, sugerindo que essa abordagem pode desviar a atenção da rigorosa aplicação das regras (Streck, 2017, p. 247s).

Todavia, valores e princípios são frequentemente utilizados para preencher lacunas e orientar decisões, quando a legalidade rígida não é suficiente para resolver todos os casos. Assim, enquanto regras e princípios possuem um caráter normativo obrigatório, sua aplicação deve ser cuidadosamente balanceada com uma interpretação constitucional que fixe balizas limítrofes, garantindo uma interpretação que respeite tanto a estrutura legal quanto os valores implícitos do direito.

A “jurisprudência dos valores” adotada no contexto brasileiro é um conceito subjugado a forte crítica em seu pensamento jurídico, pois está relacionado a uma corrente de interpretação do direito que atribui grande importância dos valores tácitos às normas jurídicas, frequentemente levando à flexibilização do texto legal em nome da realização de valores supostamente superiores.

Para Streck (2017, pp. 79) aconteceu uma deturpação do pensamento de Alexy (2017b, p. 203s) no que pese a teoria da argumentação, de modo que, ao se adotar a Constituição como ordem de valores, se está subsumindo a teoria alexyana da colisão de princípios, o que implica na indução de que não se levou em conta os mínimos fundamentos lógicos da teoria adotada.

Para Alexy, princípios são mandamentos de otimização com uma estrutura ampla de *dever ser*, o que pode levar a colisões entre princípios, a valoração, portanto,

ocorre como um momento subsequente de ponderação para resolver esses conflitos (Streck, 2017, p. 80).

O que é oxímoro nesta questão é o fato de que a teoria da argumentação jurídica alexyana versa sobre a tentativa de racionalizar a ponderação, sendo que no Brasil, embora adotando tal teoria, funciona na prática como que retomando a jurisprudência de valoração travestida de princípios, ou seja, há certa simbiose não só entre os conceitos como também uma possível homogeneidade interpretativa.

Por óbvio que Streck (2017, p. 81) observa que a argumentação jurídica aplicada no contexto brasileiro trata princípios como valores, entretanto, Alexy (2017a, p. 144s) apresentou distinção entre ambas as categorias, isso porque se aplica a ponderação como sendo um princípio, isto é, o que outrora era uma maneira de solucionar uma questão difícil, tornou-se uma categoria de princípio, em desacordo com essa crítica e conforme seção anterior, a conclusão é que são duas maneiras distintas com a mesma finalidade.

Quando a interpretação constitucional é abordada como um sistema aberto de princípios e regras, permeado por valores suprapositivos, a ponderação leva à formação de regras, no entanto, os tribunais brasileiros frequentemente tratam esse conceito como um enunciado performático, funcionando como um álibi teórico que justifica uma ampla gama de posicionamentos diversos (Streck, 2017, p. 82).

Mormente quando se requer a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade se demonstra exatamente que essas vias de solução, em casos emblemáticos, passaram a ser enunciados performáticos, “não se refere a algo existente nem a uma ideia qualquer; a simples anunciação já faz ‘emergir’ a sua significação. Já ‘não pode ser contestado’; não pode sofrer críticas; consta como ‘algo dado desde sempre’” (Streck, 2017, p. 82).

O que pensa Streck é no sentido de que a tomada de princípios como valores, implica em uma visão prática de estabelecer arquétipos de simulacro de direito como um fim em si mesmo, isto é, os bordões clássicos do pós-positivismo jurídico, como: “decido conforme minha consciência”, é uma postura que exerce na decisão uma carga excessiva de “autoridade” ardilosa por simular o sentido próprio do direito e, o direito próprio do sentido, em contraste com essa crítica essa pesquisa percorre outra questão.

Por vezes, na simbologia do poder tais premissas terminam por conduzir o direito, diga-se, a sentença, em respostas antagônicas para casos relativamente semelhantes, óbvio que não se espera decisões idênticas em casos outros, mas sendo de facticidade aproximada, o mínimo que uma dedução lógica pode encaminhar são decisões aproximadas, o que nem isso ocorre em muitas situações.

A discussão afluída no presente incide mais no fato de a regra da ponderação alexyana ser aplicada como princípio, razão pela qual provoca o fenômeno do *pamprincipiologismo*²¹ que não é exatamente o cerne dessa pesquisa, embora Streck (2017, p. 82) tenha razão parcial na sua análise, de modo que esta pesquisa faz outra abordagem, qual seja, a problemática de aplicar princípio como valor e vice-versa na decisão jurídica, sendo que há uma necessidade por parte do julgador em saber que fundamentação sempre é um juízo de valor, logo impossível a sua neutralidade.

Cabe ressaltar que a crítica de Streck ao modo como se aplica a jurisprudências dos valores não se aproxima da abordagem dessa pesquisa, visto que, sua crítica sobre o fato de frequentemente se desconsiderar o texto normativo e a estrutura objetiva do direito, tratando as normas legais como meras diretrizes flexíveis que podem ser moldadas em nome de valores superiores, não está na mesma régua adotada neste trabalho.

Enquanto a crítica sobre o *pamprincipiologismo* é no sentido de adotar regras de soluções finalísticas como parâmetros de uma decisão jurídica, o objeto da pesquisa em comento gravita no sentido de que os princípios, desde que adotados juridicamente, devem e podem ser aplicados como diretrizes de um processo decisório, todavia, a condição finalística do direito é axiológica, isto é, fundamenta-se em valorações.

Isso nada tem a ver com desrespeito ao conteúdo normativo, mas muito mais com teoria da argumentação que consegue sopesar quando é cabível a aplicação de princípios e de valores, o que não significa dizer deixar à discricionariedade demasiadamente sujeita à subjetividade do julgador.

Diante disso, pode-se investigar se a interpretação hermenêutica, ao seguir a trajetória do sentido das normas valorizadas no sistema jurídico, se aproxima de um objetivismo moral. Este conceito sugere uma “invariância axiológica”, onde os valores

²¹ O *pamprincipiologismo* refere-se a uma prática jurídica onde os princípios são usados de maneira ampla e irrestrita, quase como se pudessem substituir ou sobrepor-se a qualquer regra ou texto legal. Em vez de serem utilizados como guias ou valores que orientam a interpretação das normas, os princípios acabam se tornando a base principal para a decisão judicial, o que Streck vê como um risco para a objetividade e coerência do sistema jurídico. “É um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas [...] faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos” (Streck, 2017, p. 82). Quando os princípios são usados de maneira indiscriminada, os juízes ganham maior margem para decisões baseadas em suas próprias convicções ou valores pessoais, o que pode resultar em uma justiça imprevisível e arbitrária, afastando a ideia de um direito que deve ser aplicado de forma racional e objetiva. O “*pamprincipiologismo*”, na visão de Lenio Streck representa um perigo para a segurança jurídica, à objetividade, e à coerência do direito. Trata-se de uma tendência a promover decisões judiciais excessivamente subjetivas e pouco fundamentadas nas normas, assim sendo se busca um equilíbrio entre regras e princípios, dentro de uma hermenêutica jurídica que respeite o texto normativo e os princípios constitucionais, evitando a arbitrariedade e a imprevisibilidade nas decisões judiciais.

éticos e o ato de julgar não dependem diretamente das vontades subjetivas, em vez disso, um sistema de valores – como os éticos – orientaria ou deveria orientar o julgamento, consciente ou inconscientemente, conforme descrito por Streck (2020, p. 48), que é exatamente o que esta pesquisa tenta demonstrar que existe.

Nesta rima, pode-se cogitar que valor se refere ao que se encontra externo ao sujeito, extraindo de si mesmo a visão reducionista de subjetivismos axiológico, é um pouco o que “em Scheler, os valores existem *a priori*, existem de forma objetiva, são independentes de qualquer pessoalidade dos sujeitos que os portam, mas são apreendidos por meio de um processo emocional” (Streck, 2020, pp. 431-432), mais do que isso, os valores vão sendo identificados na medida em que o indivíduo vai se emancipando politicamente, diga-se, quando toma consciência de sua condição, consequentemente fará seus juízos que sendo racionais haverão de ser aplicados como fundamentação jurídica.

A aversão de Streck (2017, p. 483s) aos valores no direito, não parece está diretamente em confronto com sua epistemologia, mas ao modo como se aplica ao direito, ou seja, a simbiose epistemológica entre princípios e valores, posição da qual compartilha esta pesquisa, haja vista, são dois conceitos materialmente distintos, entretanto não parece ser tão grave quanto a crítica sugere.

Enquanto a crítica de Streck incide sobre a perspectiva de homogeneidade, nesse trabalho procura-se entender como e quando devem ser aplicados na decisão jurídica, isto é, objetiva-se encontrar uma possibilidade de convergência nos argumentos do direito enquanto princípios e valores na interpretação constitucional do direito.

O alarde que se tem dos valores faz referência aos traumas sofridos sobretudo com a ascensão nazista, todavia, há de se convir que os valores não foram por si mesmos os causadores, mas a deturpação da objetividade que aderiu ao ápice da subjetivação política como simulacro de direito, o que pode ocorrer tanto com princípios, quanto com regras, pois todo o direito permanece sendo uma questão de poder, independentemente se por regras, princípios ou valores.

Em busca de uma objetividade científica, o positivismo jurídico reduziu o direito exclusivamente à lei, excluindo-o da filosofia e das discussões sobre legitimidade e justiça, por isso que a decadência dos sistemas jurídicos se tornou emblemática após a derrota política do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Após a Segunda Guerra Mundial, observou-se um retorno da ética e, dos valores ao campo do Direito (Barroso, 2006).

Assim sendo, o problema não reside no fato de o sistema jurídico aplicar princípios e valores na argumentação jurídica, a incongruência que Streck levanta é tão somente tomar princípio por valor, que essa pesquisa compartilha, mas não acredita que seja um potencial problema, posto que grave mesmo é não considerar a racionalidade do discurso fundamentada em valores, sob pretexto de que deles procedeu-se grandes males para o direito, o que não parece justeza de raciocínio.

O objetivo dessas reflexões é afirmar que não é possível eliminar totalmente a influência dos princípios e valores das argumentações jurídicas, mesmo quando se adota uma abordagem puramente positivista do direito como é o caso do Brasil.

A violação da legalidade em contextos históricos passados não resultou dos princípios ou valores em si, mas sim da imposição de ideologias político-jurídicas que distorciam a objetividade dos valores, priorizando interesses específicos sobre a equidade e a justiça. Essa observação sugere que a problematização da legalidade está mais ligada ao abuso de ideologias, do que à presença de valores e princípios na estrutura jurídica.

Quando Streck (2020, pp.434-436) aborda a questão dos valores, o faz com uma perspectiva reducionista, associando-os ao “submundo das misérias do direito”, apesar de também acreditar na possibilidade de uma objetividade nos valores, argumenta que eles deveriam oferecer uma ordem objetiva para o direito, ora, mesmo sem notar, Streck vê os valores e princípios como fundamentais para a construção de um sistema jurídico que busca uma ordem objetiva e não meramente subjetiva, o que não consegue enxergar é que também há racionalidade epistemológica na fundamentação orientada a valores.

A crítica sobre a visão de que princípios são aplicados de forma menos rigorosa ou que permitem maior discricionariedade aos juízes é meio controversa, pois, tanto regras, quanto princípios possuem um caráter normativo obrigatório, mas sua aplicação deve sempre ser feita à luz de uma interpretação constitucional, respeitando os limites e as orientações que ela impõe.

A interpretação jurídica deve buscar uma coerência interna no sistema jurídico, onde princípios e regras são harmonizados na busca da verdade que não pode ser reduzida a um mero consenso entre os atores jurídicos, como juízes, advogados e legisladores.

Assim defende que o direito possui uma objetividade, que deve ser buscada através da interpretação das normas e dos princípios constitucionais, sem ser subjugado a um consenso momentâneo ou ao arbítrio axiológico dos intérpretes.

Sua abordagem se opõe ao decisionismo, onde decisões jurídicas são tomadas com base no poder discricionário dos magistrados sem uma ancoragem sólida nos princípios constitucionais e, na ideia de uma verdade jurídica objetiva.

Para Streck (2017, p. 211ss), o consenso pode ser um meio de alcançar a verdade, mas nunca deve ser confundido com a própria verdade jurídica, nem o livre convencimento como princípio de fundamento de sentença.

É bem verdade que a prolação de sentença não é desprovida de razão e emoção, de ideologias e “logias”, todavia, a discussão que permeia a tomada de decisão versa sobre *descrição* e *prescrição*, sujeito e objeto, princípios-valores, facticidade e validade.

O grande dilema para o direito é exatamente a busca da verdade, sendo possivelmente real ou não, isso porque é uma decisão judicial quem vai prolatar uma verdade, não podendo afirmar se corresponde necessariamente aos fatos, por isso é de se perguntar no que pese o livre convencimento motivado, se o magistrado ao se deparar com a necessidade de dizer o direito, assim procede com uma “adequação do intelecto à coisa ou adequação da coisa ao intelecto?”²²

Não adentrando nas variantes de uma eventual resposta, interessa aqui saber que sendo uma ou outra, é inegável que exista uma escolha como premissa, isto é, a adequação adotada pelo julgador será determinante para se chegar à verificada sentença, esta adequação deve estar imbuída de axiologia e não necessariamente de subjetivismo, isso porque livre convencimento não pode ser livre decisionismo, para tanto, os fundamentos precisam ser capazes de convencimento, exatamente porque o positivismo se esquia dos casos difíceis provocando a necessária procura de teorias do direito principiológica e axiológica (Dworkin, 2017, p. 71).

Desta feita, não é possível condenar culposamente os valores dos eventuais decisionismos, mas certamente a má hermenêutica dos tribunais e, magistrados sobre o malfazejo livre convencimento motivado, pois, não se trata de motivações do magistrado, essas fundamentações são de uma ponderação entre facticidade e validade, isto é, de uma valoração objetiva entre o fato e o direito, quer seja norma ou lei.

Equivocadamente discutir o “livre convencimento, no âmbito das práticas jurídicas, implica também a relação pretensamente livre que se estabelece entre o juiz e a interpretação do direito” (Streck, 2020, p. 212) isso é repleto de controvérsia porque mais

²² *Adequatatio intellectum et rei* ou *adequatatio rei et intellectum*?

uma vez confunde-se subjetivismos com valores, isto é, como se valores possuíssem apenas e tão somente o viés do sujeito.

A despeito disso, é um erro atribuir o decisionismo aos valores, isso porque é impossível pensar qualquer ato relevante para o direito que não seja valorado, o próprio direito é uma valoração.

O fato de os magistrados navegarem em suas interpretações subjetivas como se fundamentos fossem para suas decisões, não avaliza atribuir determinada postura aos valores, ainda que seja notável que a prática forense seja “primeiro decido depois fundamento”, como se já existisse uma fórmula dada que posteriormente dependesse apenas de preenchimento, isto é, decidir conforme a consciência do julgador (Streck 2020, p. 212).

Vem à baila, mais uma vez e, sempre irá surgir, a questão sujeito e objeto, sobretudo na reminiscência da revolução copernicana feita por Kant, quando coloca a autonomia do sujeito no centro da busca pelo conhecimento, fato adotado pelos magistrados para justificarem o então princípio do “livre convencimento”, inclusive já extinto do direito processual brasileiro.

Tudo isso ainda é resultado do esquema sujeito-objeto, pois, positivista ou não, o sistema não se esquivava do encontro com os conceitos filosóficos do direito, por mais que queira, por isso há certa dependência do sujeito cognoscente enquanto durar esse distanciamento por ser ele quem irá concretizar o ato judicial.

Isto posto, a superação dos dualismos jurídicos, no sentido de que tradicionalmente o sujeito é o intérprete, o ser pensante que analisa e dá sentido ao objeto, que por sua vez, é aquilo que é interpretado, como as normas jurídicas, os textos legais, ou os fatos de um caso concreto, essa concepção evidencia que sujeito e objeto são vistos como externos um ao outro, aqui reside o grande problema da argumentação jurídica.

Essa insistência no divórcio rígido entre sujeito e objeto, somente leva a uma interpretação jurídica distanciada da realidade e da normatividade, pois que do contrário o sujeito (intérprete) teria uma liberdade quase que, senão, total, para impor seu entendimento ao objeto (a norma), o que de fato, abre espaço para a subjetividade excessiva e para o decisionismo, ainda assim, essa deturpação jurídica não é causada pela eventual aplicação dos valores na decisão jurídica.

Consequentemente, muito já se fala na necessidade dessa superação das dicotomias no discurso jurídico, para que mais que separados, possam dialogar a ponto de associar sem confundir o que é sujeito e objeto, mais ainda, o que é princípio e valor,

descrição e prescrição, de modo a considerar que tanto um, quanto outro, são necessários para a redação jurídica.

2.5 Teoria da argumentação e o papel dos valores na decisão jurídica

Para Ronald Dworkin (2017, pp. X,138), toda decisão jurídica é, em certo sentido, política, pois envolve escolhas pautadas em valores que os indivíduos carregam e, nas interpretações morais que atribuem ao direito, por isso ele rechaça a separação entre direito e moral, em razão de que os princípios morais e políticos subjacentes são a luz da interpretação do direito.

Sendo uma espécie de luz, tornam-se como que diretrizes orientadores de uma decisão permitindo coerência do direito para com temas como a justiça, a igualdade, dignidade humana e, a política no sentido de ser escolhas que visam o bem-estar social que almeja uma decisão judicial.

Neste ínterim, sustenta que os princípios não são meramente normas de conveniência, mas sim diretrizes políticas que guiam a aplicação do direito. Ao fazer uso da interpretação argumentativa, o juiz está, de fato, realizando uma escolha baseada em valores, sendo justamente esse aspecto que fundamenta a relação entre princípio, valor e política.

A argumentação jurídica, portanto, deve buscar a melhor interpretação possível da lei, aquela que se alinha mais profundamente com os valores implícitos da comunidade política, garantindo a integridade e coerência do sistema jurídico como um todo (Dworkin, 2017, p. 36s).

Refletir sobre o direito envolve necessariamente a compreensão de uma teoria, que também pode ser vista como filosofia do direito, devido ao fato de que na prática forense muitos casos excedem a simples aplicação das regras jurídicas mesmo em situações mais comuns. Assim no tecnicismo jurídico o posto não é suficiente para resolver os conflitos, muito menos em casos mais complexos, por isso é preciso ir além da interpretação literal da lei, exigindo uma análise mais profícua da essência do próprio direito, que muitas vezes está ofuscada pelo engodo da visão limitada à literalidade legal.

A falta de clareza sobre qual decisão é mais adequada em um caso difícil decorre do fato de que diferentes perspectivas influenciam o julgamento. Na teoria geral do direito, a normatividade envolve a análise das teorias da legislação, da decisão judicial e

da observância da lei, cada uma a partir da visão do legislador, do magistrado e do cidadão.

O legislador elabora a lei com base em princípios, o magistrado a interpreta a partir desses mesmos princípios, e o cidadão, ao seguir ou violar a lei, age com base em expectativas fundamentadas em valores axiológicos. Assim, cada um desses atores jurídicos opera com uma interpretação própria, moldada por critérios que guiam suas ações.

A teoria geral do direito está profundamente conectada com outras áreas da filosofia, como a moral e a política, independentemente de a proposição normativa se reconhecer ou não como parte de uma teoria moral e política mais ampla, que por sua vez pode depender de concepções filosóficas sobre a natureza humana e a objetividade da moral.

Além disso, a parte conceitual do direito utiliza a filosofia da linguagem, a lógica e até a metafísica para formular seus conceitos. Essa integração reflete a riqueza e complexidade da teoria do direito, que envolve doutrinas e ideias diversas, permitindo uma gama de abordagens argumentativas que podem sustentar decisões jurídicas com base em fundamentos políticos e morais (Dworkin, 2017, p. 12s).

No entanto, essa diversidade também implica problemas, pois o direito, sob essa perspectiva, não oferece um consenso claro sobre como proceder em situações complexas. Ao contrário da técnica apodítica, que já indica a decisão verdadeira a partir de premissas fixas, entretanto, a sutil teoria do direito de Dworkin (2014, p. 149ss) abre espaço para a disputa de argumentos, sem pretensão de um único resultado. Para ele, as decisões jurídicas são sempre controversas, pois envolvem princípios morais que estão em constante debate, o que coloca seu pensamento em oposição ao positivismo jurídico, já que este se pretende dono da verdade objetiva da decisão jurídica.

Autores como Herbert L. A. Hart (2018, p. 103ss) e Hans Kelsen (2015, p. 33s) a título de exemplo, ao desenvolverem a teoria positivista do direito, trataram-na como uma ciência, superando ou neutralizando às influências políticas e morais e, oferecendo uma visão mais técnica e objetiva do direito.

O conceito de direito positivista de Hart (2018, pp. 01-07), entendendo-o mais que imperativista, isto é, como ordens e sanções muito além das normas primárias, possui comandos com poderes de modificação das regras, potestades de aplicação e critérios de validade do direito, chamando de normas secundárias, em três palavras, são as regras de modificação, julgamento e reconhecimento.

As normas jurídicas podem ser divididas em dois tipos principais. As primárias impõem deveres aos indivíduos, exigindo que pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, independentemente de sua vontade. Já as secundárias são dependentes das primárias e permitem que as pessoas criem, modifiquem ou extingam normas, além de controlar sua aplicação. Essas normas secundárias concedem poderes, tanto públicos quanto privados, enquanto as primárias se concentram na imposição de obrigações. Portanto, as secundárias funcionam como mecanismos de regulação e mudança das primárias (Hart, 2018, pp. 102-106).

Hart estava respondendo a tentativa de solucionar a inexistência de uma instituição capaz de efetivar a natureza das regras secundárias, na mesma ótica, quanto a sua aplicabilidade e coercibilidade; para ele, o direito precisava de alguém com competência decisória, por isso apresenta o que chama de regras de julgamento ou adjudicação, finalmente, o ponto chave do seu positivismo, a regra de reconhecimento que incide sobre a validade ou não do direito posto.

Essa regra de reconhecimento de Hart (2018, p. 129-142) consiste no prenúncio da norma fundamental de Kelsen (2015, p. 4s), a qual mantém a unidade do sistema jurídico, visto ser por ela que o sistema é validado, questão que interessa para Dworkin.

Para o jusfilósofo norte-americano, o positivismo jurídico é a teoria predominante do direito, dividindo-se em duas partes principais. A primeira trata do que é o direito, propondo uma teoria sobre as condições necessárias e suficientes para validar uma proposição jurídica. De acordo com o positivismo, a verdade dessas proposições está vinculada a fatos relacionados às regras adotadas por instituições sociais específicas, sem se apoiar em outros critérios.

A segunda parte da teoria está relacionada ao que o direito deveria ser, sustentando que o sistema jurídico e suas instituições deveriam promover o bem-estar geral, o que alinha essa visão ao utilitarismo²³ em sentido originário.

²³ A visão positiva e originária do utilitarismo, desenvolvida por filósofos como Jeremy Bentham e John Stuart Mill, sustenta que a moralidade de uma ação deve ser avaliada com base em suas consequências, sendo o critério central a maximização da felicidade ou do bem-estar geral. O princípio fundamental do utilitarismo é o "princípio da maior felicidade", que afirma que as ações são moralmente corretas se promovem o maior bem para o maior número de pessoas. Bentham, em particular, concebia o prazer e a dor como os parâmetros objetivos para mensurar o valor das ações, enquanto Mill aprimorou a teoria ao distinguir diferentes qualidades de prazer, atribuindo maior valor aos prazeres intelectuais e morais. O utilitarismo, em sua forma original, apresenta uma abordagem pragmática e consequencialista da ética, buscando guiar decisões e políticas públicas com base em um cálculo racional de benefícios e prejuízos sociais (Mora, 2001, pp. 2959-2961). Observar a nota número 18.

Dworkin critica essa abordagem, especialmente a versão do positivismo defendida por Hart (2028), que vê o direito como um sistema de regras derivadas de outras regras. Em casos difíceis, os juristas acabam extrapolando essas regras ao debater direitos e obrigações, recorrendo a padrões que incluem princípios, políticas e valores que não são considerados diretamente pelo positivismo.

Para Dworkin (2014, pp. 109-112), o positivismo ignora a importância desses elementos interpretativos que vão além das regras formais, tornando-se insuficiente para lidar com a complexidade do direito em situações reais.

Neste sentido argumenta que o direito não se baseia exclusivamente em regras, mas também em princípios e políticas²⁴ que guiam a interpretação e aplicação das normas, por essa razão que o termo “princípio” é aplicado de forma genérica para englobar os padrões que não são regras, mas que orientam a justiça, a equidade e a moralidade.

Nesta rima, os princípios devem ser seguidos por serem exigências da justiça, por outro lado, as “políticas” encontram-se como padrões que visam melhorias sociais e econômicas, isto é, princípios são padrões a serem obedecidos, enquanto políticas são padrões almejados. Desse modo não é questão de interpretar princípios enquanto demonstração de uma pretensão, visto que ele está voltado para a justiça, do mesmo modo que não se pode compreender política como fórmula de um princípio, ademais é equivocado compreender princípios da justiça como uma afirmação dissimulada de objetivos (Dworkin, 2017, x).

Como visto, em nada altera a diferença entre os dois termos, porém, há de se ressaltar, que ambos são padrões de correção do direito quando às regras postas não são mais suficientes para fazer valer a justiça (Alexy, 2015, pp. 256-257).

No que pese a relação distinta entre regra e princípio, pensa o jusfilósofo estadunidense que em nada altera o fato de ambas serem protótipos de correção que garantem a justiça, por isso ratifica que princípios operam como comandos gerais, mas sem estilo finalístico, ao passo que as regras têm definido seu propósito de controle social.

Contudo, essas categorias “extralegis” que envolvem os princípios são para Dworkin, sempre motivadas por escolhas políticas, refletindo a natureza do direito como algo que ultrapassa a aplicação mecânica de normas, todavia a vagueza dos princípios, exige um suplemento de regras para lograr a justiça de caráter mais concreto (Dworkin, 2017, pp. 128-138).

²⁴ Quando Dworkin fala em política está se referindo a valores.

É bem complicado a distinção entre princípios e política, já que aqueles podem expressar objetivos sociais, tal como a política pode implicar em valores, apesar disso Dworkin (2017, pp. 35-40) afirma que princípios devem ser abordados como condutores do direito, já política se volta para pretensões sociais.

Cumpra salientar, mais uma vez, que seria desastroso prescrever princípios com um objetivo social a se buscar como sendo um fim em si mesmo, ele fundamenta uma conduta a ser observada como causa motora ou causa primeira que impulsiona o direito.

A distinção entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica e reside no modo como esses padrões orientam decisões jurídicas. As regras funcionam de maneira binária, no estilo “tudo-ou-nada”. Se uma regra se aplica a uma situação, ela deve ser seguida integralmente, e se não for aplicável, é totalmente descartada (Dworkin, 2017, p. 39).

Isso ocorre porque as regras estipulam condições específicas que, quando atendidas, exigem uma única resposta correta. A validade da regra determina a decisão, e sua aplicação não admite flexibilização. Portanto, o papel da regra é fornecer uma solução objetiva e direta para casos adequados, com base na validade de seus termos.

Em contraste, os princípios operam de forma diferente, pois não apresentam uma aplicabilidade obrigatória e inflexível como as regras. Ao invés disso, os princípios oferecem direções argumentativas baseadas em valores e moralidade, que precisam ser ponderados em cada caso. Conforme a tese dworkiana os princípios não são aplicados de modo absoluto, mas servem como guias que conduzem a uma decisão particular, levando em conta o peso e a importância que carregam em comparação com outros princípios ou valores em colisão.

Na colisão entre princípios, a solução não se baseia na invalidação de um princípio, como ocorre com as regras, mas em um processo de ponderação para determinar qual deve prevalecer na situação específica, o que reflete a sua natureza flexível e interpretativa.

A razão para a tese da *arché* como direcionadora de argumentos, é que a sua aplicabilidade não versa sobre o *ser* ou *dever ser*, mas basicamente no campo dos valores, isto é, apenas na dimensão do peso e de importância, mais uma vez, no âmbito axiológico, isto ocorre exatamente na colisão de princípio versus princípio, ou valor versus valor, porque sua teoria não pretende estabelecer condições que tornem a sua aplicação necessária.

Ao contrário, incide como uma razão que comanda o argumento perante possibilidades, de uma decisão particular convergente ou divergente; já regra *versus* regra, o conflito se resolve pelo plano da validade, isto é, uma deixará de ser válida no caso *in concreto*, ratificando que se baseia no instituto da revogação, já na colisão principiológica soluciona-se pela ponderação.

Aqui consiste a primazia de um frente ao outro, isso não significa dizer revogação de princípios, nem que este ou aquele ficou na quarentena, mas que em um novo caso, aquele preterido como coadjuvante, poderá se tornar o principal, visto que será a valoração dada que assegurará em um determinado tempo e espaço a verdade possível.

É nesta ocasião que entra em cena a razoabilidade, a qual haverá de buscar o significado mais justo e apropriado, inclusive, de aplicar a regra em reserva do princípio, o que não faz daquela um princípio, nem deste uma regra, visto que nesta messe, muito se inverte os juízos por se tratar de decisões políticas. Assim sendo, o que o jusfilósofo norte-americano entende por princípios puros são os que incidem sobre direitos e obrigações individuais, isto é, aquelas situações que sempre terá o indivíduo como beneficiário ou responsável do direito (Dworkin, 2016, pp. 221-225).

Por outro lado, o que ele chama de princípios políticos são as normas que tem objeto coletivo, ambas são padrões de comando argumentativo, entretanto será a possibilidade fática do objeto em questão que partirá de um princípio em si mesmo, ou princípio geral, ou de um princípio específico chamado de político.

A razão para essa teoria dworkiana, é que ao final, toda tentativa de aferir a justiça na teoria do direito, revelar-se-á o truísmo de que os comandos ou argumentos para uma decisão jurídica na situação fática sempre se consumará a evidência das diretrizes políticas que exercem sobre as premissas que regem a decisão, e, portanto, causando o efeito cascata sobre as regras que obedecem a normas principiológicas e axiológicas.

Assim, no terreno das soluções dos conflitos viabiliza-se a razoabilidade, isto é, uma escolha política da tópica jurídica, eis aqui, a tese de conflitos entre o que realmente se entende por princípios, valores e regras, pois, se oculta neste sentido e ao mesmo tempo, se revela a existência de preceitos morais no ventre da teoria do direito, perpassando pelos princípios políticos, e regras, resta-nos, igualmente a busca do entendimento sobre valores e, moral.

No contexto acadêmico, é fundamental evitar um julgamento prévio sobre o entendimento de Dworkin (2017) acerca de valores, visto ser uma prática necessária para

assegurar a imparcialidade e a rigorosidade científica da pesquisa, contudo, a escolha de não emitir tal julgamento antecipado é por si só, um tipo de juízo de valor.

Essa escolha é baseada na premissa de que, ao adotar um padrão de análise acadêmica que não antecede juízos valorativos, se está, na verdade, adotando um ponto de vista que leva em conta a imparcialidade e a objetividade como princípios orientadores.

Esse processo não se trata de “pré-conceito”, mas de um “pós-conceito” valorativo provisório que converge para a moral na observância das normas acadêmicas, dito deferente, se equipara a uma dúvida metódica que assegura que a análise será de uma abordagem que evita preconceitos e favorece um exame mais objetivo.

Dworkin (2017, p. 128s) sugere que a escolha de não realizar um julgamento de valor antecipado está ligada a um princípio político fundamental, que vê o direito como um meio para alcançar justiça, assim quem orienta a decisão jurídica são os valores coletivos que estão impregnados no senso subjetivos do magistrado. Por isso que não há neutralidade, visto que a escolha por um ou outro princípio segue a partitura de uma disposição política axiologicamente construída ao longo do tempo.

No tratamento de conflitos entre princípios, a teoria dworkiana enfatiza que a resolução deve ser embasada por uma moral política que guie o processo interpretativo e, ajude a chegar à essência do conflito. Em sua teoria defende que o verdadeiro cerne do direito e da justiça não reside apenas em regras ou princípios isolados, mas na forma como esses elementos são interpretados e aplicados em situações concretas.

Desse modo conflitos entre princípios, como a igualdade e a liberdade *versus* os direitos políticos, ilustram a complexidade da aplicação dos princípios morais e políticos, mostrando que a decisão muitas vezes depende de uma análise profunda dos valores em jogo e, da maneira como eles são ponderados (Dworkin, 2018, pp. 8-9).

Na verdade, o direito deve ser entendido como uma extensão da moral política, e não como um sistema de regras que se opõe à moralidade. Em casos difíceis, onde não há uma resposta clara nas regras existentes, a valoração deontológica e a interpretação baseada em valores são fundamentais. A teoria dworkiana sustenta que a verdade do juízo de valores não depende de uma crença subjetiva, mas da força dos argumentos morais apresentados.

O direito, portanto, deve ser aplicado e compreendido através de uma lente axiológica, reconhecendo que a objetividade moral é crucial para a interpretação e aplicação das normas, mesmo quando os comandos normativos são insuficientes para resolver um conflito específico (Dworkin 2018, p. 12).

Assim, em se tratando de conflitos entre princípios lança-se a necessidade de uma decisão embasada por uma moral política capaz de manejar o processo para se chegar à essência do conflito que não incide sobre os princípios, mas sobre os argumentos ou sobre a interpretação destes, um bom exemplo disso ocorre entre a igualdade e a liberdade *versus* os direitos políticos positivos de eleger um representante (Dworkin 2018, p. 13).

Poder-se-ia indagar sobre a possibilidade de uma subjetividade nos argumentos, gerando uma discricionariedade desde a origem da interpretação, contudo, quando se parte dos mesmos conceitos não há necessariamente discordância, mas mudança aparente de prisma no processo, ou seja, o paradigma é o mesmo, mas os limítrofes fazem aparentar uma distância, o que não quer dizer desacordo, o que há na realidade é mera ilusão de conflito ou métodos diferenciados de interpretar, pois se trata de conceitos políticos que Dworkin entende como conceitos interpretativos, uma vez mais, o direito é interpretação.

Cumprir argumentar que sendo o direito ramo da moral política, que depende de interpretação, por sua vez carece da condição axiológica, nada mais tão objetivo que essa tese, pois, não é o fato de se fazer juízos sobre determinado princípio político que se fará patente a subjetividade, os juízos axiológicos fundamentados independem de quem interpreta, seja o magistrado, o jurista, o legislador ou o cidadão comum (Dworkin, 2018, p. 14).

É o que chamará de teoria objetiva moral, isto é, o que um ou todos os cidadãos acreditam ser verdadeiro, continuará sendo verdadeiro, caso ninguém creia, da mesma forma, se o entendem como falso, não é o fato de alguém ofertar crença que mudará a sua natureza, “não podemos defender uma teoria da justiça sem também defender, como parte da mesma tarefa, uma teoria da objetividade moral. É irresponsabilidade tentar prescindir de tal teoria” (Dworkin, 2018, p. 15).

Esse argumento é exatamente para defender a independência metafísica do valor, isto é, não se trata de um ser transcendente ao fundamento do valor, mas é o valor em si mesmo que é sua razão ou contrarrazão, assim entende Hessen (1946, p. 82s) ao defender que não é a prescrição ou o *dever ser* que quantifica o fundamento do valor, mas ao contrário, é o valor que fundamenta o *dever ser*. Em suma, tudo que possa ser entendido como dever ser, se funda de algum modo em um valor.

É baseado nesta objetividade, que o direito deve ser compreendido e aplicado na dimensão axiológica, não se negando as garantias legais, muito pelo contrário, contudo nos casos difíceis, isto é, quando não existe de fato um comando normativo posto capaz de responder a expectativa de um interesse, é que se fará uso da valoração

independentemente de quem o faça, visto que, a verdade do juízo de valor está em si mesma, quando ele é verdadeiro por seus bons argumentos, já que a matéria moral é esfera dos argumentos, não dos fatos propriamente dito (Dworkin, 2018, p. 20s).

A perspectiva dworkiana revela que toda decisão jurídica é, essencialmente, uma escolha valorativa dentro de um campo argumentativo, onde a validade ou falsidade das proposições jurídicas cede lugar ao sopesamento de valores, isso não é uma fórmula mecânica, mas atividade que requer uma reflexão de valores que em aparente conflito são ponderados na base da importância que cada um possa revelar no caso concreto.

Esse aparente distanciamento rígido entre princípios e valores é resolvido por meio da axiologia, na qual, pode haver divergências, o que faz surgir um outro juízo de valor sobre a valoração, este é a comprovação de que nesta demanda princípios e valores possuem diferenças relativas, por isso podem até serem rejeitados argumentativamente (Dworkin, 2016, pp. 157-165).

Nessa partitura o filósofo estadunidense defende que toda interpretação jurídica é, por sua natureza, axiológica, baseada em uma moral objetiva que transcende juízos metafísicos, não baseado em moralismos, por isso é crucial ao intérprete levar a sério o direito e argumentar de maneira coerente, para assegurar a integridade e a justiça no campo jurídico.

Ora, a epistemologia moral de Dworkin, ou teoria da responsabilidade moral, enfatiza a importância de uma argumentação responsável, reconhecendo que, embora não haja um consenso absoluto nos valores, a responsabilidade na argumentação é essencial para uma interpretação justa e consistente do direito (Dworkin, 2017, p. 152).

Clarividente a certeza de que não haverá concordância, muito menos será possível exigir sua existência no campo dos valores, contudo, é na epistemologia moral que se poderá exigir a responsabilidade na argumentação por se tratar de uma retórica de raciocínio interpretativo.

Essa responsabilidade moral é uma garantia intelectual de que no campo do convencimento, pode até existir divergências na moral substantiva ou teoria geral dos valores, contudo é necessário se invocar a defesa do princípio da tolerância²⁵ e respeito ao divergente, já defendido por Voltaire quando sugere o desenvolvimento de uma teoria da responsabilidade por aquilo que se argumenta (Dworkin, 2018, pp. 153-154).

²⁵ Tratado sobre a tolerância, obra clássica de Voltaire (2000).

A responsabilidade no uso de argumentos morais exige um compromisso profundo com a integridade e a seriedade na argumentação, especialmente quando esses argumentos vão além do direito estrito. Não é aceitável, segundo a visão crítica, que se utilize o argumento moral de maneira caprichosa ou com base em opiniões superficiais, como frequentemente ocorre na mídia moderna, onde interesses específicos muitas vezes influenciam a opinião pública e as decisões judiciais.

A responsabilidade moral e intelectual, demanda que aqueles que propõem argumentos sejam responsáveis pelo conteúdo que apresentam, evitando que o direito se submeta a uma moralidade falsa, orientada por interesses escusos, o que pode levar a uma instabilidade jurídica e a um enfraquecimento da justiça (Dworkin 2018, p. 155).

Neste contexto, a teoria compatibilista de Dworkin sobre a responsabilidade moral sustenta que o encargo está alinhado com qualquer pressuposto razoável sobre as causas e consequências das decisões, por isso ratifica que as escolhas morais não surgem do nada, mas são fundamentadas em valores e convicções formadas por experiências.

A ideia central é que os conflitos de valor não são necessariamente reais, isto é, fatídicos, mas argumentativos, uma vez que surgem na interpretação e aplicação em situações específicas, assim em vez de um verdadeiro conflito, o que ocorre é uma divergência na forma de interpretar e aplicar valores, o que pode ser resolvido por meio de uma reinterpretação adequada que conduza a argumentos sólidos (Dworkin 2018, p. 183).

A verdadeira questão é encontrar uma interpretação que permita uma reconciliação ou um balanceamento responsável, de modo que as decisões jurídicas sobre essas possibilidades não sejam arbitrárias, mas fundamentadas em uma compreensão mais profunda e contextualizada nos valores em debate.

A teoria dworkiana sugere que, mesmo quando os valores aparentam entrar em conflito, é possível encontrar uma solução que respeite a integridade moral de cada um envolvido. A aparência de conflito pode ser resultado de uma abordagem interpretativa inadequada, e não de uma incompatibilidade fundamental entre os valores (Dworkin 2018, p. 179).

Em última análise, a responsabilidade moral e a interpretação dos valores devem buscar uma reconciliação que permita a aplicação de princípios morais de maneira coerente e justa, todavia a busca por uma melhor interpretação dos valores é, portanto, uma questão de responsabilidade e cuidado intelectual, que se traduz em um compromisso com a justiça e a integridade no processo de decisão (Dworkin 2018, p. 183).

O que temos na verdade frente ao aparente conflito dos valores, é que, se este existir de fato, somente ocorre na dimensão procedimental, e não material, pois, se duas mentes moralmente responsáveis se encontrarem convictas de suas proposições antagônicas, certamente que concluirão distintamente uma da outra sobre o que seja certo ou errado, todavia, uma convergência se materializa entre elas, qual seja, “de que existe um jeito certo e um jeito errado de entender o certo e o errado”. (Ibidem, op. cit.).

Desse modo, a teoria dworkiana propõe duas abordagens distintas para compreender o valor. A primeira vê como algo autônomo e independente de nossas percepções, ou seja, os valores seriam intrinsecamente valiosos e merecem reconhecimento e respeito por si mesmos, sem necessidade de se justificar com base em seus efeitos práticos.

Já a segunda abordagem integra o valor à nossa preocupação em viver bem, considerando que os valores ganham significado à medida que contribuem para nosso bem-estar, sendo elementos que enriquecem e dão sentido à vida. Essas duas visões contrastam entre uma perspectiva mais abstrata e universal, e outra mais prática e conectada à experiência humana.

Ao usar a metáfora da raposa e do ouriço, Dworkin (2016, p. 150; 2018, pp. 1-2) alerta contra o risco de adotar uma visão estreita e inflexível dos valores, o que pode levar à tirania se forem impostos de maneira unilateral. Ele sugere que a justiça e a axiologia dos valores, devem ser entendidas como práticas que oscilam entre diferentes formas de justificação e interpretação, especialmente no campo jurídico. Desse modo a teoria dos valores é essencial na aplicação do direito, pois a justiça, como finalidade última da axiologia jurídica, deve ser atingida através de uma leitura equilibrada, tanto em seu aspecto intrínseco quanto em sua relevância prática.

Isso é fundamental na resolução de conflitos complexos, onde os valores devem ser harmonizados, sem hierarquias rígidas, garantindo uma aplicação justa e coerente do direito, orientada por princípios morais que fundamentam e conduzem a interpretação das normas jurídicas, por isso a busca pela verdade jurídica, conforme abordado por Dworkin (2018, pp. 198-199), deve considerar a multiplicidade de conceitos sobre o direito, que incluem perspectivas doutrinárias, sociológicas e teleológicas.

Cada um desses conceitos oferece uma visão distinta sobre o que constitui o direito, refletindo diferentes aspectos e funções do sistema jurídico, por isso que essas diferentes abordagens não se limitam a uma prática jurídica engessada, mas se entrelaçam

de maneiras que ajudam a entender melhor a natureza complexa do direito e a sua relação com a justiça.

Em contraste com o positivismo analítico, que entende o direito como um sistema de normas claramente estabelecidas e compartilhadas entre os juristas, para o pensamento dworkiano é fundamentalmente interpretativo e argumentativo. Ele rejeita a visão criteriológica que vê o direito como uma prática rígida e formal, considerando essa abordagem uma falácia, pois não contempla a complexidade inerente à tomada de decisões jurídicas.

Assim o direito deve ser visto como um campo onde a interpretação dos princípios e valores ocupa um papel central, sendo o jurista responsável por integrar considerações morais e políticas na aplicação. As divergências interpretativas, portanto, são naturais, uma vez que os juristas trazem suas próprias convicções morais para a interpretação, contudo, a melhor interpretação jurídica dworkiana é aquela que consegue harmonizar os valores com os requisitos jurídicos de forma responsável e eficaz, assegurando uma argumentação que seja racionalmente sólida.

Dworkin (2017, p. 50s) sustenta que o intérprete do direito não tem poder discricionário irrestrito, mas está vinculado a uma obrigação de interpretar a lei à luz de princípios e valores que façam sentido no contexto jurídico e, social em que está inserido. A interpretação ideal, é aquela que melhor realiza essas responsabilidades em circunstâncias concretas, aplicando os valores de forma excepcional e não de maneira rotineira.

O processo interpretativo, portanto, não é uma escolha arbitrária, mas deve ser justificado de forma convincente, levando em conta tanto a realidade jurídica quanto a fática. Embora existam múltiplas interpretações possíveis acredita-se que cada comunidade jurídica compartilha certas convicções básicas que não podem ser contestadas sem prejudicar a integridade do sistema.

Essas convicções servem como moderadoras das diferenças e ajudam a criar um entendimento comum, garantindo uma interpretação jurídica e, moralmente coerente. A teoria de Dworkin (2017, p. 375s) entende que sendo uma construção social e histórica, está em constante evolução, refletindo às transformações sociais e culturais, consequentemente a interpretação jurídica deve, portanto, ser vista como uma atividade que está umbilicalmente vinculada aos valores de determinada sociedade e às mudanças nos paradigmas sociais, significando que não há uma única forma de interpretar o direito,

mas sim uma gama de possibilidades que devem ser avaliadas dentro do contexto da moral objetiva e das práticas sociais em que são aplicadas.

A ambivalência da verdade na interpretação jurídica é uma questão central na teoria dworkiana, uma vez que argumenta que a compreensão não pode ser reduzida a uma simples busca pela verdade absoluta, mas deve considerar a complexidade das convicções morais e sociais.

Interpretar é uma tentativa de atingir uma verdade possível, reconhecendo que outras tantas podem ter validade também, todavia o intérprete/aplicador do direito precisa de uma boa argumentação para justificar sua posição, a fim de ser aceita como racional (Dworkin, 2018, p. 149s).

Essa teoria interpretativa tem como premissa o fato de que para interpretar bem é necessário seguir alguns estágios, como identificar o que é relevante, estabelecer os objetivos e escolher a melhor forma para se alcançar os objetivos concretos. Para tanto, é necessária uma abordagem estruturada e fundamentada, que ultrapasse, por assim ser, a subjetividade.

Assim sendo, a classificação das interpretações é vista em três categorias principais: colaborativa, explicativa e conceitual. Cada uma dessas categorias possui seus próprios pressupostos e objetivos, e a interpretação deve ser realizada de acordo com o gênero apropriado, isto é, a interpretação colaborativa considera a intenção do autor, a explicativa foca no significado atribuído pelo público-alvo, e a conceitual busca o entendimento do conceito dentro do debate jurídico (Dworkin, 2018, pp. 204-212).

Por fim, a teoria dworkiana advoga que o direito não pode ser reduzido a um mero positivismo jurídico, que por vezes falha em resolver casos difíceis, em vez disso, deve ser interpretado à luz dos princípios e valores que guiam a justiça e a moralidade, exigindo uma abordagem interpretativa que se ampare em uma argumentação axiologicamente fundamentada, promovendo uma interpretação e aplicação que respeite as garantias fundamentais e ofereça uma solução justa e coerente, todavia, somente com a superação do distanciamento entre descrição e prescrição é possível discutir a possibilidade de uma argumentação jurídica racional.

3 O DISTANCIAMENTO ENTRE *DESCRIÇÃO* E *PRESCRIÇÃO* COMO FRAGILIDADE TEÓRICA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Esse capítulo incide sobre a fragilidade argumentativa que possui a rígida divisão entre *ser* e *dever ser*, no sentido de ser necessário uma releitura com viés de superação por meio do pensamento de Krell tendo como escopo a doutrina alemã, bem como, buscando uma metodologia jurídica de racionalidade dos bons argumentos pautados em uma hermenêutica dos valores, como possibilidade de superar e falsear a rígida divisão entre prescrição e descrição na decisão jurídica como sendo um dos seus problemas fundamentais, trata-se da refutação da pesquisa.

3.1 Uma proposta de releitura e superação do dualismo *ser* e *dever ser* na doutrina alemã

A problemática da ambivalência entre *ser* e *dever ser*, constitui um dos maiores dilemas gnosiológicos desde a Antiguidade até os tempos hodiernos, sobretudo no que diz respeito à irrestrita vinculação da argumentação jurídica à teoria positivista do direito à sombra do paradigma de facticidade e validade.

Como muito já se revelou no capítulo segundo, existem alguns pontos frágeis dessa suposta distinção rígida, isso porque não faz mais sentido inferir a impossibilidade de contribuição de uma ciência socialmente valorativa para o direito prático, mesmo reconhecendo que se trata de uma ciência teleológica, como é a perspectiva do direito, logo ambas possuem utilidade prática e buscam identificar os meios adequados para certos fins (Krell, 2021a).

Desse modo, a compreensão e a premissa de qualquer ciência que tenha como finalidade a sua aplicação, ou seja, as ciências sociais aplicadas, primeiro precisam compreender sua dinâmica para posteriormente poder encontrar seus fins, isto é, seus objetivos pré-estabelecidos por uma escolha que o seu objeto determina.

Nesta rima, escolher um método a ser percorrido para investigação do objeto implica em decisões e escolhas objetivamente valoradas, isto é, em razão do que se pretenda compreender, por ser uma ciência finalística, muito se terá que estabelecer critérios que ultrapassem a índole personalíssima do sujeito que investiga.

Em nada difere do direito, ainda que seja abordado enquanto filosofia ou ciência, de modo que a compreensão hodierna de ciência já superou esse individualismo científico ou pretensa prepotência do saber individualizado, por isso, redução de afirmações valorativas a expressões de cunho exclusivamente emocionais sequer podem sem balizadas entre o verdadeiro e o falso (Krell, 2021a).

Desse modo a área jurídica implica em decisões finalísticas que são tomadas por pessoas, não por algoritmos, embora existam parâmetros a serem respeitados, mesmo assim não há como justificar que em determinado caso ou outro, o julgador foi mais ou menos irascível ou emotivo.

Ademais, inegável que em todos os casos em que foi tomada uma decisão jurídica inexista algum grau de valor, mesmo em situações em que se tenha aplicado a simplória legalidade, ainda assim, quando se adota uma postura de fundamentação e motivação do porquê de aquela ser adequada ao caso em comento, tudo isso, passa por uma classe natural de axiologia.

Qualquer divergência, honestamente intelectual, haverá de reconhecer que não faz mais sentido, abreviar as decisões valorativas na área jurídica a seus aspectos irracionais e sentimentais, porque do contrário, querendo uma suposta purificação kelseniana, ainda que metódica, termina não atingindo a questão fulcral, mas expondo a xeque a lisura do próprio direito, quando por ilações aparenta-se dúvidas sobre a própria função de decidir, já que se tornaria uma simulação de racionalidade por ser baseada em questão de gosto (Krell, 2021a).

Em verdade, não se está tratando de predileções de quem decide, o direito posto é quem se propõe a essa *prima facie*, o que não significa que qualquer raciocínio valorativo seja de pretensão subjetivista, uma indução inversa não garante o afastamento de eventual subjetivismo de quem decide, muito pelo contrário, a recusa a juízo de valores já é uma axiologia negativa.

A consequência natural desses argumentos é o reconhecimento de que, devido a tradicional matriz kelseniana adotada pelo sistema positivista do direito, não se compreende ou não se abre as conexões intrínsecas e inseparáveis entre as dimensões da prescrição e da descrição, porque se instituiu dogmaticamente a intransponibilidade dos conceitos postulados pela interpretação, o que afeta diretamente a aplicabilidade das normas quando em casos que extrapolam a moldura, deixando a deriva casos que se deduz como se totalmente subjetivo (Krell, 2021a).

É bem verdade que todo acadêmico das ciências jurídicas ainda nos primeiros períodos da graduação, se depara com o brocardo de que “tudo é relativo no direito”, embora nada seja relativo, todavia ante esses preconceitos em que um sistema que se avoca possuir segurança objetiva, nada mais revela senão uma senda de problemas bem definidos, quais sejam, a pretensão de excluir valores do discurso jurídico por supostamente não serem os objetivos, nem objetivos, ora, o objeto, que se contrapõe ao sujeito, não pode ser destilado por uma satisfação racional, haja vista que as tendências do conhecimento sensível animam-se de pragmatismo e realismo adjacentes (Bachelard, 2006, p. 152).

A pretensa objetividade do direito, como se fosse possível em uma escala de precisão, muito apresentou disparates de soluções, haja vista a ambivalência do direito entre descrição e prescrição gerou uma disputa gnosiológica entre racionalidade e praticidade do discurso jurídico, deixando escapar a solução para os problemas de natureza extemporâneas.

Parafraseando Bachelard (2006, p. 153) tudo o que se pretende com isso, em âmbito de hermenêutica ou de filosofia do direito, é unir essas duas categorias ou declarar que elas nunca estiveram distantes uma da outra, de modo que são dois contrários bem ajustados como todos os contrários.

Mormente, as intercessões necessárias dessas categorias, embora negadas, é a mediação dos valores, visto que é notável certa dialética de acoplamento entre objetividade e racionalidade dos argumentos sobrepondo-se ao dualismo de exclusão mútua entre sujeito e objeto (Bachelard, 2006, p. 153).

Trata-se de uma experiência duplicada pelo racionalismo, qual seja, a intermediação feita pelos valores entre facticidade e validade, como sendo uma opção adequada para discursivamente ratificar as pretensões judiciais ao mesmo tempo, tanto no objeto, que se submete a valoração, quanto no sujeito, que sobrepõe as valorações, mais dialético que isso impossível.

É o que Bachelard (2006, p. 152) chama de “revolução copernicana da objetividade” visto possuir a mesma estrutura da racionalidade jurídica, já que ocorre por uma (re)conciliação entre a teoria e a prática interpretativa do direito (Krell, 2014).

Seguindo essa trilha, Neves (2013, p. 155s) fala em “metodologia jurídica e problemas fundamentais” no que pese a necessidade de uma abordagem crítica e contextualizada quando se for analisar o direito, visto que a ótica metodológica tradicional

limita o direito a um sistema fechado, o que implica na desconsideração das influências temporais e interdisciplinares que de certo modo moldam a aplicação jurídica.

A ausência de uma flexibilização metódica impede que haja uma reflexão sobre as próprias premissas e suas limitações, sem isso, o resultado é uma aplicação superficial das normas, ignorando temas fundamentais como a justiça e a equidade.

Assim, é inegável que uma abordagem interdisciplinar com a filosofia, a sociologia, e economia ou tantas afins, quando incorporam *insights*²⁶ proporcionam uma maior compreensão do direito, em outras palavras, trata-se de uma observação que reforça a necessidade de ir além da análise normativa, para que se considere como uma questão muito mais ampla que envolve problemas fundamentais vinculados ao sistema jurídico.

Sendo o direito uma ciência pragmática, é natural que seja orientada em razão de sua finalidade, a qual é solucionar conflitos, ou seja, buscar decisões práticas, o que inexoravelmente está condicionada a uma ligação estreita entre a racionalidade e sua finalidade, ousaria dizer, há uma intrínseca aproximação entre validade (racionalidade) e facticidade (finalidade).

Desse modo, o que se pretende do direito é que suas decisões sejam corretas e justas, por mais que haja uma introdução de que a ciência do direito não trata do justo, já que se trata da função da filosofia do direito, o próprio condão positivista requer para segurança jurídica a indução de que a correição normativa influencie o aplicador do direito para o convencer a decidir de forma que gere aceitação e convencimento (Morlok, 2012, pp. 179-181).

Trata-se do processo e interpretação do direito que o magistrado realiza quando se depara com a facticidade, todavia os cânones clássicos de interpretação nunca foram suficientes para lograr uma decisão segura, em razão de que a segurança da operação mental do julgador seja garantida ou possa ser fixada com antecedência (Krell, 2014).

Impende salientar que essa mesma dicção foi externalizada no posfácio da “teoria pura do direito” que mesmo com tantos esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até o presente decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou de outra, por meio de um método objetivo, isso porque todos os elaborados conduzem

²⁶ “Insights” são percepções ou compreensões profundas e reveladoras sobre um assunto ou situação, isto é, são entendimentos que proporcionam uma nova perspectiva ou revelam aspectos importantes que não eram evidentes anteriormente. *Insights* frequentemente surgem da análise cuidadosa de dados, experiências ou observações e podem ajudar a resolver problemas, tomar decisões mais informadas ou aprimorar o entendimento sobre um tema específico. No contexto acadêmico ou científico, *insights* podem ser descobertas que levam a novas teorias, abordagens ou soluções. No cotidiano, podem ser aqueles momentos de clareza que ajudam a entender melhor uma situação ou a fazer uma escolha mais adequada.

sempre a um resultado possível, nunca ao resultado que seja universalmente correto (Kelsen, 2015, p. 292).

Assim, o direito não trata de uma resposta absoluta, mas de uma possível, de uma verossimilhança, o que implica dizer que uma decisão é tomada em fases de formação do juízo, por uma retórica da vinculação estrita entre o texto da lei e o resultado de sua aplicação (Krell, 2014).

As desarmonias sempre existirão referente aos critérios aplicados na decisão jurídica, mesmo sabendo que o sistema normativo vigora como vetor de sentido para a interpretação, haja vista que sendo o direito uma ciência pragmática, sua finalidade alcança exatamente a prática, ou seja, execução da decisão jurídica.

Todavia, não é fácil para um estudioso do direito, muito menos para os militantes dos tribunais, notar que a teoria jurídica está muito aquém do que a práxis efetivamente executa, de como executa e, sobretudo, por que procede daquele e não de outro modo, haja vista que a formação acadêmica introduziu a ideia de que a prática segue a teoria, sendo exatamente o contrário que acontece (Krell, 2014).

Isso não implica dizer que na prática a teoria é outra, muito contrariamente, a teoria na prática é outra, ou seja, muito mais pertinente é indagar se os argumentos de laboratórios não são simplesmente inúteis para a função prática do direito, isso porque sendo uma ciência dos fins, é necessário considerar como no contexto social real o direito é compreendido, tanto interna quanto externamente ao sistema.

A penumbra dualista entre teoria e prática, reflete a ambivalência entre descrição e prescrição, por estarem voltadas evidentemente para as categorias profissionais do direito, aquelas que o pensam e, as outras que o praticam, como se fossem capazes apenas de pensar ou de praticar o direito separadamente.

Ora, a grande questão da metodologia jurídica incide exatamente na diáspora de que trata essa pesquisa, isso porque enquanto não se encontrar um caminho onde possa existir uma coabitação entre descrição e prescrição, continuará a ciência do direito preocupada com o processo da decisão forense, quando na verdade sua função dever-se-ia ser cultivar a capacidade de corrigi-la, pois que, uma vez publicada poder-se-ia ser justificada e exibida com razão (Krell, 2014).

Como já foi mencionado, decisão jurídica é o complexo de uma demanda que persegue uma súmula fundamentada, a qual requer uma consciência referente a duas possíveis posturas: a primeira, é a autoconsciência do magistrado de que nenhuma das partes persegue o que sua pessoa nominada acha; a segunda, é saber que aquilo que

substancialmente é estabelecido deverá ser construído e concatenado com fundamentos intersubjetivos, isto é, por meio de um conjunto de interesses.

De tal modo, a guia de uma decisão jurídica encontra-se em alguns elementos integrados que visando a fundamentação do resultado se alcança certa racionalidade da ciência do direito, sobretudo, a capacidade de valorar os argumentos que conduz à ponderação de racionalidade entre bens e interesses (Krell, 2014).

Racionalidade do discurso jurídico encontrará arrimo na motivação, pois esta é fundamentante, desde que respeitando toda a gama dos princípios lógicos do conhecimento, os cânones de interpretação e, ainda sendo capaz de justificar ao destinatário o sentido de àquela e não outra, ser a decisão mais aceitável, por isso que a temática central deve ser compreendida enquanto discussão racional (Ferraz, 2015, pp. 44-51).

Ora, em regra o discurso está a serviço do convencimento, eis a tese da retórica aristotélica que é uma teoria da persuasão examinando como o discurso pode influenciar e convencer, visto que entende ser a capacidade de descobrir o adequado em cada caso para atingir a persuasão que não necessariamente trata-se de consenso ou mútuo entendimento (Aristóteles, 2012, p. 12s).

Nesta dicção Parini (2017, pp. 115-135) entende a retórica como uma arte essencialmente persuasiva, que vai além de técnicas discursivas formais, sendo fundamental para a construção do sentido e da argumentação, especialmente no contexto jurídico e político. Assim enfatiza que a retórica não é meramente ornamentação ou manipulação de palavras, mas um processo argumentativo que busca convencer interlocutores por meio de uma comunicação eficaz e racional.

Para ele a retórica tem o poder de influenciar o raciocínio, moldar percepções e guiar decisões, sendo, pois, uma ferramenta indispensável para o diálogo democrático e a prática jurídica, onde a busca pela justiça muitas vezes depende da força e da qualidade dos argumentos apresentados.

À guisa de Streck (2017, p. 81) a verdade do direito não se adequa passivamente à consonância, isto é, à conformidade de opiniões políticas entre as pessoas dentro de um mesmo grupo. No direito, isso pode significar um entendimento comum ou uma interpretação amplamente aceita de uma norma jurídica como a composição e as conciliações, jamais o consenso midiático ou político pode ser uma forma de decidir como se fosse um enunciado performático.

Assim o consenso é insuficiente para determinar a validade ou correção de uma interpretação jurídica, visto que não garante, por si só, a justiça ou a correção de uma decisão jurídica racionalmente fundamentante, porque pode ser resultado de pressões sociais, políticas ou econômicas, o que afastaria a racionalidade da decisão (Streck, 2017, p. 484).

Em contraponto, o que se pode chamar de verdade deve ser algo que transcenda ao mero consenso, visto que em âmbito jurídico está relacionada à interpretação das normas, logo, não é simplesmente o que a maioria dos julgadores concordam individualmente, mas o resultado de um processo interpretativo que leva em conta a integridade e coerência do ordenamento jurídico dentro da situação comunicativa, assim há um afastamento da hipótese de a decisão jurídica ser fruto de um aplicador jurídico ou mesmo de grupos, pois deve ser tomada como operação ou consenso do sistema jurídico (Silva, 2021, p. 35).

Nesta mesma rima tem-se como comunicado que a decisão jurídica é um processo de comunicação complexo, que deve ser respeitado em sua complexidade, isto é, como um processo observatório do direito sistemático voltado para a composição do seu sentido (Silva, 2021, p. 36).

Ora, essa compreensão coloca as partes enquanto sujeitos da decisão jurídica não equidistante das especificidades de cada caso concreto, isso significa dizer que uma concepção sedimentada na racionalidade da decisão jurídica ocorre dentro da situação comunicativa do próprio direito, ou seja, o agente não se distancia da realidade, muito pelo contrário, a conhece e, se reconhece nela, mesmo que no discurso racional, anseios, culturas, memórias nunca apareçam como vetores de autoridade, isso não significa, que sejam desprezados (Ferraz, 2015, pp. 153-144).

Evidentemente que não se trata de uniformização de discursos, isto é, tratar todas as categorias e auditórios como se idênticos, a verdade é que embora exista semelhanças, as peculiaridades são determinantes para submeter um discurso a racionalidade, ainda que no âmbito da retórica ou da hermenêutica.

Pois bem, Parini (2017, pp. 116-117) ao apresentar a retórica do direito citando Nietzsche (1922, p. 291) sobre os três planos da retórica, corrobora que o direito é imanentemente retórico quanto ao seu vocabulário, logo, argumentativo, comunicativo, racional, por isso que diante da dimensão tríade apresentada por Nietzsche, esta pesquisa

se aproxima da terceira que é *epistème*²⁷ (ἐπιστήμη), isso porque se trata de uma questão mais analítica sobre a decisão jurídica, porém com perspectiva prática.

Trata-se da retórica analítica que possui uma abordagem crítica e sintética que utiliza de uma linguagem reflexiva para questionar e examinar a natureza, as características e a relevância dos conceitos jurídicos, essa retórica busca entender se certos conceitos devem ser usados e, de que maneiras eles podem ser manipulados ou aplicados, evitando o uso dogmático e acrítico das noções legais, em essência, destaca uma postura de questionamento e análise profunda dos fundamentos do direito (Parini, 2017, pp. 116-117).

Desse modo, uma proposta de racionalidade da decisão jurídica será verdadeira na medida em que prestar esclarecimentos, não se limitando a afirmações, mas justificando, não como fundamento subjetivo do magistrado, a contrário senso, o discurso irascível corresponde àquele cujas regras não provém da própria comunicação jurídica (Parini, 2017, pp. 116-117).

Entendida a racionalidade como sendo uma fundamentação suficiente, ou seja, é um discurso fundamentante por parte do magistrado que decide, em função da perspectiva crítica e divergente da parte do ouvinte, diga-se, das partes processuais que tornam determinante o reconhecimento da decisão enquanto racional ou não.

Krell (2014) lendo e interpretando Schelsky (1980), defende que a racionalidade jurídica tem sua genética em uma consciência institucional, de forma processualmente organizada em busca do certo ou seguro, pretendendo o verdadeiro ou falso, por isso que o seguro é fruto das relações sociais, sendo que cada indivíduo agirá segundo compreenda que o comportamento do outro é o correto.

Essa é a metodologia pretendida enquanto objetividade, que por disparate dos intérpretes kelsenianos aduziram ocorrer exclusivamente limitada a aplicação da lei, sendo o juiz o sujeito *bouche de la loi*²⁸, o que não ocorreu. Porém, nos tempos modernos metodologicamente falando, se pretende reconstruir mentalmente o procedimento para entender como intérprete chega a uma decisão considerada justa e correta, para tanto isso só é possível se a mesma decisão possuir fundamento de razão e estiver aberta a ciência

²⁷ Não nos é possível aqui desenvolver os três planos de Nietzsche, mas apara que se registre: retórica como *dýnamis* (δύναμις) faculdade de descobrir, como *téchne* (τέχνη) arte de especular e, como *epistème* (ἐπιστήμη) analítica.

²⁸ “Mas os juízes da nação não são, como dissemos, senão a boca que pronuncia as palavras da lei” (Montesquieu, 2018, p. 313) a expressão ganhou sentido pejorativo referente ao juiz que apenas aplica a lei.

jurídica argumentativa ou a uma interpretação constitucional aberta a axiologia (Krell, 2014).

Para os kelsenólogos o que garante objetividade da teoria é a pureza metodológica, imbricada na “teoria pura do direito”, assim quando a teoria se autodenomina “pura” significa que ela busca focar exclusivamente no estudo do direito, afastando qualquer elemento que não pertença diretamente a esse campo. Objetiva garantir que a ciência jurídica se concentre apenas no que pode ser rigorosamente identificado como direito, eliminando influências externas ou irrelevantes, esse é o princípio básico da metodologia kelseniana.

Em busca de uma racionalidade metódica do direito, o próprio Kelsen (2015, pp. 391-392) reconhece que nenhum método de interpretação havia alcançado um resultado único, nem haveria de ocorrer, visto que a ciência jurídica trata do possível, do convencimento, do verossímil desentranhado por uma hermenêutica geral²⁹ que dispõe de elementos racionais para avaliar a correção de uma interpretação pelo aporte da compreensão verificada.

Mesmo que os critérios jurídico-rationais não possam ser medidos de forma quantitativa, sendo avaliados com base em valores, eles formam uma estrutura de razões que possibilita criticar ou justificar decisões jurídicas, visto que para que uma sentença seja considerada normativamente correta, é necessário que, entre a fase inicial de entendimento prévio e, a decisão final, haja um momento de verificação metódica para garantir a sua validade (Krell, 2014).

Essa verificação, refere-se ao processo de determinar a validade e a aplicação das normas jurídicas dentro do seu sistema normativo, logo trata-se do processo de conferir que uma norma específica é válida dentro dessa ordem, tendo como critérios, a

²⁹ Dentre tantos teóricos que tratam da hermenêutica, a tese de uma que fosse universal foi principiada por Friedrich Schleiermacher, pai da hermenêutica moderna, sua pretensão fundamental era “[...] construir uma hermenêutica geral como arte de compreensão. [...] Os textos exprimem-se numa linguagem e assim utiliza-se a gramática para encontrar o sentido de uma frase; há uma ideia geral que interactua com a estrutura gramatical para formar o sentido, seja qual for o tipo de documento. [...] o acto fundante de toda a hermenêutica: o acto de compreensão, o acto de um ser humano vivo, dotado de sentimentos e intuições. [...] em Schleiermacher, a hermenêutica transforma-se verdadeiramente em ‘arte da compreensão’” (Palmer, 2014, pp. 91-93). Somado a esse dado, Gadamer argumentando sobre a teoria de uma hermenêutica universal de Schleiermacher, afirma que “nele a interpretação e a compreensão se interpretam tão intimamente como a palavra exterior e interior, e todos os problemas da interpretação são, na realidade, problemas da compreensão. [...] sua verdadeira contribuição: desenvolver uma verdadeira doutrina da arte do compreender em vez de uma ‘agregação de observações’. [...] ‘a hermenêutica é a arte de evitar o mal-entendido’. [...] se eleva à autonomia de um método, na medida em que ‘o mal-entendido se produz por si mesmo e a compreensão é algo que temos de querer e de procurar a cada ponto. [...] uma referência à verdade que está oculta no texto e que dever vir à luz”. (Gadamer, 2020, pp. 254-255).

formalidade, a conformidade com a norma superior e a conexão com a norma fundamental, assim uma norma é verificada como válida se ela cumpre os requisitos procedimentais e normativos dentro da estrutura hierárquica do sistema jurídico (Kelsen, 2015, pp. 260-263).

No que pese a sentença jurídica ela não se restringe apenas a verificação, mas alcança também a pretensão de correção, visto que não se espera apenas uma sentença racional, mas que possa ser logicamente fundamentada (Alexy, 2017b, p. 206).

Isso porque os argumentos que sedimentam essa perspectiva encontram amparo na comprovação de que todas as decisões judiciais sejam motivadas, visto que não se admite uma conclusão destoante da lógica das premissas dadas pela facticidade. Assim é inadmissível que se afirme algo que ao mesmo tempo se recusa fundamentá-lo, ainda que essa fundamentação tenha cunho de interesses subjetivos, ela não deixa de ser fundamentada, a grande questão é se os fundamentos podem ser aceitos racionalmente pela pretensão de correção.

Nesta rima, indubitavelmente os magistrados estão obrigados a fundamentar as sentenças, em virtude do direito positivo mesmo, sendo essa submetida à aspiração de correção, mas se eventualmente essa fundamentação não possuir razões plausíveis, lhe falta os pressupostos da correção, ainda que não esteja privada necessariamente do seu caráter de decisão jurídica competente, contudo estará viciada e defeituosa em sentido jurídico e moralmente (*Ibidem op. cit.*).

Não parece que o argumento de Alexy (2017b, p. 207) seja de um rigor submetido a correção, já que, afirmar que a pretensão é necessária em um Estado de Direito, mas justificar que a ausência dessa relevante obrigação não invalida o ato, parece não obedecer ao próprio princípio que robustecer o argumento que defende, visto que somente a legalidade e a correção objetiva, conjuntamente compõem o sistema de argumentação jurídica coordenado (Neumann, 2008, p. 83s).

Por essa ótica, decidir implica escolher um determinado sentido, por isso o método hermenêutico da interpretação/compreensão parece ser o mais apropriado, pois, compreender o direito na sua intrínseca relação com a facticidade, é crer que a escolha não pode ser personalíssima de quem tem competência, mas o próprio problema, ou seja, a relação é tópica, no sentido de ser uma técnica de pensar a partir das práticas (dos problemas) despertadas retoricamente (Viehweg, 2008, pp. 15-16).

Por se tratar de questão pragmática, que é a finalidade do direito, há de se considerar que a justificação³⁰ da decisão é composta por um lado formal e por outro consensual, os quais buscam a concordância acerca das valorações que interferiram na interpretação e, nas suas consequências (Krell, 2014).

Essa ideia consensual não está atingida pela crítica de Streck (2017, p. 554s), haja vista não se trata de consenso sobre o que decidir, mas está orientado para o pensamento jurídico, o que implica a própria feitura legal, que necessariamente é consensual, bem como quanto as razões do direito no sentido de que “onde existe a mesma razão se aplica o mesmo direito”³¹, ou seja, trata-se de uma âncora racional, pois o consenso extrapola a formalidade jurídica sem que se configure seu abandono.

A pretensão de correção está arraigada de padrões axiológicos, os quais não estão imunes as ponderações pessoais de quem julga, isso é psicologicamente natural, cada leitor dessas cifras faz neste instante suas ponderações pessoais como que automaticamente, por isso que no âmbito da decisão jurídica trata-se de uma fenda inevitável, podendo ser aceita em virtude da preponderância de regras argumentativas do método jurídico, capaz de evitar arbitrariedades ou a perda parcial ou totalmente da segurança jurídica (Krell, 2014).

Quando uma sentença é prolatada, o destinatário quer compreender os fundamentos que conduziram o magistrado a concluir de determinado modo, destinatário engloba todos os envolvidos, aliás, quem tem interesse na causa, busca no seu patrono uma explicação da decisão, isso só é possível porque a sentença obrigatoriamente deve ser fundamentada.

Desse modo, para que haja um reconhecimento da sentença, não necessariamente aceitação, ao ser fundamentada está legitimando-se externamente, mas também dando condições de ratificação quando submetida ao duplo grau de correção interno.

Por essas e outras razões que corroboram o direito enquanto argumentativo, é que surge o anseio pela superação da abiose construída entre norma e fato, como paradigma de uma hermenêutica moderna cientificamente fundamentada e, portanto, racional.

³⁰ Segundo Atienza (2016) os órgãos jurisdicionais não precisam explicar, mas justificar suas decisões, visto que explicar é afirmar que a decisão foi tomada por questões de fortes crenças ou credences, enquanto de justificar é dizer quais foram os suportes que levaram a determinada interpretação.

³¹ *Ubi eadem ratio, ubi idem ius.*

Essa performance parte do aspecto de que o que existe são narrativas, isto é, convenções da linguagem, da interpretação, da compreensão, da hermenêutica e da retórica, isto é, a verdade é um contrato humano com sua própria identidade.

Neste sentido é que a crítica de Nietzsche (2005, p. 46s) ao conceito de verdade construído pela tradição filosófica, a qual defendia que a origem cultural da verdade está estreitamente vinculada à linguagem (Mota, 2013, pp. 45-46), não deixa escapar ao direito, aliás, nada se esquivava, porque quando se considera a verdade como objeto ou técnica jurídica, não há como negar a linguagem enquanto uma realidade idealista³².

Assim sendo, a linguagem³³ ganha o apanágio de portadora de uma verdade, ainda que sob as condições humanamente convencionadas, afinal o que é verdadeiro, é em razão da concepção humana socialmente construída historicamente.

Nesta senda, compreendendo que na comparação das diversas línguas entre si a verdade nas palavras é o menos importante, porque do contrário não haveria necessidade de tantas línguas. Se pretende demonstrar com isso que não se dispõe na linguagem senão de metáforas sobre coisas que não correspondem às essencialidades primordiais (Nietzsche, 2005, p. 57s).

Entende o autor acerca da verdade e da mentira que os conceitos surgem da “igualização do não igual”, o que se pode deduzir que se trata dos opostos, ora, ninguém

³² Foi Leibniz quem atribuiu a Platão o termo “idealista” no sentido de compreender a realidade enquanto forma ou ideia, assim idealista ficou associado aos que afirmam que as ideias são reais, essa é a concepção antiga, mas “o idealismo moderno não está completamente separado do seu sentido ‘antigo’: a filosofia idealista moderna também se funda nas ‘ideias’. [...] Chama-se então de ‘idealismo’ toda doutrina – e às vezes simplesmente toda atitude – segundo a qual o mais fundamental é aquilo pelo que se supõe que devem se dirigir as ações humanas, são os ideais [realizáveis ou não, mas quase sempre imaginados como realizáveis]. Também se pode considerar como simplesmente ‘humano’ na medida em que o que se leva em conta é a ação do homem, e especialmente a ação do homem em sociedade” (Mora, 2005, p. 1423).

³³ Donald Davidson, um dos filósofos mais influentes do século XX no campo da filosofia da linguagem, tem uma concepção específica sobre linguagem, verdade e fatos. Seu trabalho está profundamente enraizado na tradição analítica e explora como a linguagem se relaciona com a realidade e o conhecimento. Davidson desenvolveu uma teoria da verdade baseada no conceito de “condições de verdade” (influenciado por Alfred Tarski). Para esse autor entender o significado de uma sentença é entender as condições sob as quais essa sentença seria verdadeira, isso se refere à ideia de que uma teoria semântica da linguagem deve especificar, para cada sentença, sob quais circunstâncias ela é verdadeira, por exemplo, entender a frase “A neve é branca” implica saber que ela é verdadeira se, e somente se, a neve é branca. Davidson rejeita a ideia de que a linguagem seja simplesmente um espelho do mundo ou que existam “fatos” que são independentes da linguagem e que possam ser correspondidos por sentenças verdadeiras. Para ele, a verdade não é uma correspondência direta entre palavras e o mundo, mas um conceito que emerge de nossa prática linguística, que envolve uma triangulação entre falante, ouvinte e o mundo, que pode ser parafraseada em sujeito, objeto e linguagem, uma vez mais, no que pese o direito, pode-se dizer: facticidade, validade e interpretação. Assim a linguagem é central para a compreensão da realidade e está intimamente ligada às condições de verdade das sentenças, por assim ser verdade é entendida em termos de condições linguísticas de verdade, que são determinadas dentro da prática linguística, por isso que os fatos não existem independentes da linguagem; em vez disso, são compreendidos no contexto de uma rede coerente de crenças e afirmações verdadeiras. (Davidson, 2001, p 19s).

sabe o que é o frio ou o calor, mas porque sentindo-os e experimentando-os, se torna capaz de comparando um com o outro, tecer a sentença baseada em duas sensações diferentes, a uma se conceituou frio e a outra calor (Nietzsche, 2005, p. 50).

Com efeito conceitos e formas são categorias puramente linguísticas, não é possível atribuir a estas a pretensão da verdade, uma vez que, linguisticamente é uma representação³⁴, de tal modo que a pergunta sobre o que é a verdade é dispensável.

Assim as verdades são, na realidade, construções simbólicas, formadas por metáforas, metonímias e antropomorfismos que, ao longo do tempo, foram intensificadas e adornadas poeticamente, que após repetido uso, essas construções, originalmente criações humanas, passam a ser vistas como algo fixo, normativo e incontestável.

Com o tempo, esqueceu-se sua origem como ilusões ou figuras de linguagem, tornando-as vazias de seu sentido original, assim como moedas que perderam seu valor inicial, mas que continuam a ser tratadas apenas como pedaços de metal (Nietzsche, 2005, p. 58).

Sendo a verdade resultado de um impulso como entendia Nietzsche (2005, p. 50), então ela é uma realidade ideal, ou seja, existe apenas em âmbito linguístico, ao menos como pretensão humana, ora, é neste sentido que a descrição é uma realidade ideal positivada do homem para o homem (Maihofer, 1972, pp. 51-78).

O que aproxima o pensamento de Davidson (2001, p. 19s), Nietzsche (2005, p. 46s) e Maihofer (1972, pp. 51-78) é a razão de que a separação entre descrição e prescrição no discurso jurídico é apenas uma questão linguisticamente idealizada, o que termina por determinar como verdade uma idealidade fática, sob alguns parâmetros que são convenções linguísticas, isto é, não pretende apenas interpretar fatos, mas mudá-los em função de uma racionalidade finalística e valorativa (Krell, 2021a).

Por conseguinte, é inaudito querer retirar da linguagem, que representa os ideais de “verdade”, a condição primária da valoração, visto que, somente quando o sujeito se depara com a representação poderá compreender o sentido do objeto, desse modo, seguindo a tese de que o *dever ser* é um ideal, impõe-se aceitar que não existe oposição deste para com o *ser*.

Consequentemente, um conflito entre facticidade e norma não é algoritmo da ideia do direito enquanto verdade metafísica, mas uma tensão em âmbito realista, ou seja, na dimensão dos fatos, projetado por uma má comparação da realidade com uma

³⁴ Notamos a influência direta de Arthur Schopenhauer em Nietzsche, sobretudo da obra “o mundo como vontade e representação”.

promessa futura, apenas por uma análise crítica produzida antecipadamente (Krell, 2021a).

Neste sentido, *dever ser* não é senão uma possibilidade, que estaria contraposta ao real, ou seja, ao fato, todavia, a categoria de possível pode ocorrer total ou parcialmente, independentemente do grau de um juízo de valor sobre a realidade possível de uma realidade ideal, não sendo outra coisa senão uma questão finalística, isto é, o *dever ser* se projeta num juízo de valor.

Assim sendo, baila a cognição de que *Sein (ser)* e *Sollen (dever ser)* estão tão imbricados quanto a compreensão e a linguagem, ou seja, trata-se de uma interatividade cooperativa, de modo que o pressuposto de uma norma, portanto, de um *dever ser*, está na relação integradora da compreensão social, isto é, de um juízo de valor (*ser*).

Notável que não se trata de escolher um em detrimento do outro, haja vista, não seria precipitado afirmar que a negação de um provocaria a extinção do outro, por isso que *ontológico* e *deontológico* embora com suas peculiaridades possuem a mesma genética, em outras palavras, o que é, está lançado ao que deve ser, sendo que o que deve ser somente é pensado por que existe o ser.

Assim a realidade fática é genitora de uma idealidade. Melhorando, pode-se dizer que a forma como o autor justifica o sentido de sua compreensão poder-se-ia ser mais acessível, isto é, os fatos da vida cotidiana, às experiências que cada indivíduo vive socialmente, são razões suficiente para repensar um ideal social, logo, oportunamente, tentar prevenir certos acontecimentos valorados negativamente, bem como entender sua criação a partir de como os membros daquela sociedade se comportam.

Assim sendo, o fato é pensado a partir de diferentes ângulos que englobam o *ôntico* e, o *deôntico*, todavia o motivo de cada um deles não ser reduzível ao outro, não afeta a necessidade de compreender as suas relações de reciprocidade, por isso que a relação entre os fatos da realidade e as normas da idealidade, que regem as sociedades, são indissociáveis, porque não há outra perspectiva de se compreender como o direito e, as normas sociais se relacionam com a realidade concreta dos fatos senão por valorações linguísticas (Krell, 2021a).

Cumprir observar que a pretensão desta pesquisa não incide em realçar a “força normativa do fato” associada à teoria do jurista alemão Georg Jellinek³⁵ (2000, p. 324s),

³⁵ A teoria da “força normativa do fato” de Georg Jellinek é apresentada em sua obra “Teoria Geral do Estado” (*Allgemeine Staatslehre*), publicada pela primeira vez em 1900. Nesta obra, Jellinek desenvolve a ideia de que fatos sociais consolidados e aceitos podem adquirir normatividade, ou seja, podem influenciar

que argumentava que os fatos sociais podem, por sua própria força, gerar normatividade e influenciar o sistema jurídico, lógica muito evidente no direito privado, em detrimento da “força fática do normativo”³⁶.

Muito pelo contrário, é sistematizar que os fatos influenciam na criação ou modificação de normas, na medida em que estas, por sua vez, influenciam e transformam a realidade factual, moldando o comportamento e os fatos sociais. Esses conceitos refletem claramente a interdependência entre fatos e normas, mostrando que ambos se influenciam mutuamente no processo de formação do direito, e na regulação da vida social. É precisamente neste prisma que o *deôntico* se caracteriza como juízo axiológico, que atribui ao objeto um julgamento positivo ou negativamente conforme ponto de vista normativo, ademais sendo afirmações não deixam de revelar sua parte *ôntica* (Krell, 2021a).

Configura-se assim uma correspondência entre fato e norma, de modo que um estar para o outro na condição relacional, assim é que direito passa a ser um intermédio das duas dimensões, como suporte para uma decisão juridicamente racional, assim entende Krell (2021a) ao ler Hassemer (1985, p. 63s) que defende que a racionalidade deve ser cogitada a partir da *essência* e da *existência*, mobilizados na relação entre a regra (norma) e o objeto de decisão.

Trata-se da teoria crítica de Winfried Hassemer (1985, p. 66s) sobre a relação entre a regra jurídica e, o objeto da decisão judicial. Conquanto sua abordagem se insere no contexto do garantismo e do direito penal, interessa a esta pesquisa a sua visão de que a regra jurídica embora oriente a decisão judicial, a sua aplicação não pode ser automática, formalista ou mecânica, visto que o objeto da decisão, que é o caso concreto, sempre apresenta peculiaridades que exigem uma interpretação contextualizada ou atualizada como corolário de uma decisão acertada.

Assim o magistrado não é um mero aplicador passivo da lei, mas sobretudo desempenha um papel crucial, pois ao decidir um caso deve interpretar de maneira a considerar as especificidades do objeto da decisão, tornando-se uma atividade que envolve tanto a aplicação, quanto a adaptação das regras jurídicas ao caso concreto.

na criação de normas jurídicas e políticas. Essa teoria é uma das contribuições mais influentes para o pensamento jurídico, sublinhando a ideia de que a realidade factual pode, em certas circunstâncias, se transformar em uma força normativa que molda o direito e as instituições estatais. (Jellinek 2000, p. 324s).

³⁶ Refere-se ao impacto que as normas jurídicas ou sociais exercem sobre a realidade. Aqui, o foco está na capacidade das normas de moldar, modificar ou regular os fatos e comportamentos das pessoas na sociedade. As normas têm, assim, uma força “fática”, no sentido de que elas influenciam e transformam a realidade concreta.

Por conseguinte, enfatiza-se a necessidade de uma interpretação dinâmica, contextual e relacional, onde se deve levar em consideração tanto os clássicos critérios hermenêuticos, quanto os princípios normativos, nos quais incluem-se os valores condicionados pelo objeto da decisão jurídica.

Assim a crítica de Hassemer (1985, p. 7) estende-se ao formalismo jurídico, que tenta aplicar às regras de maneira rígida e descontextualizada, ora, o formalismo³⁷ não é suficiente para atender o sentido do direito, por isso que um protocolo excessivo indubitavelmente desemboca em injustiça, por ignorar às particularidades do caso concreto e, as necessidades de valoração da norma.

Neste sentido, se por um lado o *ser* é previamente valorado, por outro, o *dever ser* carece de uma materialização fatidicamente real ou idealizada para ser compreendido, o que ocorre por meio da alínea linguística que é comum entre as duas dimensões, desse modo não se pode reduzir o direito a mero procedimento ou formalismo.

Isso porque normatividade e justiça dependem de si mesmas, havendo necessidade de se elaborar uma mediação entre ambas, de modo que se crie um método de aproximação da norma ao caso real (Krell, 2021a).

Nessa perspectiva, se configura uma correspondente vinculação axiológica entre *ser* e *dever ser*, no sentido de que a prescrição se constitui na pré-compreensão³⁸ da descrição, a qual, conseqüentemente se materializa no prescrito, ou seja, existe uma simbiótica dependência tanto quanto harmônica.

Considerando que um ato humano poderá passar despercebidamente aos olhos do direito, significa dizer que este é irrelevante para o sistema jurídico, se porventura um acontecimento requerer a vanguarda ou a reprimenda do direito, conseqüentemente é porque existe assim um pacto entre ambos, isto é, em se tratando de um fato jurídico a

³⁷ Essa ideia de disciplinar a razão do direito por meio da metodologia, isto é, do formalismo exacerbado, é a pretensão de proteger a ciência do erro, ideia tipicamente moderna ao modo cartesiano. (Gadamer, 2020)

³⁸ No pensamento de Heidegger (2021) particularmente em sua obra “Ser e Tempo”, a pré-compreensão é parte do conceito de “ser-no-mundo”. Heidegger argumenta que nossa existência é sempre situada; estamos sempre já inseridos em um mundo com significados e contextos que moldam nossa compreensão. Para ele, a pré-compreensão é a maneira pela qual o ser humano, ou *Dasein*, se relaciona com o mundo. Antes de qualquer ato de interpretação, já estamos imersos em um horizonte de sentido, que influencia a maneira como interpretamos novos fenômenos. Assim, todo ato de compreensão é, na verdade, uma interpretação que já parte de uma base prévia de significados. Nesta mesma senda, Gadamer (2021) discípulo de Heidegger também analisa a pré-compreensão como sendo central no processo hermenêutico, ele chama de “preconceito” (*Vorurteil*). Diferente do sentido negativo usual, defende que os “preconceitos” são inevitáveis e necessários para a compreensão, visto que, representam as tradições, os valores e as experiências que trazemos ao ato de interpretação. Argumenta ainda que a interpretação não é sobre tentar eliminar esses preconceitos, mas sim reconhecer e dialogar com eles, permitindo uma fusão de horizontes entre o intérprete e o texto ou fenômeno interpretado.

relação norma-fato é pressuposta para qualquer possível decisão, sendo assim, nenhuma análise comprovou até o presente que a norma e a realidade devem inicialmente ser encaradas separadamente (Muller, 2002, p. 90s).

O argumento de que um dever não pode ser deduzido de um ser, não passa de uma pré-compreensão ao modo heideggeriano ou gadameriano, ou seja, trata-se de uma antecipação *a priori*, isto é, isenta de valor, todavia, essa prévia, não se mantém necessariamente na condição fática, posto que se trata apenas de uma suposição, que pode ser ratificada ou retificada.

Nessa rima, segundo a interpretação de Krell (2021a) ao ler Jonas (2006, pp. 95-97), a afirmação de que o “valor” ou o “bem” tem uma força moral tão poderosa que sua simples possibilidade impõe a necessidade de sua realização, ou seja, se um valor ou bem pode existir, ele já exige moralmente que seja realizado.

Por isso que quando o *dever ser* (aquilo que deveria ser) encontra-se frente a uma ação que depende de uma escolha livre, essa possibilidade de realizar o bem se transforma em uma obrigação de agir, logo, a existência de algo moralmente bom justifica e, impõe a responsabilidade de agir para trazê-lo à realidade, caso esteja sob o controle da escolha humana.

Destarte, a refutação é substancial na quantidade de bons argumentos e teorias que justificam a superação da rígida divisão por meio da valoração entre a descrição e prescrição como sendo um método plausível de melhor compreensão e aplicação do direito, haja vista que sendo uma ciência pragmática, tem como escopo sua efetividade social que somente é vislumbrada quando se associa norma ao fato, logo, a relação entre ambos é uma condição necessária que possui os valores como intermédio.

3.2 Racionalidade de bons argumentos e hermenêutica dos valores

A teoria dos bons argumentos no direito está associada ao pensamento de Alexy (2017b, p. 276s), visto que este desenvolve uma proposição que combina elementos de filosofia do direito e teoria da argumentação, para estabelecer critérios sobre como os argumentos jurídicos devem ser avaliados e submetidos à pretensão de correção para atingir certa racionalidade.

De acordo com Alexy (2015, p. 279s), um bom argumento jurídico deve satisfazer certos critérios que asseguram sua racionalidade e correção. Ele propõe uma

abordagem que se baseia em princípios de coerência, universalização e racionalidade prática.

Os principais axiomas de sua teoria dos argumentos devem ser consistentes e evitar contradições internas, pois não é possível defender uma posição que contradiz outra no mesmo sistema jurídico, essa premissa equivale ao que se pode chamar de equiparação e, obediência ao princípio da não contradição em sua forma originariamente aristotélica aplicada ao direito³⁹.

Um bom argumento jurídico deve ser capaz de ser universalizado, o que significa aceitação por qualquer pessoa em situações semelhantes, sob as mesmas circunstâncias, sendo que a forma de sua aferição se encontra no modo silogístico de ser do direito⁴⁰.

Ademais, os argumentos devem ser adequados ao contexto jurídico, respeitando os princípios e as normas aplicáveis, uma vez que, o direito não é apenas um sistema lógico-formal, mas também prático, por isso deve ser capaz de justificar decisões em casos concretos, levando em conta os valores e princípios subjacentes.

Neste sentido, um bom argumento é aquele que suporta o princípio da proporcionalidade como critério central na ponderação de direitos e princípios em conflitos jurídicos, consequentemente devem demonstrar que a aplicação de determinada norma lhe é proporcional, isto é, adequada, necessária e equilibrada em relação ao objetivo que se pretende alcançar.

Todavia, esses critérios de justificação interna do sistema, são insuficientes para os casos emblemáticos, isso porque não se trata de mera dedução lógica, além de ser um grave equívoco deduzir que o paradigma acima estabelecido, não leva aceitavelmente em consideração a inter-relação entre fato e norma, ora, é exatamente essa relação que é mediada pelos valores (Alexy, 2017b, p. 259).

Outrossim, um bom argumento é aquele que aprofunda às especificidades do fato tanto quanto da norma, que ocorre na justificação externa, que tem por objeto a fundamentação das premissas internas do sistema, podendo ser positivado, enunciados baseados na experiência ou distintamente dos dois (Alexy, 2017b, p. 222).

Essas fundamentações ocorrem quando uma regra incide para mostrar-se conforme o ordenamento jurídico; além de fundamentar no caso de premissas empíricas

³⁹ Discussão já desenvolvida no item 2.2 dessa pesquisa.

⁴⁰ Alexy apresenta um exemplo para entender a forma silogística: Premissa primeira: o soldado deve dizer a verdade em questões de serviço; Premissa segunda: O senhor 'M' é soldado; Conclusão: O senhor 'M' deve dizer a verdade em questões de serviço.

recorrendo às escalas de procedências ou métodos de presunção racional; finalmente, quando não são regras ou premissas empíricas recorre-se ao que se pode chamar de argumentação jurídica (Alexy, 2017b, p. 222).

Seguindo essa conjectura alexyana, a argumentação que está muito além de uma mera aplicação de lei, pode ser tão necessária não só para interpretar, mas também para reconhecer a validade de uma norma, assim não apenas é imprescindível à teoria do discurso, como também sua recusa ou desdém é contradição.

Considerando que a argumentação jurídica em Atienza⁴¹ (2017, p. 35s) é uma prática essencial para aplicação e interpretação do direito, visto que envolve essencialmente uma ação ligada ao uso da linguagem e, surge a partir de um problema a ser resolvido, ela não se limita apenas ao processo de discutir ou debater, mas também inclui o resultado dessa atividade.

Argumentar é um exercício racional, porque orientado por um objetivo que visa solucionar um dilema, bem como por aplicar critérios que permitem avaliar qualidade e validade do mesmo argumento, sendo o que o torna passível de uma apreciação e ponderação (Atienza, 2017, p. 37), resultando em um discurso racional, por obedecer a princípios lógicos e coerentes.

Essa coerência intelectual não é fortuita, por isso que assim deve proceder a argumentação jurídica, muito superior a um conjunto de técnicas aplicadas por uma retórica jurídica formalista que não inova no conhecimento do direito, é fundamental para

⁴¹ Neste mesmo sentido Perelman (2020), em seu “Tratado da Argumentação: Nova Retórica” entende que argumento é uma ferramenta essencial de persuasão em contextos onde o raciocínio lógico-dedutivo, por si só, não é suficiente para resolver disputas ou convencer interlocutores, aplicado claramente ao direito, já que se trata da verossimilhança. O argumento é um meio de persuadir ou convencer uma audiência, sendo essa audiência um indivíduo, um grupo ou uma coletividade. Ele distingue entre persuadir, que é convencer um indivíduo específico, e convencer, que é direcionado a uma audiência mais ampla e que busca alcançar um consenso mais universal.

Não se trata de uma dedução, que é raciocínio formal, lógico ou apodítico, esta busca a verdade plausível por meio de deduções a partir de premissas verdadeiras, enquanto que os argumentos em Perelman têm como objetivo a persuasão e a adesão de uma audiência, sem garantir a certeza absoluta. O foco é no provável e no plausível, não no certo.

A eficácia de um argumento depende de sua capacidade de se conectar com a audiência. O orador deve considerar os valores, as crenças e os preconceitos do auditório ao formular um argumento. Isso implica que o sucesso do argumento depende do contexto e das características do público-alvo.

Por isso que a proposta de uma “nova retórica”, é adequada enquanto estudo sistemático dos métodos de argumentação empregados em situações onde o raciocínio estritamente lógico não se aplica, como no direito, na ética e na política. Nesses campos, a argumentação se dá em torno do razoável e do aceitável, e não do verdadeiro no sentido estrito.

Em suma, para Chaim Perelman (2020) um argumento é uma forma de persuasão que visa gerar adesão por meio da razoabilidade, em vez de se basear exclusivamente na lógica formal ou na evidência empírica, adaptando-se ao contexto e à audiência para alcançar esse objetivo.

a ciência jurídica que as decisões sejam embasadas em razões que possam ser compreendidas e avaliadas por outras instâncias com o mesmo rigor.

Assim, cabe ao magistrado ou ao intérprete do direito, apresentar razões justificantes, as quais devem ser fundamentadas em normas jurídicas, princípios e precedentes, exibidas de forma clara e compreensível dentro de uma estrutura de premissas e conclusões concatenadas entre si.

Por isso que argumentar não é apresentar as motivações ou justificações das decisões, mas um meio de fortalecer a racionalidade e legitimidade do direito, no sentido de melhorar a propriedade decisória do sistema jurídico (Atienza, 2017, p. 38).

Querendo provocar a possível argumentação axiológica, o teorema kelseniano desafia às teorias jurídicas orientadas a valores, a argumentarem como essas conexões são justificadas sem danificar a autonomia do direito.

A provocação é para que os teóricos do direito respondam como podem justificar interpretação e a aplicação axiológica do direito, sem comprometer a pureza e a autonomia do sistema jurídico, assim Krell (2021b) propõe que para superar o “desafio kelseniano” é fundamental desenvolver um conhecimento racional sobre a aplicação do Direito, levando em consideração as quatro principais objeções feitas por Kelsen.

A primeira delas é a ausência de verdade nos juízos de valores, implicando no argumento de que eles não podem ser tratados como fatos objetivos no Direito. Em contrapartida, a solução para essa objeção é integrá-los racionalmente, isto é, submetidos ao crivo do contraditório e, reconhecer que eles desempenham função intrínseca na decisão jurídica mesmo sem ignorar a subjetividade.

Outra objeção incide sobre o argumento de que não é possível uma interpretação jurídica objetiva por parte dos órgãos competentes, visto que este não está imune à subjetividade do membro. Para superar esse desafio é necessário encontrar uma decisão “autêntica” orientada a valores que requeira o desenvolvimento de critérios interpretativos que limitem o arbítrio e promovam uma aplicação mais consistente e imparcial das normas.

A terceira objeção trata da impossibilidade de descrever às possibilidades do enunciado jurídico além de sua moldura, sugerindo que as normas jurídicas têm limites de interpretação. A solução para esse ponto está em expandir a compreensão das normas sem ultrapassar os limites do texto jurídico, por meio de técnicas interpretativas e de argumentação (Krell, 2021b).

Finalmente, a quarta objeção é o relativismo de conteúdo do direito, que reflete a variabilidade dos valores jurídicos ao longo do tempo e, entre diferentes sociedades. Para superar isso, Krell (2021b) sugere que, mesmo aceitando o caráter contingente dos valores, é possível buscar princípios universais que garantam maior estabilidade e racionalidade na interpretação e aplicação do direito, sem cair no relativismo extremo.

No que pese a compreensão sobre interpretação, a visão kelseniana limita-se a estabelecer uma linha divisória de formalismo institucionalizado, visto que, somente pode ser levado em consideração a interpretação feita pelos órgãos estatais, a chamada interpretação “autêntica”, visto que, somente nesta a aplicação do direito ajusta-se com um ato de vontade que efetua ao escolher dentre as possibilidades (Kelsen, 2015, p. 387s).

É nesta ocasião em que se produz uma norma ou a executa, por isso que por meio desse ato volitivo se diferencia a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do direito de toda e qualquer outra interpretação, na verdade, a premissa posta é que a interpretação autêntica estaria supostamente isenta de qualquer valoração exterior ao direito, enquanto que a não autêntica estaria repleta de valores, como se fosse a função ou a condição em que o intérprete se encontra que o colocaria na posição imune a qualquer juízo metajurídico.

Nesta partitura, é lançada a possibilidade de uma decisão jurídica justificada sobre uma hermenêutica dos valores, isto é, o desafio kelseniano faz perquirir dentro das funções linguísticas a superação da dicotomia entre *descrição* e *prescrição* por meio dos juízos axiológicos sobre o fato e a norma.

Ademais sobre valores relativos, os quais nunca foram abandonados da decisão judicial, o que não se justificaria taxar questões de ética jurídica como “não científicas” com o alibi de excluí-los da ciência do direito, sendo que a métrica do esclarecimento racional pode ser otimizada tanto quanto nas normas jurídicas (Krell, 2021b).

Como réplica à provocação, uma indagação também emerge no sentido de como é possível um direito formalista e objetivo, a ponto de ignorar qualquer resquício de subjetividade de um sujeito que escolhe quais palavras e motivações apresentar na decisão jurídica, que se propõe a solucionar problemas com dupla narrativa fática.

Ainda que a objetividade seja a pretensão, juntamente com a racionalidade da decisão, o bom argumento é exatamente o que é sedimentado em uma racionalidade alcançada por equivalência de paradigmas, ora, como não se pode falar sobre a verdade do direito, mas da verdade possível, a importância do bom argumento consiste no fato de

que será racional nos ditames de uma racionalidade possível, assim como será objetivo nos liames do padrão de objetividade possível (Krell, 2021b).

A busca da verdade real é apenas uma possibilidade, todavia, esta precisa da ponderação entre às versões, não apenas fáticas, mas entre a norma e o fato, o que implica um reconhecimento de que sem o fato, não faz nenhum sentido uma norma jurídica, ou seja, existe uma dinamicidade que envolve fato e norma, sendo que esta encontra-se em inércia como objeto de atuação do intérprete esperando sua valoração.

Inúmeras são as leis que existem num ordenamento jurídico que vigoram sem eficácia, isto é, não tem nenhuma serventia concreta, *ex vi* não há uma só possibilidade de incidência real, em contrapartida, a cada instante inúmeros são os casos concretos que batem à porta do judiciário requerendo uma resposta que não se ampara na letra gélida da lei.

Nessa ocasião o intérprete canonista é obrigado a trair sua “coerência” e julgar fora da moldura, porque é chamado a enfrentar às necessidades sociais que são reais, por essas e outas razões, é que a ciência do direito enquanto argumentativa, deve se abrir racionalmente para os conhecimentos afins, bem como à axiologia, sem abandonar sua estrutura normativa, mas buscando vanguarda em outras concepções de verdade sob o manto da coerência dos argumentos, o qual se permite controlar pela própria essência dos contrários.

Neste processo de argumentação a interpretação é mestra da verdade, isso porque os fatos são verdadeiros até que sejam narrados, o que implica um aditivo axiológica em suas palavras, desse modo esta afirmação na senda de Nietzsche (2008, p. 260) é justamente no sentido de que não há fatos, só interpretações [*interpretationen*], pois não se pode verificar o que supostamente é o fato em si, no que pese a ciência, dever-se-ia reconhecer a inexistência de padrões de racionalidade objetivos, uma vez que são desprovidos completamente da subjetividade na interpretação e na aplicação do direito (Krell, 2021b).

Nesse diapasão, a busca pelo sentido ocorre de modo que interpretação é, uma operação mental que segue a aplicação do direito em suas normas jurídicas, assim sendo, refere-se aos aplicadores, ou seja, os participantes, todavia, também os observadores interpretam, trata-se do indivíduo que precisa obedecer à lei, sua interpretação livre consiste na análise de submissão de sua conduta em convergência legal para evitar a sanção.

Para agir em obediência à lei, é necessário compreendê-la, o que implica traçar o sentido das normas que devem ser observadas, nesse patamar está a interpretação feita pelo indivíduo, bem como pela ciência jurídica.

Notadamente, a aplicação da norma é o fim da interpretação, logo para que uma conduta seja julgada adequada ou inadequada à determinação normativa, se faz mister uma operação mental capaz de valorar se a conduta atende ou não os ditames legais. Essa operação expõe a lógica positivista ao dilema⁴² de que “ou negará a objetividade de todos os valores ou tentará dissociar os valores cognitivos dos valores éticos propriamente ditos” (Krell, 2021b, p. 08).

Sendo assim, Krell (2021b) ao ler Rabenhorst (2003, p. 54s) defende que o positivismo enfrenta um dilema epistemológico: se aceitar que a justificação científica é puramente subjetiva, ele abandona seu compromisso com uma objetividade rígida e se aproxima de uma postura relativista, onde as verdades científicas são determinadas por perspectivas individuais ou contextuais.

Esse caminho levaria o positivismo a renunciar à sua pretensão de neutralidade e objetividade, reconhecendo que o conhecimento científico está, em última instância influenciado por fatores subjetivos. Dessa forma, o positivismo deixaria de ser fiel aos seus princípios originais e se tornaria epistemologicamente relativista, assumindo que a ciência não pode se basear em verdades universais e objetivas.

Outra alternativa seria o reconhecimento de que não é possível o hiato entre o descritivo e o prescritivo, visto que proposições como “Calígula era um tirano louco” podem indicar fatos ou juízos de valor, isto é, aproximando a verdade da linguagem da verdade do fato.

Para se chegar a dizer o que é verdade linguística e verdade factual é necessário um juízo de valor, isso também ocorre quando se quer dizer o que é ou não científico, assim os desacordos sobre acontecimentos científicos, podem ser na verdade desacordos axiológicos, se assim o for, tem-se a fragilidade da premissa positivistas da objetividade da ciência imaculada de valores.

⁴² “Costuma-se chamar atenção para a diferença entre o dilema e o silogismo disjuntivo, no qual se afirma apenas um dos membros da disjunção. Um dos exemplos tradicionais de dilema é: os homens realizaram os assassinatos que planejaram ou não os realizaram” (Mora, 2004, p. 738), o resultado é que em qualquer uma das opções serão culpados.

Por conseguinte, não há como escapar da *conditio sine qua non* da linguagem⁴³ dos valores, visto que termos centrais do positivismo jurídico, tais como pureza, método, verdade, ponderação, pertinência, etc., estão impregnados de uma bagagem axiológica e interesses que se manifestam no próprio juízo, sobre a cientificidade de determinado conhecimento, a tal ponto que uma concordata sobre um fato também poderá ser um ajuste de valores.

No que pese a questão da linguagem jurídica, Neves (2013, p. 83s) argumenta que esta carrega significados e interpretações que são essenciais para a criação e a aplicação das leis, e que uma análise crítica da linguagem utilizada nos textos jurídicos pode revelar nuances e, contextos importantes que influenciam a prática jurídica.

Em sua abordagem metodológica, defende que a compreensão da linguagem é indispensável para uma análise jurídica mais completa e reflexiva, ressaltando que a linguagem não deve ser tratada como um mero veículo de expressão, mas como um elemento valorativamente ativo e tópico (*topoi*⁴⁴) na construção do sentido jurídico.

Logo, partindo do conhecimento tópico de que a atividade humana é uma faculdade axiológica, sopesada na interpretação e execução de protótipos valorativos, torna-se inegável a racionalidade no que pese situações voltadas à interpretação e aplicação do direito, não fazendo *jus* a premissa de que essa relação pressupõe uma carga de valorações como impeditiva de razão, ora, a própria razão é uma atividade valorativa.

Igualmente, uma verdade será alcançada a depender de fundamentações convincentes com argumentos e ideias concatenadas, razão que configura uma teoria cientificamente como saber jurídico. Na realidade, toda decisão jurídica não é senão uma justificativa que efetua juízos axiológicos, os quais ocorrerem na esfera da plausibilidade do argumento, por estabelecerem balizas para padrões demasiadamente incontestáveis de racionalidade, clareza e distinção que possam corresponder aos aspectos de correção e previsão da decisão jurídica (Krell, 2021b).

Assim sendo, para se ter um bom argumento é fundamental que se conheça o que é, e como é um bom argumento⁴⁵, o que pode ser a mais elevada prova de

⁴³ “A linguagem é importante não apenas pela função descritiva e comunicativa, mas também pela função existencial” (Mondin, 1980, p. 149).

⁴⁴ Na obra “tópica jurídica” de Theodor Viehweg, trata-se de um ponto de partida, como uma técnica do pensamento que está orientada para o problema, isto é, o caso concreto o *topoi*, isto é, o ponto de partida para se buscar uma solução, por isso que pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação caso não se queira restar sem esperança. Essa constitui-se, portanto, a técnica do pensar problematicamente (Cf. Viehweg, 2008, pp. 33-34).

⁴⁵ Nesta esfera Santo Agostinho é um bom exemplo sobre o conhecer para saber, visto que relata no capítulo 3 (parágrafo 4) do Livro VI das “Confissões” que ia ouvir Santo Ambrósio atraído pela sua reputação como

racionalidade e objetividade, haja vista que se vislumbrará uma previsibilidade de interpretação e aplicação do direito (Krell, 2021b).

Outrossim, um bom argumento será aquele que também é contextualizado, em se tratando de âmbito jurídico, é necessário que seja considerado em domínio da própria hermenêutica, por isso haverá de ser condição para delimitação dos bons argumentos, temática que já estava estabelecida em Aristóteles (2012, p. XXXI) quando apresenta a tríade elementar do orador, do conteúdo e do ouvinte, também adequado aos três gêneros retóricos: o deliberativo, o judicial e o epidíctico⁴⁶.

Por vezes, a solução jurídica para casos mais intrincados é alcançada por meio de pontos de vista plausíveis, visto estarem carregados de poder persuasivo de racionalidade e aceitação geral, quando um bom argumento externaliza o raciocínio suficientemente apropriado a justificação racional para a solução concreta, isto é, por meio de seu compartilhamento teórico e prático (Krell, 2021b).

Consequentemente, a obediência a hermenêutica jurídica fundada em argumentos, estabelecerá uma visível vinculação das decisões judiciais aos seus verdadeiros argumentos, de modo ao aproximar tais decisões de um intérprete realista, a argumentação seria notada em sua justeza, não apenas para cumprir formalidade, como ocorre nos tribunais referente ao “princípio da ampla defesa”, mas que quando se prolata uma decisão sequer o magistrado cita os argumentos contrários, nem que fosse para combatê-los. Obviamente que uma ciência do direito com essa envergadura estabelecerá o patamar do melhor argumento, não de quem pode decidir por competência (Krell, 2021b).

um orador eloquente e eficaz, sendo sua motivação inicial puramente estética e intelectual, interessado na habilidade retórica do bispo ia para aprender oratória. De modo que sistematiza sua visão sobre argumentação na obra “*De Magistro*” (o mestre) como sendo uma das obras mais relevantes em que Agostinho discute a importância da argumentação. Nela ele explora o conceito de ensino e aprendizado, e o papel da linguagem e da argumentação nesse processo. (Agostinho, 2017).

⁴⁶ Discurso Deliberativo (político), tem objetivo de persuadir ou dissuadir o público em relação a uma ação futura, sendo orientado para o aconselhamento e a tomada de decisões. Seu propósito é argumentar a favor ou contra uma determinada política, ação ou decisão que precisa ser tomada no futuro. Geralmente encontrado em contextos políticos, como assembleias, parlamentos e debates públicos. Seu tempo verbal aplicado é o futuro, pois foca em consequências das ações propostas. Já o Discurso Judicial (forense) objetiva acusar ou defender, sendo usado para julgar, por isso somente faz sentido incidir sobre ações passadas. O orador busca convencer o público que geralmente é um juiz ou jurados, sobre a justiça ou injustiça de um ato que já ocorreu, logo seu tempo verbal é no passado. Finalmente, o discurso epidíctico (Demonstrativo) visa louvar ou censurar valores, virtudes e vícios, já que se concentra na celebração ou crítica de pessoas, eventos ou ideias, geralmente com o objetivo de afirmar valores sociais e culturais. Geralmente esse tipo de discurso é comum em ocasiões cerimoniais, como funerais, homenagens, eventos comemorativos e celebrações públicas. Oradores que usam o discurso epidíctico geralmente focam em elogiar virtudes ou condenar vícios. Seu tempo verbal é o presente, todavia pode também refletir sobre o passado para destacar as qualidades ou falhas de alguém.

Portanto, não faz sentido o argumento de negar a racionalidade e a objetividade de questões sobre interpretação e aplicação do direito por um suposto sincretismo com os valores, limitando-os a subjetivismos, haja vista, nada é imune a axiologia, desse modo é mais que louvável a necessidade de justificar racionalmente a interpretação na ciência do direito, uma vez que, a bem da verdade, argumentar precisa tão somente ter um espectro racional, não de um requinte absoluto equivalente a protótipos de objetividade possível do direito, o que inexoravelmente ocorre com a hermenêutica dos valores por meio da racionalidade dos bons argumentos (Krell, 2021b).

3.3 A ponderação dos valores e o falseamento da distinção entre descrição e prescrição.

A ponderação dos valores na decisão jurídica está profundamente relacionada à ideia de que o direito deve funcionar como um instrumento para a realização da justiça, especialmente dentro de contextos que envolvem direitos sociais e fundamentais, que em sua maioria já foram normatizados, mas certamente ainda restam aqueles que sequer no sistema jurídico são mencionados, por isso que a ponderação de valores é essencial para lograr decisões racionais em um contexto moderno onde os direitos muitas vezes entram em conflito.

Nesse diapasão a ponderação é um processo necessário quando diferentes direitos, princípios ou valores estão em jogo, mormente em casos onde direitos sociais como saúde, educação e moradia, e tantos outros precisam ser equilibrados com restrições orçamentárias e outros direitos. Assim, a resolução deve ser obtida mediante uma ponderação de bens na aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, diante disso os julgadores devem considerar não apenas o texto da lei, mas também o impacto social das suas decisões, assegurando que a interpretação jurídica contribua para a efetivação dos direitos fundamentais (Krell, 2002).

É urgente notar que a ponderação de valores não é uma simples equação de escolha entre uma norma ou outra, mas envolve uma análise cuidadosa das consequências das decisões, buscando sempre o maior equilíbrio possível entre os direitos envolvidos. Isso implica uma abordagem mais pragmática e socialmente consciente da aplicação do direito, onde os intérpretes têm um papel ativo na promoção da justiça social.

Por isso que a proposta de ponderação dos valores na decisão jurídica deve levar em conta a eficácia pragmática dos direitos, isto é, os resultados concretos, buscando sempre uma solução que maximize a justiça e a equidade dentro do contexto específico em que o caso se insere, para que não suceda de promover uma injustiça normatizada ou direitos supraleais (Krell, 2002).

Obviamente que é necessário apresentar como funciona essa valoração, haja vista, é iminente o perigo de se cair no erro clássico em que incorreu o regime nazista quando se valeu das teses juspositivistas, para imprimir uma reprovação de cunho moral e ético contra às medidas legislativas, sendo que estas em sua maioria havia respeitado o processo legiferante formalmente correto (Krell, 2002).

Para tanto, se faz necessário uma autocrítica do sistema, isto é, dos que aplicam diretamente o direito nos casos concretos, uma crítica reflexiva diante da substância normativa, bem como dos interesses que estão em disputa, porque é problemática a ausência desta honestidade intelectual que limita o magistrado de pôr em prática alternativas subsidiárias que possam permitir uma interpretação democrática, responsável e plausível dos enunciados normativos em casos concretamente especiais (Krell, 2002).

Todavia é preciso superar a dicotomia segmentada tanto por parte doutrinária, quanto jurisprudencial, no que pese a intransigência da separação entre argumentos jurídicos e os científico-dogmáticos, em contrapondo dos argumentos ‘metajurídicos’, como os axiológicos, outrora expurgados do direito, não sendo nada mais que uma redundância, visto que argumentos são retóricos em qualquer dimensão que sejam interpretados, valorados e aplicados.

Obviamente que esse processo valorativo procede mediante uma flexibilização da literalidade normativa, no sentido de uma “re-criação” que possa lograr justiça real, ou seja, justa aos olhos do caso, não se tratando, todavia, nem poderá ser entendido assim, como valoração por uma idiosincrasia, ou seja, subjetivismo do aplicador do direito, muito além, pois que submetida a racionalização dos argumentos classificar-se-á objetiva em razão a integralidade do sistema (Krell, 2002).

A unidade sistêmica na sua permeabilidade principiológica, já garante um controle ou ao menos uma neutralização do decisionismo, exatamente quando quem decide terá que motivar suas escolhas e valorações, as quais, mais uma vez, estão sujeitas a reformulações.

Por isso que se trata de pragmatismo jurídico, os valores apenas são aplicados em maior ou menor medida frente aos casos mais emblemáticos, entretanto, mesmo nos

casos ordinários não há como escapar dos argumentos, visto que o próprio legislador ao intentar uma regulamentação está coberto de intensões, de pretensões, que ao fim e ao cabo, são determinações axiológicas, tanto é verdade que a lei já é uma confecção que confere proteção a certos bens, deixando sem, ou protegendo menos outros tantos bens (Larenz, 2019, p. 297s).

Talvez os intérpretes do direito nos tempos atuais, ainda não se atinaram a constatação de que as valorações ocorrem exatamente em suas elucubrações jurídicas, sobretudo quando precisam decidir algo, assim falta compreender o básico, isto é, compreender não é explicar, mas desvendar a valoração implícita e o seu alcance, ou seja, valorar o caso em conformidade com a norma, isso é adequação (Larenz, 2019, p. 298).

Sem embargos, é na aplicação da norma que a valoração ganha evidências, visto que a norma incruenta, isto é, sem possibilidade fática, possui uma valoração subtendida, todavia, quando em um procedimento lógico é provocada a sair de sua inércia, o que poderá produzir efeitos quando orientada a valores, por isso que todos os distintivos devem estar presentes na valoração *sub judice* (Larenz, 2019, p. 298).

Em verdade, o que se está encadeando é a relação necessária entre norma e fato, intermediados por uma valoração entre ambos, bem como, deste em relação àquela, ou seja, uma vez constatada a relação, o juízo de valor será ponderado, mas não como mera subsunção⁴⁷, ou seja, como se uma pura constatação de fatos, que reclama antes uma operação intelectual (Larenz, 2019, p. 299).

Outro ponto crucial que aproxima a *descrição* da *prescrição* no discurso jurídico é a ideia de que os valores não são absolutos, mas relativos ao contexto e às restrições práticas. Em outras palavras, a aplicabilidade dos valores depende das condições reais do caso, como os recursos disponíveis, o impacto social e a proteção de direitos individuais e coletivos, sendo o caso prático o condutor para a ponderação dos valores sobre a norma. Por isso, é necessário afirmar que a ponderação de princípios é uma atividade de otimização, que visa maximizar o respeito aos valores constitucionais de forma equilibrada e proporcional. (Alexy, 2017a, p. 90s).

⁴⁷ A “subsunção da norma” é um conceito jurídico que descreve o processo de aplicar uma norma jurídica a um caso concreto. Consiste em verificar se os fatos de um determinado caso correspondem aos requisitos previstos pela norma. Se os fatos se enquadram no que a norma prevê, então a norma é aplicada, gerando as consequências jurídicas pertinentes. Esse processo é comum no direito e envolve a seguinte lógica: a norma jurídica é a regra geral e abstrata, enquanto o caso concreto são os fatos específicos que estão sendo analisados. A subsunção acontece quando esses fatos são “encaixados” na norma. Se os fatos correspondem às condições da norma, então o resultado previsto pela norma é aplicado.

A ponderação é na verdade um instrumento para tratar dos conflitos intrincados, de modo que permita uma apreciação racional e equilibrada, no sentido de ajustar valores subjacentes a cada princípio que esteja em colisão. Assim, trata-se de uma avaliação sobre a importância relativa que cada princípio possui no caso em concreto, considerando os valores constitucionais como vetores de direitos.

Nesta rima, não há de se esperar uma resposta automática, como propõe o positivismo normativista, pois a ponderação atribuirá pesos atinentes a cada um dos princípios não perdendo de vista o caso concreto (Alexy, 2017a, pp. 94-86).

Notável que ponderação de valores e aplicação da proporcionalidade são inseparáveis, já que esta é composta de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, características que garantem a racionalidade e adequação da decisão jurídica.

Por conseguinte, será adequada à medida que promover e garantir direitos, isto é, a adequação averigua se a norma preferida supre o fim desejado, todavia se não corresponder à pretensão jurídica será classificada como inadequada, logo, inválida desde o princípio (Alexy, 2015, p. 305s).

Neste quesito a necessidade é sopesar se existe outra forma menos gravosa que possa dar suporte para determinada decisão, isto é, buscar uma alternativa que interfira menos e seja mais eficaz (Alexy, 2015, p. 307s).

Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito incide sobre a estabilização dos interesses conflituosos, isto é, analisa o custo-benefício entre o bônus e o ônus, para que possa encontrar uma proporcionalidade, ou ao menos garantir a proteção de um princípio que seja superior aos prejuízos causados pela restrição de outro (Alexy, 2015, p. 311s).

Indubitavelmente, são os valores aplicados como vetores fundamentais para a aplicação correta dos princípios, a ponto de orientar a decisão jurídica a garantir a aplicação da justiça em casos verídicos.

Para um juízo racional, o argumento pretérito tem prerrogativa de razoabilidade, isto é, uma ótica menos tecnicista e mais humana, pois desempenha uma força proativa nas justificações que acompanham a decisão jurídica, para que sejam diligenciadas de maneira coerente, justificável e compreensível.

A razoabilidade pode ser entendida como um limite para o poder discricionário dos magistrados, mesmo que o sopesamento e a proporcionalidade ofereçam certa flexibilidade na aplicação dos princípios, essa não é ilimitada, sendo o critério da

razoabilidade que imprime às decisões para que sejam justificadas de maneira racional e equilibrada, evitando arbitrariedades ou decisões desproporcionais (Alexy, 2017a, p. 163s).

Na prática, o uso da razoabilidade exige que os juízes e intérpretes do direito examinem cuidadosamente todos os aspectos do caso e, ofereçam uma explicação clara sobre porque um princípio foi priorizado em detrimento de outrem, evitando uma suposta prática de sentenças prontas como modelo para todos os casos, isso ajuda a garantir a transparência e lisura no processo de tomada de decisão.

Nesta mesma partitura, Chaïm Perelman (2020, p. 29s) aborda ponderação dos valores pelo viés retórico, defendendo que a justiça e racionalidade não são atingidas por uma aplicação dedutiva das normas, mas sobretudo por uma argumentação persuasiva, na qual desempenha papel fulcral a ponderação de valores.

Enquanto para Alexy (2015, p. 152s) ponderação é questão de hermenêutica, para Chaïm Perelman (2020, p. 83s) é essencialmente retórica, isto é, o magistrado deparando-se com valores em conflito ao fazer suas escolhas haverá de justificar a decisão baseando-se em premissas que possam ser aceitáveis e plausíveis para os destinatários. Assim trata-se de um processo argumentativo, que busca convencer das razões de aplicar diferentes valores e interesses para lograr uma solução justa e racional.

Denota-se um processo inevitavelmente contextual que depende das circunstâncias particulares de cada caso, assim como das convicções e dos valores da sociedade em que o julgamento ocorre. Logo, a lógica da argumentação jurídica por meio de uma ponderação de valores é parte essencial da busca pela justiça dentro de um discurso convincente e coerente (Perelman, 2020, p. 50s).

Portanto, a perspectiva dos bons argumentos, sejam ao modo alexyano, krellmaniano ou perelmaniano, contribuem significativamente para a compreensão de como os valores podem ser considerados no processo de decisão jurídica por meio da ponderação ou da retórica do convencimento, embora o façam a partir de perspectivas teóricas distintas. Haja vista que há uma convergência notável em reconhecer a necessidade da relevância dos valores, por fazerem toda diferença em se tratando de sentenças justas diante dos casos concretos, falseando assim o formalismo sistemático que distancia *descrição* de *prescrição*.

4 HERMENÊUTICA DA DECISÃO JURÍDICA E AXIOLOGIA DOS VALORES

Este capítulo trata da possibilidade de uma hermenêutica da decisão jurídica baseada na axiologia dos valores, partindo da premissa de que uma sentença possui natureza científica de verossimilhança, razão pela qual, torna impossível a neutralidade axiológica dos argumentos que fundamentam a mesma, o que ratifica a refutação apresentada no capítulo anterior como melhor das opções para uma decisão jurídica sedimentada.

Para comprovar que uma decisão em matéria jurídica é essencialmente valorativa, sobretudo quando envolve interpretação constitucional, este capítulo analisará a presença da axiologia dos valores no Recurso Extraordinário 1.235.340 julgado pelo Supremo Tribunal Federal em caráter de repercussão geral, segundo o qual fica evidente que a aplicação dos valores como pretensão finalística da decisão jurídica é uma realidade nos tribunais.

Para tanto, além da consciência dos agentes jurídicos, a superação da dicotomia entre o descritivo e o normativo, somente ocorrerá por uma trilogia hermenêutica dos valores, que os considera como decisivos e necessários para uma argumentação racional na interpretação e aplicação do direito.

4.1 Decisão jurídica como ciência da verossimilhança e a impossível neutralidade axiológica dos argumentos

É substancial para entender essa temática, partir da premissa afirmativa de que o direito em sentido lato precisa ser verossímil, isto é, mais que provado perante terceiros, precisa ofertar maior grau de aproximação com a verdade.

Não se trata apenas de recorrer ao magistrado para lhe demonstrar o direito, a fim de que ele declare quem é portador dos benefícios legais, muito mais além, quando duas pessoas estão envolvidas em qualquer demanda, um terceiro desinteressado, que possa ser chamado a opinar dirá com justeza quem tem direito ou quem tem mais direito segundo às aproximações ajustadas especificamente.

O cerne da questão é que para se fazer um juízo, seja competente ou autônomo, é necessário ter em consideração às narrativas, porque não haverá uma decisão equilibrada quando se parte apenas de uma versão dos fatos tida como verdadeira, sem

confrontar os argumentos sobrepostos, por isso, que a premissa de que o direito é uma ciência verossímil, isto é, carece de uma comprovação dos argumentos que se aproximem de uma verdade, aproximação esta que se revela condutora de justiça.

Para tanto, essa análise sobre as provas ou argumentos contraditos, diga-se, dialética das provas, somente pode ser efetivada por uma neutralidade jurídica da terceira pessoa, uma vez que sua parcialidade macula a decisão e fere a justiça. Todavia, essa equidistância somente pode ocorrer em relação às partes, visto que o sistema chama de imparcialidade, todavia, não poderá existir em relação ao objeto da questão, porque este precisa ser valorado.

Quando um intérprete é chamado a explicar alguma coisa, ele não precisa saber de quem é, ou de quem será aquele objeto interpretado, apenas ao se deparar deve tecer suas ponderações, isso já é suficientemente um juízo imparcial, pois não visa lados. Entretanto, o que o faz decidir não é a visão das partes, mas do problema que requer um juízo de valor, sobre o qual, não se pode exigir neutralidade, porque é o sujeito que se confronta consigo mesmo diante de determinada matéria.

Neste sentido, pretende-se compreender que no direito a neutralidade axiológica é impossível, pois não se trata de um olhar parcial sobre os litigantes, mas de julgamentos que habitam a consciência intelectual, política, religiosa, humana e tantas outras que irão agir sob a racionalidade do magistrado que decidirá. Por isso que a decisão jurídica não poderá ser desprovida de valores, mesmo assim, não há de se falar em ausência de objetividade, muito contrariamente, trata-se de um processo valorativo racionalmente.

Ora, a ciência jurídica envolve intersecções teóricas, práticas e críticas reflexivas sobre a composição do pensamento jurídico, assim sendo, Bobbio (2016, p. 69s) compreende a ciência jurídica como metaciência, em contrapartida, ainda existem juristas que se baseiam em modelos científicos anacrônicos, por essa razão sugere Bobbio que há uma urgente necessidade de o direito se submeter a uma reavaliação criteriosa referente a sua epistemologia, para indagar sobre a validade das bases metodológicas que conduzem interpretação e aplicação jurídicas.

Inicialmente Bachelard (2006, p. 152) propõe um caminho para se refletir sobre os obstáculos epistemológicos, no sentido de que a soberba por uma pureza interna no direito ou as expressões metafóricas como “pirâmide das normas”, são obstáculos para uma verdadeira ciência jurídica, isso porque se constrói um simulacro de clarividência que apenas mitiga a compreensão da complexidade fenomênica do que realmente é o direito, bem como no que se revela na prática. Indubitavelmente, a crítica bachelardiana

abre uma fresta no axioma da rígida separação entre prescrição e descrição no direito, a qual pretende superar.

Ainda existe o chamado “realismo ingênuo” kelseniano, que induz a crença de uma objetividade jurídica praticada pelos agentes do sistema, isto é, o conhecimento jurídico tem sua extração no observatório, todavia, Bachelard (2006, p. 152 s) defende que em nenhuma ciência o conhecer seja puramente sensorial, mas uma mediação entre teoria e prática.

Isso também vale para o direito, ainda que prevaleçam contemporaneamente os diagramas mentais pré-concebidos da aplicação jurídica mitigada, muitas vezes, por esses filtros técnicos, postulados do direito objetivo e protegido de valores e, de certas subjetividades.

Partindo do pressuposto de que a decisão jurídica é uma operação mental que relaciona fato, norma e valor, para chegar por meio de argumentos racionais a justificar suas razões, pelas quais procedeu com a sentença, trata-se de um processo de conexão entre interpretação, ponderação e consideração das circunstâncias motivadoras da problemática jurídica.

Embora já se tenha amplamente desenvolvido às teorias de Dworkin (2017) e Alexy (2017a), no sentido de que a interpretação do direito implica princípios e juízos de valor, reafirmando que não há como aplicar o direito apenas de maneira tecnicista como a ingenuidade positivista pretende.

Dworkin (2017, 2014, p. 55s) compreende que no domínio do direito é necessário levar a sério a refinação da interpretação, para que possa entendê-la como sendo algo que transcende uma operação intelectual, isto é, exarar a interpretação como instrumento albergado ao estudo do direito enquanto prática social.

Dworkin (2014, p. 81s) ao criticar a interpretação analítica⁴⁸, diz que a percepção social do direito é uma questão de “ver”, ou seja, de prática, totalmente distante da estrutura analítica, por isso que não é possível considerar neutralidade interpretativa.

Gadamer (2020, p. 270s), influenciado por Heidegger (2021, p. 311s) também segue a mesma compreensão de ciência e método interpretativo do direito, que supera a

⁴⁸ São três as etapas da interpretação analítica. A primeira é uma “pré-interpretativa”, a qual, se identificam as regras e padrões do conteúdo experimental, podendo haver em adstrito alguma interpretação. Já a segunda, é a interpretação propriamente dita, isto é, trata-se da fase de justificação dos principais elementos da prática, isto é, daqueles que foram identificados na primeira fase, a importância dá azo a uma argumentação convincente ou não de se perquirir uma prática interpretativa. A terceira fase intitula-se de “pós-interpretativa” ou reformuladora, porque é nesta que haverá um ajuste dos argumentos às exigências da prática.

objetividade mediante uma experiência hermenêutica. Por mais que sua proposta não se trate de um novo método, ainda assim busca em *topoi* as maneiras distintas de se compreender a realidade, isto é, pretendia demonstrar que a compreensão não é um comportamento árido do sujeito diante do objeto, mas defronte com a “história efetual”, isto é, aquilo que é concebido pertence ao horizonte do ser que compreende, trata-se da perspectiva do círculo hermenêutico⁴⁹.

Assim a interpretação não ocorre por algoritmos que mecanicamente sugerem uma solução, mas pelo intérprete que desde a pré-compreensão já concebe a influência da tradição jurídica, cultural e histórica nas quais está inserido, assim, a compreensão ocorre desse diálogo entre norma, intérprete e o seu contexto, que pode ser compreendido como valorações sociais.

Para ilustrar que o direito está voltado para uma ciência do plausível, isto é, da argumentação axiológica possível, é que Bobbio (2014, p. 146s) reconhece a existência das antinomias entre princípios, não propriamente jurídicas, mas que somente encontram solução na correção do sistema por meio de valores, no sentido de ser reconhecida uma força de expansão, não técnica, mas axiológica, o que implica em transcendência ao mero direto posto, assim entende que princípios gerais são critérios de valoração, ainda que tenha um conteúdo excessivamente deontológico ou axiológico.

Com efeito, Bachelard (2006, pp. 33-36) convicto de que a ciência do direito envolve uma crítica austera no que pese a interpretação axiológica, ela é muito mais, chega a ser a ciência do sentido que persegue a coerência sistemática, sem desconsiderar às condições interpretativas e valorativas.

Por isso, que o intérprete do direito, especialmente o magistrado, deve considerar para uma possível decisão, tanto os fundamentos fáticos e jurídicos, quanto a perspectiva axiológica, sem temor de estar traindo a verdade da ciência jurídica, pois é a união valorativa da prática com a teoria que oferece aceitação e justificação.

Nesta rima, falar em verossimilhança na ciência jurídica, é partir da premissa de que existe uma complexidade entre o fato e a norma, em razão da qual, o magistrado não deve perquirir a verdade apodítica, mas uma justaposição crível da realidade. Assim sendo, trata-se de uma racionalidade pragmática, adequada ao âmbito da decisão jurídica,

⁴⁹ É a teoria de que a compreensão é um processo dialético, no qual o todo e as partes cooperam entre si para atingir compreensões, isto é, para entender a parte, é necessário compreender também o todo contextualizado, na medida que ocorre esse intercâmbio, de modo que cada nova intervenção revela um outro sentido (Gadamer, 2015, p. 426s).

quando os fatos devem ser observados, interpretados e julgados conforme evidências plausíveis e, ponderação da norma incidente.

Com essa abordagem, a decisão judicial ganha proeminência no sentido de ser uma possibilidade de conjectura fundamentada e convincente, visto que, sua estrutura demonstra considerar os limites do conhecimento e as problemáticas inerentes ao sistema, ademais não mais persiste a altivez de que uma decisão dessa natureza seja a verdade processual, muito inversamente, o máximo que pode ser admitido é uma decisão plausível que de certa forma alimenta a lógica do ordenamento.

Nessa partitura Hartmann (2011, p. 30) respondendo a sua segunda pergunta básica, sobre o que devemos fazer, afirma que são os valores os únicos capazes de guiar o fazer e o querer humano, por isso que eles têm uma natureza essencial enquanto institutos objetivos, de modo a possuir independência das experiências subjetivas.

Com essa percepção, Hartmann (2011, p. 176s) defende que os valores não estão reduzidos aos subjetivismos e preferências individuais, muito pelo contrário, a história comprova que existe uma forma de transcendentalidade ao que possa ser pessoal e histórico nos valores.

No que pese a essencialidade dos valores, Hartmann (2011, p. 244s) defende que eles possuem uma estrutura objetiva, no sentido de haver qualidades próprias, o que lhes confere certa autonomia diante de circunstâncias em que sejam reconhecidos ou aplicados.

Ainda sobre a essencialidade eles não são aplicáveis de maneira uníssona, mas segundo suas relevâncias e hierarquia em momentos especiais, isto é, trata-se de uma classe ontológica que somente é conhecida pela razão, ou seja, a racionalidade ao analisar às circunstâncias, definirá qual valor tem maior importância.

Isso ocorre quando se compara o valor da justiça com o valor da estética, ao se deparar com um procedimento estético defeituoso, quando o indivíduo deseja a eutanásia para se libertar dos resultados esteticamente indesejados. Notável que o uso da razão em situações semelhantes é que vai conceder primazia ao valor da justiça em detrimento do estético.

Neste interregno, é que a discussão sobre a neutralidade dos valores ganha visibilidade, sobretudo em Dworkin (2019, p. 258) que acredita na objetividade sobreposta dos positivistas como sendo um embuste, porque os seus defensores argumentam que o problema da valoração é ausência de neutralidade, todavia, quando afirmam essa teoria já fazem um juízo moral, isto é, tentando justificar a objetividade se

valem de argumentos morais, dos quais, pretendem negar objetivos, isto é, querem justificar a tese com o argumento que pretendem negar, apesar de acreditarem que o argumento seja neutro de qualquer valoração.

Notável que essa perspectiva negacionista é demasiadamente problemática, uma vez que, o direito não só está mesclado por valores, como sua incidência ocorre exatamente na esfera da facticidade que é completamente o campo axiológico.

A pretensão do positivismo jurídico sobre o *dever ser* do direito segregado da moral e dos valores, só confirma a impossibilidade dessa ilusão, visto ser inevitável decisões jurídicas influenciadas não só por valores, mas pela religião, pela ética, e tantas ideologias imagináveis, evidentemente, que não é esse sincretismo que se pretende aqui, mas justificar que influências externas ao direito positivado são igualmente determinantes.

Tantas são as premissas valorativas, não significando subjetivismos, que vão moldando a interpretação e aplicação do direito por meio de decisões axiológicas, por exemplo, como falar em liberdade, democracia, dignidade humana sem fazer valorações diversas? Assim, é frustrada a tentativa de expurgar das decisões jurídicas as influências valorativas, uma vez mais, trata-se de uma impossibilidade já que o direito em qualquer corrente científica que se ampare, é formado por normas essencialmente condutoras de valores.

Ora, se o argumento da impossibilidade de neutralidade dos valores na decisão jurídica dos kelsenólogos for verdade, então, também é verdade que existem juízos morais aplicados objetivamente para negar a axiologia jurídica, desse modo, querendo ser o magistrado formalista ao aplicar o direito posto, já está “inquinado” de subjetividade, mesmo que esta não seja subjetivismo, porque sua interpretação é resultado de um contexto histórico.

Por isso que para Dworkin (2019, p. 259s) a objetividade clássica positivista não passa de uma falsidade, em contrapartida, a valoração dos princípios seguindo os ditames da interpretação é objetiva, na medida em que se reconhece axiológica, isto é, trata-se de uma reação natural de cada intérprete em procurar classificações de argumentação.

Desde Aristóteles (2012) até Perelman (2020) essas valorações do discurso argumentativo já indicavam sua importância, por isso que toda teoria que seja passível de revisão, será interpretativa. Uma vez que a interpretação é valorada cada leitor extrairá de sua compreensão específica, qual é a melhor aplicação da norma jurídica. Portanto, sendo a objetividade uma ilusão, a neutralidade é impossível, porquanto, o jurista sempre

interpretará aquilatando o contexto de valores e princípios, que consciente ou inconscientemente o orientam.

Devido a isso, parece relevante a distinção que Fuller (2022, p. 119) faz sobre a moral interna e externa do direito, já partindo do pressuposto de que tanto uma, quanto a outra não são imposições externas, mas uma qualidade essencial da própria ordem jurídica.

Para Fuller (2020, p. 55s) a moral interna é referente a princípios orientadores na feitura da norma, bem como de sua aplicação pelo destinatário, isto é, são os impulsos e aspirações que estimulam o indivíduo a praticar a conduta adequada ao direito.

Igualmente, é possível entender essa proposta de Fuller no sentido mais comum da interpretação, isto é, quando existe uma lei, que deveria ser aplicada a todos, porém, em circunstâncias que se deixa de aplicar, por alguma razão não justificada, a conclusão de um intelecto comum é de que o direito foi desmoralizado.

No que pese o processo legislativo, quando não cumpre a liturgia estabelecida, ou está eivada de contradições formais e materiais, ou até mesmo quando se trata de uma norma que não é exequível, mas mesmo assim chega à sanção, ou quando o próprio legislador o faz em causa própria, são exemplos de que a moralidade interna do direito está condenada. Em suma, compreende Fuller (2020, pp. 56-59) que essa moralidade está vinculada a estrutura e funcionamento interno.

Por outro lado, a moral externa que é o objeto dessa pesquisa, encontra respaldo nos valores e princípios morais, que se relacionam com a condução e aplicação do conteúdo em conformidade com a justiça.

É neste sentido que essa moral influencia o direito na decisão jurídica, logo, a preocupação da moral externa é teleológica, isto é, foca nos fins pretendidos pelo direito, o que engloba julgamentos racionais, reais, mas sobretudo, preza para que as decisões jurídicas sejam coerentes e justificáveis aos anseios do sistema social (Fuller, 2020, p. 63s).

Uma vez mais, a objetividade dos juízos axiológicos preexiste a vigência das leis, pois, o que se chama de motivações de um projeto de lei, tem uma premissa geral que atinge toda ideia do ordenamento jurídico, isto é, para se criar uma lei normatizadora de uma conduta, partir-se-á da pressuposição de que o homem é moralmente responsável e capaz de obedecer àquele preceito. Essa conjectura é exatamente a demonstração do óbvio, isto é, da moralidade do direito que lhe é essencial.

Em uma posição meio que simplória, mas com densidade muito efetiva, é a solução proposta por Bobbio (2014), segundo a qual basta uma honestidade intelectual para que o direito se reconheça axiológico, porque não há escapatória quando um aporte teórico se propõe solucionar um dado prático, quando o juízo axiológico atuará para se tomar uma decisão possível.

Ao menos já há uma convergência entre os juristas, a qual, ratifica que o direito, ainda que positivista, lida com questões morais, políticas, éticas, todavia tentar purificá-lo por uma suposta neutralidade das próprias questões, sobre as quais o direito age, não aparenta racionalidade discursiva.

No seu constructo teórico Perelman (2020, p. 92s) também argumenta que somente é possível entender o direito manifesto nos tribunais, indo além do positivismo jurídico, tanto é verdade que ao se deparar com um voto apresentado por um magistrado (desembargador ou ministro) a depender do objeto em questão, sequer é citado uma mísera lei ou artigo como fundamento decisório, em contrapartida são os princípios e valores que fundamentam determinada sentença.

Indubitavelmente o direito é um fenômeno axiológico, isto é, são fatos jurídicos valorados. O intérprete desse argumento poderá discordar, isso ratifica exatamente o argumento apresentado, por isso, é necessário que se reconheça que os valores são introduzidos no modo de ser da ciência jurídica, a qual se revela nas decisões judiciais.

Assim, seja pela fórmula do peso da ponderação de Alexy (2017a, p. 93s) ou da integridade defendida por Dworkin (2017, p. 127s) a decisão jurídica não é tomada somente baseado em regras, mas também em princípios e valores, por isso que a agonizante crítica sobre a neutralidade axiológica no direito, não faz jus às verdadeiras pretensões de um sistema construído socialmente para fazer com que a justiça seja materializada.

Quando se tenta conceituar ciência da verossimilhança, tem-se como problemática no direito o processo decisório, colimado sobre a construção coerente das narrativas, isto é, dos argumentos ou dos elementos informativos probatórios, disponibilizados no processo.

É sabido que na fase probatória, cada narrativa segue sua matriz axiológica orientadora das conjecturas possíveis para uma decisão favorável, neste instante, a neutralidade sofre um xeque mate, pois é desafiada perante os fatos, que requerem uma interpretação social e política, para que demonstre a inevitabilidade ou necessidade das influências dos valores jurídicos internos e extrajurídicos.

Neste sentido, tanto a verossimilhança, quanto a impossível neutralidade dos valores na decisão jurídica, revelam o âmbito axiológico do direito, uma vez que o julgamento jurídico é um processo complexo que envolve ponderação, argumentação, fundamentação e racionalidade, nos quais os valores têm preponderância nesta dialética entre norma, fato, interpretação e aplicação do direito.

Como o direito versa sempre de forma triádica, isto é, fato, valor e norma relacionados, a perspectiva de probabilidade será sempre plausível em casos complexos para a decisão jurídica, visto que, não se trata de verdadeira ou falsa uma sentença sobre o fato em si, mas de uma aproximação da verdade que paira na relação triádica, o que afasta qualquer interpretação instrumentalista (Popper, 2018, p. 351s).

Portanto, decisão jurídica como ciência da verossimilhança se caracteriza em cada caso concreto em que se realiza uma decisão, a qual, sendo jurídica, lança olhar sobre a aproximação das leis aos valores e fatos, mas sobretudo, da impossibilidade de uma neutralidade axiológica, visto que, as provas e argumentos precisam ser ponderados e valorados com os requintes de uma racionalidade jurídica, que tem vanguarda no sistema e fundamento nos princípios e valores, condutores da pretensão final de uma decisão juridicamente plausível.

4.2 Axiologia: Uma análise do Recurso Extraordinário 1.235.340 pelo Supremo Tribunal Federal e, aplicação dos valores como pretensão finalística da decisão jurídica.

Essa subsecção destina-se ao estudo de caso, de modo que pretende analisar o que é axiologia dos valores condutora finalística da decisão jurídica na perspectiva do voto vencedor do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (relator) e, da divergência do Senhor Ministro Gilmar Ferreira Mendes proferidos no Recurso Extraordinário 1.235.340 SC.

Assim sendo, o moderno direito enquanto instituto é um complexo de normas que se propõe a dessumir problemáticas que se lhe apresentam, todavia, devido a objurgada situação do direito no pós-guerra, os valores ganharam pujança frente ao positivismo formalista que fechou olhos para o conteúdo jurídico, a ponto de defender a obediência ao que era posto pelo Estado, independentemente do conteúdo, visto que a

presunção é que o Ente estatal teria melhor condição de dizer o direito (Losano, 2010, p. 244).

Essa perspectiva dos valores não estava adstrita ao que se conhecia como jurisprudência dos interesses, visto que a nova ótica visava algo que fosse racionalmente comprovado e estivesse em consonância com o sistema jurídico constitucional, o que implica uma questão mais pragmática e menos abstrata, na hora de interpretar e aplicar ao caso concreto. De certo modo, exigiria do magistrado uma atividade mais percuciente para aplicar valorações como fundamento do direito (Losano, 2010, p. 245).

O grande esteio nesta questão incide no fim prático, isto é, esclarecer de que modo se aplica esses valores na sentença, ou qual a compreensão que se conjecturou no momento de aplicar um valor ou princípio em detrimento de outro. Em suma, essa abordagem visa indicar a possibilidade de analisar a origem dos valores, que guiam uma decisão nos casos em que a norma posta não apresenta discernimento para aferir o caso em comento (Losano, 2010, p. 251s).

É notável que a pretensão finalística do direito está incorporada a aplicação concreta quando o intérprete precisa fazer uma escolha jurídica, isto é, envolve o papel dos valores na interpretação e aplicação do sentido do direito pretendido pelas partes, mas não só isso, são eles que influenciam no modo como as mesmas decisões são justificadas, fundamentadas e legitimadas.

Na senda de Alexy (2017a, p. 173) os valores são indispensáveis na aplicação do direito, visto que os princípios consolidados no sistema jurídico já apregoam os valores em sua otimização, tanto é verdade que para aplicar sua pujança segundo as possibilidades fáticas e jurídicas se requer uma necessária valoração feita pelo juiz, ao sopesar as possíveis adequações ao que se pretende decidir.

Para isso, é necessário atingir o grau máximo dos valores que somente ocorre em um processo de ponderação guiada pela axiologia subjacente, sob a qual os valores correspondem ativamente a função finalística do direito.

Indubitavelmente, uma sentença antes mesmo de ser confeccionada ou publicada passa por um processo de pré-decisão, ou seja, ao deparar-se com o fato jurídico o intérprete faz uma construção mental do que se parece enquadrar os fatos narrados, todavia, posteriormente é que em confronto probatório terá condições racionais para fazer um juízo plausível, entretanto, não há como negar que a pré-compreensão interfira ou até mesmo seja determinante para o julgamento, é neste sentido que os valores ou contravalores do intérprete podem conduzir sua decisão.

Obviamente que esses valores carecem de uma justificação racional do porquê terem sido aplicados, mas tais argumentos exclusivamente podem ser considerados valores se ao menos superarem o crivo do contraditório e do discurso racional argumentativo, para que não suceda de o magistrado decidir apenas baseado no seu subjetivismo ou movido por outros instrumentos mais sensacionalistas ou justiceiros.

Por isso que os princípios já consagrados objetivamente pelo sistema jurídico, devem servir de vanguarda quando o manto das leis postas não mais protege o direito pugnado.

É neste sentido que Dworkin (2017, p. 235s) defende os paradigmas da justiça, da equidade e da moralidade nas decisões, uma vez que, quem assim procede deve levar à sério o rigor da argumentação jurídica racional, decidindo com argumentos que possam ser julgados com a crítica de validação juridicamente racional, e assumindo a responsabilidade da fundamentação aplicada.

Considerando que a essência de uma decisão é a sua consolidação, ou seja, atinja o mérito do chamado trânsito em julgado. É necessário que o intérprete sufrague os melhores e adequados argumentos capazes de conceder validade de sua compreensão, uma vez que, sendo o direito basicamente argumentativo, são os valores os mecanismos retóricos do processo.

Consciente disso, é que o magistrado poderá elencar os valores mais persuasivos que possam levar ao convencimento de que a melhor decisão foi tomada, desse modo a axiologia não se limita a sua dimensão teórica, mas se consagra enquanto elemento pragmático na tessitura do discurso jurídico legitimado na decisão judicial (Perelman, 2020, p. 83s).

Para mais uma vez ratificar essa linha de raciocínio, Losano (2010, p. 249s) ao analisar a estrutura do direito segue a contextura triádica ou teoria tridimensional do direito de Reale (2004, p. 64s) referente a fato, valor e norma, sendo exatamente os valores que intermediam os extremos do fato à norma, desse modo é inegável que o sistema jurídico é um reflexo axiológico da sua sociedade atualizada historicamente.

Trata-se de uma interação inquestionável, embora entendimentos alegóricos ainda insistam na má compreensão da descrição valorativa do direito, no entanto, as atividades nos tribunais demonstram por si mesmos que é inevitável essa incorporação, de modo que os juízos de valor, não somente atribuem qualidades valiosas às normas, mas também funcionam como um filtro no contexto social, o que demonstra possuir caráter tanto normativo quanto prescritivo (Krell, 2021a).

Nesta rima, Krell (2021a) lendo Albert (1979, pp. 472-517) defende ser necessária uma distinção dos valores ao que poderia ser confundido com “elementos de sentido”, isto é, os valores reduzidos aos sentimentalismos ou subjetivismos emocionais, visto que, um paradigma de interpretação axiológica adequado é aquele que considera a função normativa do valor relacionado à realidade social concreta, bem como a generalidade elementar da sua natureza e a argumentação racionalmente possível na dimensão ética.

Quando o intérprete se vale de um juízo moral para deduzir uma inferência jurídica, ele está assumindo que existe um conteúdo objetivo e imparcial, assim será “correta” a valoração que tenha abrangência vinculativa para todos, isso não significa concordar com o conteúdo axiológico, mas reconhecer que em checagem com outros valores, aquele aplicado tem maior aceitabilidade racional no caso específico.

Por conseguinte, se configura não apenas um posicionamento pessoal de quem interpreta, mas sobretudo fornece uma distinção impessoal de determinado comportamento que ratifica o juízo fundamento de uma decisão (Krell, 2021a).

É por isso que as Constituições Modernas além de normativas são expressões axiológicas e condutores de direitos que orientam o ordenamento, de tal modo que o magistrado deve atuar na condição de intérprete dos valores constituintes para lhes conferir maior efetividade, o que não significa produtividade sem qualidade argumentativa.

Essa compreensão chega à abrangência de reconhecer o direito na condição de um instrumento de concretização de valores, mormente a justiça, a igualdade, a dignidade humana, a justiça social e tanto outros valores vetores de uma pretensão finalística, que ao fim e ao cabo, trata-se de uma prudência em perquirir os melhores e plausíveis resultados práticos.

É por isso que Zilles (1985, p. 66s) reconhecendo que mesmo que a realidade possa ser limitada a preponderância jurídico-positivista, é infalível a ingerência de valorações metajurídicas na cognição do direito, sobretudo quando envolve a pretensão finalística da sentença que não se limita ao cumprimento técnico de suas normas, mas avança para objetivos superiores segundo a valoração social.

Assim a carga valorativa, intrínseca à ciência jurídica, é indissociável da decisão judicial, pois não há como separar os objetivos volitivos do processo de cognição da tomada de decisão magistral, pois sempre que precisar descrever o significado de uma

norma aplicada, será demonstrado o sentido valorativo determinante, quer à baila dos princípios morais, econômicos, políticos e sociais (Zilles, 1985, p. 67).

Como Zilles (1985, p. 70) entende que existem as valorações metajurídicas internas e externas ao direito, mesmo agindo em momentos distintos, isto é, atuando respectivamente uma na feitura da norma e, a outra na sua aplicação, é inegável que a intermediação valorativa não seja um dado real, uma vez implantada entre a elocução normativa e, a sua efetivação.

A preocupação de Zilles (1985, p. 62s) no que pese a axiologia dos valores era sobre a sua legitimidade nas decisões jurídicas, no sentido de que, sendo elas tomadas e fundamentadas em princípios acolhidos largamente, o magistrado não só promove a fidúcia no sistema jurídico, como também revela a envergadura de satisfazer as expectativas sociais.

Toda essa tessitura sobre a finalidade da decisão jurídica orientada a valores, teve como intuito melhor entender como os Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil julgam por meio de valores e princípios, além de analisar como é entendido princípio e valor nos seus votos.

Para tanto, se selecionou o julgamento do Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, sob o número 1.235.340, tendo como relator o Ministro Luiz Roberto Barroso, voto que terminou prevalecendo no pleno do Tribunal.

Além do voto do relator, também se analisará os fundamentos do voto divergente do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para que nos confrontos das ideias, possa-se identificar as duas linhas de raciocínio axiológico que habita a Suprema Corte.

O caso em tela foi capitulado de feminicídio na comarca de Chapecó, no Estado de Santa Catarina, que após julgamento popular o réu foi condenado a 26 anos e 8 meses de reclusão, oportunidade em que o juiz presidente ao prolatar a sentença negou ao réu o direito de recorrer em liberdade, razão que ensejou a impetração do Habeas Corpus 118.770/SP, no qual o tribunal de São Paulo considerou a negativa do efeito suspensivo ilegal. Em ato contínuo o representante do Ministério Público de Santa Catarina impetrou Recurso Extraordinário sob número 1.235.340/SC junto ao Supremo Tribunal.

Como o intuito é analisar a compreensão dos valores e princípios aplicados na decisão jurídica, far-se-á um breve relato das premissas do voto do relator, e somente posteriormente será analisado.

A premissa base do relator é no sentido de que o princípio da soberania dos veredictos do tribunal popular, outorgado constitucionalmente, autoriza o início da imediata execução da pena, sem que com isso signifique uma afronta aos princípios da presunção de inocência ou da ampla defesa.

A segunda premissa é que a Constituição Cidadã de 1988 ratificou a soberania ao Conselho de Sentença, a quem conferiu também o princípio da tutela da vida humana como forma de pacificar a sociedade.

O terceiro pressuposto foi a existência de um déficit na proteção da vida no contexto social brasileiro, requerendo uma maior efetividade das decisões para melhorar o baixo número de casos solucionados nos tribunais competentes.

A quarta premissa do relator é no sentido de que o início da execução imediata da pena está compatível com a efetividade e credibilidade do sistema jurídico criminal.

O quinto argumento defende que a presunção de inocência é princípio, por isso que é aplicado em maior ou menor intensidade, sendo que porta menor peso quando balanceado com o princípio da vida humana.

Dois pontos relevantes ainda compõe o voto. O primeiro é o aporte teórico de José Afonso da Silva⁵⁰, que dispõe que o veredicto é sobre questão de fato; o segundo é sobre a redação do art. 492 do Código de Processo Penal, que limita o início da execução imediata da pena nos casos de condenação igual ou superior a 15 anos, entretanto, entende o relator se tratar de uma baliza indevida, visto que esse *quantum* relativiza a soberania conferida pela Constituição Federal, porque os jurados ao condenarem o faz sobre a culpabilidade.

Conclui dessas premissas que não faz sentido o veredicto soberano ser modificado pelos tribunais de segundo grau, que a celeridade penal é indispensável para se promover a segurança jurídica e dar satisfação social, a regra é prevalecer a decisão do conselho, mas em casos de nulidade processual ou contrário as provas, o tribunal competente poderá suspender a execução.

No caso em tela não houve questionamento a respeito de materialidade e autoria, por isso vota por conhecer e dar provimento ao Recurso Extraordinário do Ministério Público sob número 1.235.340/SC para negar o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* da defesa, além de determinar Repercussão Geral tema 1068 com a seguinte tese: “a

⁵⁰ Conforme referenciado pelo Ministro, SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 2014, p. 140.

soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”.

No que pese a interpretação constitucional, Barroso e Barcellos (2003) sugere uma nova forma, embora vinculada aos cânones originais que conduzem à vontade da Constituição, e ao método subsuntivo, todavia admite que se trata de um silogismo jurídico dos fatos à norma, sendo a lei a premissa maior, os fatos a menor e, a sentença a conclusão. Nesta lógica, cabe ao magistrado manifestar a pretensão da norma por uma agilidade cognitiva, sem criar no caso concreto.

Essa visão muito se materializa no voto pretérito analisado, visto que são apresentadas as premissas enquanto princípios e valores, que induzem uma conclusão, todavia, Barroso e Barcellos (2003) admite que a subsunção é aplicada silogisticamente quando às regras básicas são suficientes para solucionar o caso concreto, sem necessitar de muita desenvoltura intelectual, isto é, nos casos que envolvam princípios e valores a subsunção e os clássicos métodos de interpretação são insuficientes.

Entretanto, devido ao conteúdo principiológico ser genérico e, dependente da realidade subjacente, não há um único sentido normativo, tão pouco objetivo, por isso que é possível dizer que a norma desenha diferentes interpretações, visto que são os casos reais, a preservação de alguns princípios e, os fins pretendidos que determinam o sentido da norma (Barroso; Barcellos, 2003).

Nesta ótica, nos casos mais emblemáticos que envolvam princípios e valores, a norma modela a interpretação diante da realidade, a qual requer a escolha de princípios para se atingir a teleologia da norma constitucional, escolha que embora careça de fundamentação está a dispor do intérprete.

Conforme Barroso e Barcellos (2003) essa nova forma de interpretação constitucional é seletiva, mantendo os conceitos tradicionais, agregando novas ideias, com técnicas, valores e personagens em destaque, pois em caso de colisão de norma, o sistema é ineficaz para oferecer uma solução adequada, por isso que somente em vista das nuances do fato é que será possível encontrar um desfecho correspondente à vontade constitucional.

Uma vez mais, o resultado da interpretação e o seu impacto não podem ser ignorados, por isso que é mister saber se a incidência da norma atinge a finalidade do constituinte (Barroso; Barcellos, 2003).

A princípio há uma controvérsia na afirmativa, pois entende Barroso e Barcellos (2003) que sendo o sistema ineficiente quando em colisão de princípios, não faz sentido

manter no processo interpretativo os métodos clássicos, isto é, o silogismo da subsunção, pois só é eficaz quando se trata de aplicação dedutiva da regra ao fato. Assim sendo, se o caso ultrapassa a literalidade regrada, é necessário ponderação e argumentação diferentemente do formalismo da subsunção.

Essa nova forma de interpretação é entendida como moderna, por envolver escolhas por parte do intérprete, além da conexão subjetiva principiológica com conceitos genéricos e normas abertas, muito se analisa a contenção do decisionismo por meio de demarcações e parâmetros para ponderação de valores, pelo dever de demonstrar racionalmente o acerto da decisão (Barroso; Barcellos, 2003).

Entende Barroso e Barcellos (2003) que em casos de colisão de princípios a subsunção não responde, é necessário um raciocínio diverso, complexo que administre multidirecionalmente regras concretas e fatos, considerando todas as nuances por uma técnica de ponderação, ou seja, preencher todas às lacunas do problema, ainda que algumas possam ser mais ou menos visíveis que outras.

Neste sentido, ponderação é uma técnica de decisão aplicada ao caso complexo que envolve colisão de princípios, valores e normas, em que a subsunção é insuficiente, exatamente porque em caso dessa magnitude somente a aplicação de normas hierarquicamente semelhantes podem resolver a questão, o que implica soluções diferenciadas (Barroso; Barcellos, 2003).

No que pese a questão principiológica, entende Barroso e Barcellos (2003) que na teoria da argumentação os princípios são aplicados em maior ou menor grau, sendo que é o intérprete quem afere essa aplicação casuística.

Segundo seu modo de entender, a ponderação ocorre em três fases, a primeira advém sobre a escolha das normas incidentes, a segunda analisa o fato e a sua interação com os elementos do sistema, no terceiro, haverá a singularização da ponderação em relação a subsunção, em suma, trata-se de identificação da norma, escolha dos fatos proeminentes e imputação geral de pesos para uma conclusão.

Notável que essa estrutura não condiz com a lógica da ponderação, que Alexy (2017a, p. 94s) estruturou porque originariamente estava em sentido mais tópico, isto é, o problema concreto é a premissa para a solução, Barroso (2003) inverte e dispõe em segunda fase a questão do problema, quando já se tem selecionado às normas.

Para Barroso e Barcellos (2003) o problema em segunda fase é que tem que se adequar as normas selecionadas, o que já limita a ponderação, ademais a solução não é uma dedução das premissas, nem muito menos uma indução subjetiva do intérprete, mas

justificação a partir da relação fato e norma, uma vez comprovado racionalmente o porquê de aquela ser a melhor escolha.

Assim, há certa distância entre o que pensa Barroso e Barcellos (2003) e Alexy (2017a, p. 116) sobre a ponderação, isso ganha bastante evidência no voto apresentado anteriormente, isto é, a argumentação jurídica ao modo da ponderação, não está adstrito a um modo silogístico de pensar, mas em apresentar argumentos que sejam justificados tanto na relação com o inteiro teor do sistema, quanto em relação ao caso prático.

O modo argumentativo de Barroso (2020) é silogístico, isto é, aquele que obedece a uma estrutura apodíctica no sentido aristotélico, premissa maior, premissa menor e, uma conclusão necessária. Todavia, a teoria da argumentação de Alexy (2017b, p. 271s) enquanto discurso jurídico prático, se distingue da argumentação geral, visto que para ele a argumentação jurídica é aquela que está vinculada ao direito vigente, além das partes perseguirem uma sentença que lhe seja vantajosa, não necessariamente uma correta ou justa.

Diante das objeções sobre a argumentação jurídica, a primeira é sobre não tratar de questões práticas, ora, se quem busca discutir direitos em regra apresenta fatos postulantes de uma decisão, a argumentação jurídica faz necessariamente referência à solução de questões concretas.

Outrossim, no que pese a pretensão de correção deve obedecer a critério lógicos, isto é, deve estar em consonância tanto com o sistema, para não contradizer suas premissas, quanto para uma adequação à realidade social (Alexy 2017b, pp. 206-208).

O que se requer enquanto fundamentação dos magistrados é exatamente para manter uma objetividade sistêmica, suprimindo às decisões exclusivamente baseadas no subjetivismo de quem interpreta, ainda que seja esta decisão proferida pela Suprema Corte do País.

Uma vez mais, defende Alexy (2017b, p. 215) que esquema de fundamentação silogístico é insuficiente em casos complicados, isto é, para solucionar demandas que envolvem questões de princípios e valores, não faz sentido o argumento estruturado pelo silogismo, das premissas maiores, menores e conclusão. Assim quando a aplicação requer um complemento explicativo ou extensivo, também quando é possível consequências jurídicas adversas, em casos dessa magnitude, a argumentação jurídica não pode ser dedutiva exatamente porque às normas previamente dadas não correspondem à solução específica.

Afora, o problema dedutivo aplicado em casos difíceis, é gritante o equívoco por não considerar a inter-relação entre fato e norma, uma vez que seu ponto de partida é excessivamente a norma unilateral, impedindo o equilíbrio de uma argumentação, assim sendo, uma arguição genuinamente argumentativa precisa adentrar com perspicácia nas características dos episódios e das normas, coisa que a argumentação silogística não faz (Alexy 2017b, p. 220).

Cailha à fiveleta, que o voto do Eminentíssimo Relator segue uma estrutura silogística aplicada a um caso complexo, ou seja, supera a normatividade constitucional para uma questão de princípios e valores, por isso que segundo Alexy (2017b, p. 221s) não poderia ser considerado uma argumentação jurídica ponderada, já que a estrutura barrosiana segue o formalismo clássico para um caso complexo.

Isso se configura nas premissas apresentadas anteriormente no voto analisado, isto é, princípio da soberania dos veredictos em conflito com o princípio da presunção de inocência.

Quando o Ministro Relator apresenta o argumento de autoridade da Constituição ao conferir autonomia ao conselho de sentença, isso está em relação ao julgamento do fato, isto é, aquele fato não pode ser julgado de outra maneira senão pelo júri popular, ratificação encontrada em José Afonso da Silva que dispõe: “[...] veredictos são exatamente as decisões tomadas pelos jurados a respeito de cada *questão de fato* [...]”, e o continua ao afirmar seguindo Nucci, “o veredito popular é a última palavra, não podendo ser contestada, *quanto ao mérito*, por qualquer Tribunal togado” (Barroso, 2020, p. 12. Grifo nosso).

Neste sentido, Bulos (2015, p. 641) afirma que a soberania do júri é em decorrência de os juízes togados estarem impossibilitados de julgar matéria de crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados.

Nesta mesma rima o que justifica esse princípio constitucional é exatamente evitar que a decisão dos jurados seja substituída, todavia, a interpretação constitucional ocorre em parceria com o princípio do estado de inocência (Távora, 2020, p. 1358).

Portanto, a argumentação jurídica no caso de conflito entre soberania do veredito e presunção de inocência, previstos constitucionalmente, sendo este no inciso LVII, aquele no inciso XXXVIII ambos no artigo 5 da Constituição Federal. O que implica dizer que há uma equivalência entre eles, sendo que para solucionar eventual colisão é necessário a ponderação no caso concreto. Por essa razão, é que não cabe o silogismo da subsunção como meio de solução.

Com as vênias cabíveis, o voto do Eminentíssimo Relator segue uma estrutura dedutiva, visto que apresenta cinco premissas para delas forçar uma conclusão, a saber: a soberania é outorgada constitucional; sendo soberana a decisão possui poder de proteger a vida humana; há um déficit de proteção por isso que a aplicabilidade da soberania é sinônimo de efetividade e credibilidade do sistema criminal; a presunção de inocência sendo princípio tem menor peso perante o princípio da vida humana.

Notável que o Relator não se deu conta que estava em colisão dois princípios com o mesmo grau constitucional, porém, para justificar sua decisão apresenta premissas que não se sustentam no âmbito da racionalidade argumentativa.

Quando para justificar o princípio da soberania do tribunal constitucional ornamenta-o com a justificação de proteção à vida, isso não configura um argumento concreto sobre o sentido do princípio, pois, não significa que defender a vida seja condenar o acusado ou determinar o início da execução penal, tanto é verdade, que segundo Távora (*Ibidem op. cit.*) a pretensão originária do júri é a proteção da liberdade do imputado, no sentido de ser interpretado e aplicado em ponderação com o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado, logo o argumento de apelo à autoridade constitucional perde validade, porque a não culpabilidade também é constitucional.

Não é o fato de o conselho condenar o réu que este seja culpado, tanto é verdade que havendo vícios processuais e, ou resultado contrário às provas dos autos, o tribunal judicial poderá cassar a decisão e determinar um novo julgamento pelos populares, isso demonstra que o soberano não é fechado, mas admite modificações.

O mais interessante é que a soberania é em função da matéria, ou seja, somente o tribunal cidadão tem competência para condenar o réu em crimes dolosos contra a vida, porém, absolver também está na competência dos tribunais superiores, o que a interpretação constitucional não admite é o magistrado condenar um réu nessa matéria, nisso consiste a soberania do tribunal popular porque está adstrita à competência.

O Relator fragiliza seu argumento ao sugerir que entre a colisão do princípio da não culpabilidade e da vida humana, este se sobrepõe, no entanto, não é essa a colisão que se vislumbra no caso em tela, aliás, no tribunal do júri jamais incidirá conflito entre inocência e vida humana, então o segundo argumento do voto não se adequa à racionalidade jurídica.

O terceiro argumento é o mais vulnerável e perigoso, pois sugere uma resposta midiática para a sociedade, isto é, quando se levanta o argumento do déficit na proteção à vida, isso nada diz respeito ao princípio da soberania, nem muito menos

responsabilidade do conselho de sentença, ou que o réu tenha que ser responsabilizado por situações sociais adversas, visto que segurança social é uma obrigação do Estado.

Recorrer a uma tentativa de responder aos anseios sociais de condenar os acusados, isso além de ser uma falácia que declara a falência do sistema, ainda assim se propõe uma aferição de efetividade e credibilidade do sistema criminal baseado em números de execução penal.

Na verdade, os argumentos apresentados não são razoáveis para sustentar a conclusão do voto, pois que sendo silogístico, as premissas deveriam necessariamente levar a conclusão de condenação, mas a verdade é que os argumentos não são válidos diante da racionalidade constitucional interpretativa que pondera princípios e valores.

Isso não significa dizer que concluindo diversamente o acusado seria inocentado, não é neste sentido que há soberania da sentença, diferentemente de tentar extrair um conflito entre princípios não colidentes, foi exatamente a tessitura do voto do Eminent Relator.

No que pese o júri julgar os fatos ou o mérito não é o recurso de apelação por si mesmo que implica nulidade de julgamento, mas a demonstração dos erros, quer material ou processual, ainda assim, mesmo sentenciado o réu tem sua garantia constitucional de primeira geração no tocante a liberdade de locomoção como direito de ir e vir até que tenha uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado, por isso que na interpretação sistêmica constitucional apresentada pelo Eminent Relator, os argumentos apresentados se baseiam em conflitos inexistentes entre princípios.

Ademais, não parece razoável entender que a baliza do art. 492 do Código de Processo Penal é indevida, muito pelo contrário, trata-se de uma razoabilidade ou ponderação do legislador, visto que, não é crível tratar igualmente um réu que fora condenado a 15 anos ou mais, a um condenado a 7 anos ou menos de reclusão.

O legislador entendeu que ser condenado a 15 anos ou mais a gravidade é muito superior ao crime de quem recebera apenas 7 anos, por isso que é aceitável a redação legislativa, todavia, o que entende o Relator como voto vencedor é que tanto faz alguém ser condenado a 7 ou 15 ou 30 anos de reclusão, o que não prospera no âmbito da racionalidade jurídica prática.

A princípio, o que este julgamento apresentou pelo voto do Relator segundo a ótica da teoria da argumentação de Alexy (2017b, p. 276s), trata-se de uma interpretação constitucional aplicada pela Suprema Corte, a qual, ultrapassa a esfera da valoração racional dos princípios e atinge uma perspectiva mais midiática, mais intimistas, diria até

de legitimação do senso de vingança social, quando já deduz que todo aquele que chega ao plenário do júri já está com sua sentença definida.

Assim a lógica de que o réu não precisa se defender, mas o Estado que tem que provar sua culpabilidade, é apenas um simulacro formalista, pois segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal com o tema 1068 de repercussão geral, o réu já é culpado antes do trânsito em julgado independentemente da pena.

O voto do Eminentíssimo Ministro, não reputa com segurança jurídica que o direito de responder em liberdade é menos valorado que a ratificação da soberania dos veredictos pela Constituição, assim os argumentos do acórdão não ultrapassam a rigorosa crítica de que a soberania é mais próxima da verdade, que a inocência de um condenado. Neste sentido, é que acontece a falsificação dos argumentos apresentados pelo Relator, corroborando não conter razão para crer que foi uma decisão verossímil (Popper, 2018, p. 390).

Para melhor compreender como o Supremo Tribunal Federal aborda essa racionalidade, analisar-se-á o voto da divergência apresentado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes da mesma forma que o voto pretérito, porém em sentido de contrapeso.

Após um breve resumo o voto apresenta a pretensão do Ministério Público, no sentido de que a execução provisória da condenação decorre da hipótese de que à soberania dos veredictos não poderá ser revista pelo Tribunal.

Para o Ministro, a questão incide em saber se no conflito entre o princípio da soberania dos veredictos e, a presunção de não culpabilidade é possível executar imediatamente a pena infligida pelo conselho de sentença.

Em seu primeiro tópico desenvolve argumentos sobre a importância do tribunal do júri, no que pese um processo penal democrático tendo sua outorga constitucional.

A segunda premissa, que é o cerne do debate, incide sobre o conteúdo do princípio da soberania dos veredictos e a apelação como expressão do direito a recurso, ou seja, a soberania é a certeza de assegurar o respeito à decisão tomada, por isso que limita possíveis modificações na sistemática recursal. Ademais, entende que o recurso de apelação autoriza uma cognição vasta, inclusive devolução integral ao tribunal, isso por ser amplo e ordinário.

No que pese o sistema do rito do júri, somente às possibilidades do art. 593 inciso III e suas alíneas é possível submeter a decisão ao segundo grau de jurisdição, todavia, argumenta o Ministro, que o mero fato de pleitear em recurso não significa esvaziamento da importância do reexame possível.

Outrossim, o direto recursal é ponto fulcral definido pela Convenção Americana de Direitos Humanos, inclusive, em decisão alhures da Suprema Corte, já se referendou que não cabe invocar a soberania para justificar a possibilidade de execução antecipada de condenação recorrível conforme HC 174.759 MC/CE (Dje 25.9.2019), além de ser vasto os precedentes do próprio Tribunal Federal quando se trata de decisão manifestamente contrária às provas na dicção da alínea “d” do Inciso III, do art. 593 do Código de Processo Penal brasileiro, ratificando a não violação à soberania dos veredictos.

Entende o voto divergente que não é possível que a execução da condenação se inicie sem que exista a possibilidade de uma revisão em grau recursal, visto que se trata de assegurar o controle do *jus puniendi* estatal.

Por fim, neste quesito, o voto recorre ao que dispõe o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) na elocução de que um sistema de recurso que se aplique apenas quando já iniciada a execução não contempla aos requisitos do parágrafo 5º do artigo 14, independentemente de a solicitação ser do réu ou da promotoria.

A terceira premissa arguida pelo voto divergente fundamenta-se em Kaufmann (1961) sobre o princípio da presunção de inocência que ostenta uma singularidade, isto é, orienta a estruturação dogmática. Trata-se de um valor ontológico que por isso não pode ser relegado em nenhuma hipótese, pois seu âmago é resistência à violência estatal, valor que não pode ser neutralizado em um sistema penal pretensamente democrático.

Ainda nesta rima, afirma a divergência que o poder tende ao abuso, por isso carece de freios permanentes para sua contenção, (Montesquieu, 2018, p. 303), isso mais ainda quando se trata de atuação estatal na esfera penal. Assim defende que em um Estado de Direito, o réu somente pode sofrer o peso da execução após obtenção de trânsito em julgado com ampla obediência às regras do devido processo legal, nisto reside o fundamento do processo penal, interpretação crível com os diplomas internacionais.

O princípio da não culpabilidade está consagrado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, ainda constando no parágrafo 2º o artigo 8º do Pacto de *San José* da Costa Rica, dessa feita, entende o Ministro que sendo um direito fundamental o ônus da prova recai para a acusação e restringe o tratamento do réu como culpado, até o trânsito em julgado da sentença.

Acredita que a dicção do inciso LVII do art. 5º da Constituição não possa ser tida como princípio ponderável, pois entende se tratar de regra na forma alexyana, visto

que é na distinção entre regras e princípios que se encontra a base da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais, além de ser o segredo para a solução de problemas dogmáticos (Alexy, 2017a, p. 85).

Na partitura de Alexy (2017a, pp. 90-91) o qual, apresenta princípios como mandamentos de otimização ordenantes de que algo seja realizado na maior medida possível, levando em conta as nuances fáticas e jurídicas. Por outro lado, às regras são satisfeitas ou não satisfeitas, de modo que deve ser feito exatamente o que dispõe sem variações, já que incide sobre determinações fáticas e juridicamente possíveis.

Tomando como ponto de partida o argumento alexyano, o Ministro entende que presunção de inocência está categorizada como regra, visto que, por existir delimitação fática e jurídica, extrapola a ideia de mandamento de otimização, logo incabível ponderação para aplicação.

O quarto pressuposto em epígrafe versa sobre o conteúdo do que intitula de regra da presunção de inocência e, a impossibilidade condenatória sem a culpa definitiva.

Recorrendo aos cânones clássicos de interpretação, especialmente o lógico e epistemológico, defende que não há como interpretar diversamente do que reverbera a auto evidência do texto legal, visto que somente se pode aplicar prisão-pena àquele que for culpado, visto que não se penaliza alguém que não seja considerado culpado e ninguém é culpado até o trânsito em julgado, o que impera a conclusão de que não se é possível pensar em execução de pena até a consumação do trânsito em julgado.

Após apresentar o posicionamento controverso da interpretação do HC 126.292/SP sendo que a reparação fora feita no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 reconhecendo a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, por reproduzir a presunção de inocência, vedando a execução antecipada da pena antes do trânsito em julgado se restaurou por assim ser a jurisprudência do HC 84.078/MG, diante disso não há razão legítima para que o entendimento da Suprema Corte não seja aplicado no caso em comento.

No que pese o quinto argumento, referente a inovação da lei 13.964/2019 que estipula um parâmetro de execução provisória das penas quando igual ou superior a 15 anos de reclusão, independentemente de recurso, haja vista não mais terá efeito suspensivo, entende na rima dos argumentos até então tessiturados de que há uma inequívoca violação dos princípios da não culpabilidade e do direito de recurso.

Corroborando com sua argumentação defende mais uma vez que não há parâmetro que justifique tratamento diverso entre os réus do próprio tribunal popular, de

modo que já urge a inconstitucionalidade da nova redação dada ao art. 492, inciso I alínea “e” do Código de Processo Penal alterada pela lei supracitada.

Por fim, o sexto argumento apresentado no voto é sobre a possibilidade de o magistrado decretar a preventiva a partir de elementos e fundamentos apontados pelo conselho de sentença, sempre com a clareza de uma cautelar.

Diante das premissas expostas, conclui por negar provimento e manter a vedação à execução imediata da pena, divergindo do Relator e propondo a tese de que a Constituição veda execução imediata das condenações, ainda que a preventiva possa ser decretada motivadamente, além de declarar a inconstitucionalidade da nova redação do art. 492, I, “e” do Código de Processo Penal conferida pela lei supracitada.

Notável que se trata de um voto na partitura de Alexy (2017a), Perelman (2020) Dworkin (2017) e tantos outros citados nesta dissertação, bem como cumpre o requisito da argumentação racionalmente axiológica aceita pelo crivo do falseamento, com um grau de verossimilhança mais elevado que o voto vencedor (Popper 2018, p. 391), uma vez que seguindo uma estrutura lógica com argumentos bem concatenados conclui convincentemente.

A forma como o voto foi justificado, com fundamentos jurisprudenciais, doutrinários e uma interpretação constitucional, trata-se de valorações racionalmente aplicadas ao caso concreto, sem que se possa alegar nenhuma subjetividade no modo como se conjecturou as premissas.

Lendo Alexy (2017a, p. 90s) defende que a presunção de não culpabilidade é uma regra e não um princípio, pelo simples fato de este ser uma norma que ordena que seja realizado na maior medida possível, além de ter um grau variado de satisfação que depende da bifurcação fática e jurídica. Assim sendo, compreende que o princípio carece da ponderação, ou seja, do sopesamento fato-norma para chegar a uma maior satisfação, visto que acompanha uma variante no caso concreto.

Por sua vez, entende que regra ou é, ou não é aplicável ao caso, ou seja, não possui gradatividade para a sua satisfação, o que leva o Ministro Gilmar Mendes a concluir que a presunção de inocência do inciso LVII, do art. 5 da Constituição Federal é uma regra, pois, requer aplicação imediata.

Ora, mandamentos de otimização possuem em sua própria natureza a capacidade de imprimir a maior medida possível dentro das possibilidades dos casos difíceis, exatamente porque às regras não são capazes de sair das margens de sua aplicação ou de

sua não aplicabilidade, visto que o critério de solução para a regra volta-se para sua validade.

Existindo uma probabilidade fática, averigua-se a existência da possibilidade jurídica positivada, isto é, se há uma norma que se aplica no caso telado, se porventura existir, tão logo se aplica, do contrário, é como se o caso em face da regra ficaria sem solução, neste evento é que o princípio ganha caráter de otimização, em outras palavras, princípios são satisfeitos na ausência de regras.

Otimizar é atingir a variante da maximização ou da minimização de uma norma no caso complexo, desde que esteja traçado o objetivo almejado, em outras palavras, pode-se sugerir que existindo uma problemática jurídica complexa com duas possibilidades fins: a primeira, poderia ser a premissa de garantir a máxima eficácia do princípio almejado; a segunda, a máxima eficácia do princípio contraposto.

No direito, o objetivo fundante é a máxima eficácia de suas normas, logo não se pode nivelar por baixo, uma vez mais, prevalece no diálogo dos argumentos aquele que melhor ofertar maior eficácia jurídica, isto é, o argumento mais viável para a situação em epígrafe.

Bem verdade, que Alexy (2017a, p.93s) postula as variantes de aplicação gradual dos princípios, o que é impensável quanto às regras, de modo que por ser mandamento de otimização, o comando pode ser satisfeito em graus que transitam entre o mínimo e o máximo de sua eficácia, jamais fora dessa margem.

Poder-se-ia interrogar: como é possível uma margem além do máximo? Ora, na teoria da programação linear que versa sobre a otimização, isso é possível, pois o programa irá traçar às margens capazes de solucionar a questão, de modo que, fora dessa moldura, haverá prejuízo para uma ou para a outra parte.

A solução sempre existirá dentro dos parâmetros entre as duas linhas extremas, isto é, a possibilidade fática e a possibilidade jurídica, entre uma e outra, existe a solução desde que observando as variantes, a grande questão é em qual grau o intérprete – magistrado - será influenciado pelos argumentos - algoritmos – manejados pelos intérpretes das variantes lineares, visto que, o grau da otimização dos princípios será determinado na decisão por sua racionalidade e justificação.

Por óbvio que o direito existe em seu sistema para que seja efetivado sem sua maior inteireza, ou seja, a função objetiva de uma decisão jurídica é satisfazer o seu objetivo primário, solucionar o conflito de modo a encontrar a verdade possível que seja

mais satisfatória, o que ocorrerá por meio da relação das variantes argumentativas das partes litigantes.

Neste caso, será necessário que as partes justapostas utilizando de argumentos jurídicos, sejam capazes de influenciar na decisão a ser tomada pelo magistrado intérprete, prevalecendo a que mais satisfaça maior eficácia do sistema, seja pela aplicação do princípio ou por sua não aplicação, dito de outro modo, trata-se de comprovar a prioridade da maximização ou da minimização da adequação jurídica no caso complexo.

Quando a teoria alexyana defende que os princípios são mandamentos de otimização, permanece subentendido um paralelo com a teoria da programação linear⁵¹ que se tornou um método de maximização ou de minimização de solução de problemas ou de tomadas de decisões, instrumento aplicado às ciências, e no direito é fundamento para uma teoria de decisão jurídica, a qual é perseguida por qualquer das partes.

Neste sentido o que ocorre é que diante de casos especiais ou difíceis, quando as variantes – fato e regras – não são capazes de efetivar uma solução sem se relacionarem, se busca no princípio uma forma de viabilização de comando capaz de criar condições medianas por meio da valoração das variantes, pois, em se tratando de aplicação de princípios, não existem apenas duas opções, é possível que outras sejam postas, como os extremos e os intermédios. Assim otimizar é traçar um objetivo, um método e um fim jurídico, como solução entre as extremidades, desde que se encontre um ponto neste diâmetro capaz de satisfazer as pretensões.

Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes entende que sequer dever-se-ia discutir a presunção de inocência em conflito com a soberania dos veredictos, haja vista, que sendo uma regra tem aplicação imediata tal como dispõe a letra gélida do artigo em questão.

Assim sendo, a análise sobre o voto do Relator Ministro Luiz Roberto Barroso e do voto divergente do Ministro Gilmar Mendes, muito fica evidente como o voto vencedor demonstra a compreensão equivocada que a Suprema Corte possui sobre a discussão entre regras, princípios e valores na argumentação jurídica.

⁵¹ George Bernard Dantzig (1914 – 2005) matemático estadunidense elaborou sua teoria de programação linear baseado no método simples, em 1951, de modo a ser considerado o pai dessa teoria. Esta teoria estuda problemas de otimização que envolve funções objetivas e restrições lineares de elevada complexidade.

O voto divergente apresentou uma concatenação de argumentos que foram valorados não por mera subjetividade do intérprete, mas por uma racionalidade axiológica que justifica a conclusão dos argumentos postos.

O mesmo ocorreu com o voto predominante, o intérprete concedeu uma carga valorativa, a diferença é que mais se alinha com o subjetivismo do intérprete do que propriamente com a racionalidade do discurso, uma vez que, as premissas apresentadas não necessariamente levam a conclusão que determinou o acórdão do julgamento.

Tanto é verdade que enquanto o voto divergente centralizou-se no suposto conflito entre presunção de inocência e soberania do veredicto, o voto do Relator está mais voltado para um sentimento de execução da pena como clamor social e midiático, bem como sobre a avaliação que a sociedade teria da Suprema Corte, do que mesmo discutir o conteúdo da questão, que foi muito mais conjecturada pelo voto vencido.

Portanto, a estrutura do voto vencedor segue muito distante da discussão que sem desenvolveu nestas letras científicas, visto que, a racionalidade dos argumentos axiológicos refuta a fragilidade do entendimento firmado no tema de repercussão geral 1068, além de reconhecer que o voto vencido se adequa muito claramente a racionalidade do discurso e, de uma hermenêutica orientada a valores como possível superação do dualismo facticidade e validade por meio de uma trilogia hermenêutica dos valores.

4.3 A superação da dicotomia entre o descritivo e o normativo por uma trilogia hermenêutica dos valores

Por se tratar de uma discussão que está longe de encontrar um consenso, razão pela qual se demonstra exatamente a magnitude que é essa temática, não necessariamente a solução está na posição majoritária, uma vez que, na ciência jurídica talvez já seja consagrada, embora exista limitações ao modo de compreender a relação fato, valor e norma.

A razão de que há uma necessidade em discutir, uma vez mais, essa questão, está nas decisões dos tribunais, sobretudo o Constitucional, quando toma premissas que envolvem principiologia e axiologia, pois analisando as minúcias fundamentais que motivam cada ministro ou desembargador a tomar uma decisão, é inevitável não notar o quanto que se aplica princípio como valor e, valor como princípio, sempre tentando preterir a importância axiológica que cada um revela em seu voto.

Como se já não fosse alarmante, ainda se decide com uma hiper qualificação que não encontra respaldo racional, haja vista, não se mantém em conformidade com o sistema normativo, nem mesmo se adequa a realidade social, a não ser que tenha cunho ideológico emparelhado com determinados grupos sociais.

Até o presente, nota-se uma má compreensão dos tribunais no que pese a relação da trilogia descrição, valoração e prescrição, traduzida por norma, valor e fato, na argumentação, aliás, conhecer que um argumento não é mera confecção de palavras, mas uma operação que além de racional, obedece aos ditames lógicos, também requer que seja compatível com a realidade social, o que não significa que se tenha que responder aos anseios justiceiros que permeiam os formadores de opinião do corpo social e jurídico.

Assim sendo, talvez uma teoria que segue caminho divergente dos iguais, possa oferecer uma solução plausível, tendo em vista que as propostas majoritárias não foram ainda suficientes para incorporar uma racionalidade prática do direito.

É nesta senda que Pfordten (1993, p. 400) apresenta uma proposta razoável como elucidação da problemática das valorações no processo decisório que requer uma boa justificação. Trata-se da trilogia hermenêutica abalizada em descrição, valoração e prescrição, de modo a desenvolver a conexão triádica e suas relevâncias no âmbito do direito e da ética.

Para Pfordten (1993, p. 228) o essencial está em encontrar o âmago da questão, ou seja, enquanto os teóricos ficaram atentos a objetividade dos valores; inserção dos valores numa dimensão metafísica; ligações de valores com o *dever ser*; aproximação de valor e *dever ser* ou associações do valor à dimensão do ser com todas essas linhas de pesquisa, ninguém se preocupou em indagar sobre a premissa do arquétipo dualista entre *ser* e *dever ser* (Krell, 2021a).

Sua proposta gravita em torno da superação desse reducionismo, no sentido de que a interpretação não pode limitar-se a descrição dos fatos ou prescrição das normas, visto que interpretar o direito transcende essa bifurcação, ou seja, é indissociável que somado ao dualismo clássico exista uma terceira via, a dos valores.

A razão é bastante simples, não basta existir uma norma que prescreva um comportamento, porque o fato haverá de acontecer, a questão fundante é saber quais foram as causas que convenceram o indivíduo a agir de uma determinada forma e, se elas foram as mesmas valorações que levaram o magistrado a proferir uma sentença.

Na verdade, é indispensável analisar a finalidade da linguagem meio, isto é, uma trilogia de fases, como a fase assertiva que de certo modo é revestida de desafios sobre

os fatos, segundamente a fase imperativa, isto é, que comanda e induz comportamento determinado e a terceira fase, que se volta para as condições valorativas, ou seja, comportamentos específicos determinados em relação a bens delimitados (Krell, 2021a).

Inquestionavelmente, mudar o comportamento de alguém ou ao menos alterar em parte o posicionamento valorativos de uma pessoa, pode não aparentar muita significância, todavia, faz enorme diferença quando se trata da interpretação jurídica, visto que a valoração tanto pode alcançar o passado, quanto o futuro com a mesma intensidade, sem que haja conexão com o que ainda possa acontecer concretamente (Krell, 2021a).

Na verdade, o que pretende Pfordten (1993, p. 229) é propor a integralidade da trilogia no direito enquanto função linguística necessária para a justificação e aplicação na decisão jurídica, pois ao mudar a percepção dualista para a trifuncionalidade linguística da interpretação axiológica, será mais fácil notar como essa trilogia age na redação jurídica.

O problema clássico da interpretação é priorizar sempre uma das vertentes, por isso que para se encontrar um equilíbrio argumentativo é necessário aquilatar as dimensões da prescrição, da avaliação (valoração) e da descrição, notando a função específica e conjunta de cada uma delas. Todavia, como os valores sempre foram denegados nos métodos clássicos, com a trilogia hermenêutica será possível reconhecer que os valores influenciam diretamente na interpretação normativa, porém não é quem determina absolutamente o agir humano (Pfordten, 1993, p. 230).

A razão para esse argumento é o fato de que uma boa interpretação jurídica é aquela composta por um processo dinâmico, que trata de um entrelaçamento entre facticidade descritiva, valoração e prescrição, formando uma rede de justificação orientadora da decisão finalística.

Contudo, foi o desejo de materializar uma mediação entre valorações e normas, que se criou o pedestal dos princípios com certa superioridade em relação aos valores. Diante disso, o pensamento alexyano sobre otimização mandamental revela exatamente a tentativa de uma forma que prescreva algo que seja mais elevadamente executado em analogia às categorias fáticas e jurídicas, ou seja, se forneceu um anel medianeiro justificador entre o *dever ser* e uma mera valoração (Krell, 2021a), isto é, essa abordagem pode ser a causa do obscurantismo das distinções fundantes entre a valoração e a prescrição.

É bem verdade que Pfordten (1993, p. 229) entende que a prescrição é o elemento condutor do agir humano, entretanto, ela não pode ser interpretada sem a descrição dos fatos e o envolvimento axiológico, uma vez mais, trata-se de um elo ordinário que forma o sustentáculo da decisão jurídica, consequentemente, os princípios não podem ser meras ordens ou comando como pretendia Alexy (2017a, p. 588), mas precisam ser entendidos associados com sua função axiológica, a qual, é altamente influente em uma decisão, ainda que de forma indireta e com a devida flexibilização, ou seja, aplicação em maior ou menor grau distintamente da prescrição.

A visão holística de Pfordten (1993, p. 400), faz com que haja uma mudança de prisma em discursões éticas e jusfilosóficas, visto que introduz os valores como centrais na interpretação jurídica, o que permite uma mobilidade ao pretender aplicar o direito, uma vez que é neste instante que se poderá de fato associar o teor da decisão ao que seja justo ou correto para o caso concreto.

Em se tratando de uma interpretação constitucional, isto é, aquela que visa uma maior compreensão do direito por meio dos seus destinatários, a abordagem de Pfordten (1993, p. 394) soa como democraticamente plausível, uma vez que considera o pluralismo jurídico englobante de diferentes perspectivas e valores sociais, sem abrir mão da prescrição.

Como essa temática sempre foi abordada a partir do hiato, fruto do constructo teórico kelseniano, uma proposta que considere a relação indissociável como a de Pfordten (1993) está alinhada a uma eventual hermenêutica de terceira via, ou seja, não desconsidera a tríade que é necessária para a argumentação jurídica, mas valoriza cada uma em sua especificidade, bem como suas capacidades de influenciar o intérprete ao aplicar o direito.

O que aventamos hermenêutica de terceira via é a aplicação e aproximação entre prescrição e descrição por meio da axiologia, de modo que fazendo uma previsão do fato em relação à norma, far-se-á uma valoração do princípio adotado enquanto condutor de uma eventual sentença reconhecidamente racional do ponto de vista axiológico, ou seja, diante da facticidade se elege previamente um princípio ou norma, que ao ser valorada ganhará o *status* de condutor da sentença, todavia, esta não será senão uma sentença axiológica. Em síntese, trata-se de conceder aos valores o mesmo peso atribuído a norma e ao fato enquanto determinantes para se tomar uma decisão.

Neste sentido, o acórdão ou minuta não será fundamentado em princípio ou norma, mas na valoração que o processo decisório conferiu ao princípio durante todo o

processo da decisão jurídica, ou seja, não se falaria em decisão fundamentada na lei colocada, mas na argumentação axiológica do fato ao qual se aplica uma determinada norma, visto que quem fundamenta a decisão são os valores.

A sutil diferença da trilogia de Pfordten (1993, p. 401), para a proposta de uma hermenêutica de terceira via ou hermenêutica finalística da decisão jurídica orientada por valores, é que ele não delimita o momento em que possa eventualmente cada uma das dimensões influenciar, enquanto a uma lógica de terceira via apresenta uma estrutura sedimentada em que haverá preponderância de intervenção em momentos distintos no processo decisório.

Na hermenêutica axiológica de terceira via, os valores assumem a condição finalística da decisão jurídica, ou seja, o que o direito pretende é ser valorado em uma maior ou menor equivalência com os fatos. Isso significa dizer que os valores não serão premissas de um problema jurídico, os princípios é que mantêm a guarda de *arché* (ἀρχή), isto é, ponto de partida ou orientadora de uma decisão que será ao final valorada.

Em outras palavras, os princípios devem ser orientadores do direito quando em confronto com o fato jurídico, isto é, o intérprete ao analisar o fato orienta a normatização para que seja valorada e encontre a melhor solução, por uma ponderação racional das aparentes colisões de valores.

Outrossim, levar-se-ia em consideração o fato, a norma princípio como condutora da regra, que sofrerá uma ou várias valorações para levar o magistrado a tomar uma decisão submetida a argumentação. A hermenêutica de terceira via ou axiológica se aproxima da trilogia hermenêutica de Pfordten (1993, p. 431s), mas a supera na medida em que destaca que na decisão jurídica existe o momento que deve ser levado em conta cada um dos influentes, isto é, princípios para orientar o direito, valores para influenciar e justificar a decisão sobre uma facticidade.

De certo modo, Krell (2021a) já indicava essa perspectiva quando defendia que a abordagem dualista não é segura para orientar às tomadas de decisões, visto que a descrição é apenas porto originário, devendo ser interpretado a partir dos elementos valorativos que envolvem o caso concreto.

Ora, já está consubstanciado que os valores orientam o sistema jurídico, sendo uma espécie de avaliação do que seja justiça, democracia, liberdade, que levará o intérprete a atribuir o sentido subentendido da norma, o que ocorre por meio da descoberta dos valores subjacentes.

Para Krell (2021a) o esquema trilógico de Pfordten (1993, p. 401) justifica que a prática jurídica deve ser compreendida enquanto dinâmica da atividade interpretativa, na qual, o magistrado não é algoritmo aplicador do direito, mas interpreta e avalia descrição, valoração e prescrição, sempre recheado da axiologia ética e social latente. É um processo que garante a racionalidade da argumentação jurídica, visto que estará submetida ao crivo do falseamento dos argumentos e, conseqüentemente não perderá de vista a segurança jurídica.

Mas, como não se pode escapar das colisões entre princípios e valores, Pfordten (1993, pp. 427-430) oferece o caminho ao permitir que o intérprete deve considerar as leis e os valores orientadores do sistema jurídico para decidir, assim Krell (2021a) segue a dicção pfordteniana, no sentido de que é por meio da avaliação profícua dos valores que levará o magistrado a ponderar qual norma melhor se adequa, razão pela qual deve prevalecer na situação do suposto conflito.

Como Krell (2021b) critica a tentativa de uma suposta objetividade do direito sem os valores, sua resposta é no sentido de reformular o que se entende por objetividade, isto é, nem o direito é objetivo sem os valores, nem subjetivo com os valores, o direito é o que é enquanto equilíbrio, ou seja, pode ser compreendido como objetividade na argumentação jurídica.

O equilíbrio abordado aqui segue a trilogia pfordteniana, isto é, uma decisão que tenha o rótulo de racionalidade interpretativa precisa levar em conta a descrição dos fatos e, a avaliação justa dos valores. Isso não é subjetividade ou arbitrariedade, mas um processo essencial na tomada de decisão mais humanizada, afinal trata-se de uma prática orientada sempre por valores, assim a decisão jurídica é uma síntese entre descrição dos fatos, avaliação dos valores e prescrição normativa.

Além da humanização da decisão jurídica, também é relevante a acentuação democrática dessa trilogia, uma vez que, se o direito não refletir os valores sociais não poderá ser considerado válido, pois é a responsabilidade do intérprete ao fundamentar sua decisão que permitirá materializar as expectativas de direito, o que terá o efeito natural de que as decisões sejam mais justas, legítimas e democráticas, provocando necessariamente a credibilidade do sistema jurídico e das instituições.

Devido o predomínio kelseniano na ciência do direito, o extrato positivista da separação rígida entre *ser* e *dever ser* acompanha o imaginário jurídico, da academia aos tribunais, como se fosse senso da justiça, por isso que a referência a valores não se adequava ao sistema binário. Visto que, a ótica dos extremos levou alguns a rechaçarem

os valores e sua deontologia e, outros equipararem-nos às normas principiológicas da interpretação constitucional (Krell, 2021a).

Já está superada a desconsideração de que entre os extremos não exista um intermédio, que possa sugerir um equilíbrio, isto posto, é necessário superar o desconforto criado por essa binariedade entre acadêmicos, juristas e “aplicadores” do direito, no sentido de superar o prejuízo não só para com os valores, mas também para com a retórica e teoria da argumentação (Krell, 2021a).

Entrementes nem os valores são reduzidos a subjetivismo, nem a retórica é limitada à persuasão superficial dos sofistas, nem tampouco a teoria da argumentação está escondida em argumentos ingênuos. Muito contrariamente, os valores possuem sua condição objetiva, como já foi amplamente desenvolvido até o presente e, a retórica tem sua perspectiva inovadora sobretudo no que diz respeito a racionalidade interpretativa da nova retórica perelmaniana, de modo que a teoria da argumentação ao modo alexyano é a condição de justificar o porquê de uma decisão ser aquela.

Se criou erroneamente uma falsa percepção dos valores, a ponto de resistir qualquer menção recursiva que sinalize a presença dos “fantasmas” axiológicos, isso porque seria como que a demonstração do subjetivismo em determinado julgamento. Além do mais, é essa mesma perspectiva que faz resistir a ponderação interpretativa de Alexy somente pelo fato de equiparar princípios e valores (Krell, 2021a).

Os tempos hodiernos, requerem uma abertura ao que propõe a teoria pfordteniana sobre a interligação da relação tripla estabelecendo os valores como intercessores no esquema binário, de modo que essa exigência de flexibilização poderá despertar uma sensibilidade da importância axiológica, reconhecida como presente na prática de uma justiça realista e não apenas idealista (Krell, 2021a).

No que pese a aceitação e aplicação dos princípios na decisão jurídica, embora ainda pare controvérsias, já está superado que existam decisões baseadas na principiologia constitucional, o que encaminha a aceitação da natureza híbrida que lhe é natural, isto é, convivem pacificamente a ontologia e a deontologia nos princípios, sem que isso retire dos mesmos a condição jurídica (Krell, 2021a).

É bem verdade que os argumentos de aceitação e validação de uma regra requer apenas o formalismo legiferante, mesmo que por vezes, não seja uma lei aceita socialmente, o que não impedirá sua eficácia, todavia, há de se considerar que no âmbito axiológico, somente se pode falar em racionalidade da valoração quando esta encontra

albergagem na vanguarda social, ou seja, é a sociedade quem dar o suporte para que os valores sejam expressos normativa e judicialmente (Krell, 2021a).

Por assim ser, Krell (2021a) defende que a teoria binária no direito mais se parece com uma doutrina filosófica que deu continuidade à premissa dos opostos desde a origem do conhecimento, que propriamente uma questão de direito, uma vez que sua condição prática é de fato como realmente funciona, ou seja, diferentemente das teorias abstratamente filosóficas, a redação jurídica não se limita a suas elucubrações sobre o *ser* e o *dever ser*, haja vista, ser uma condição pragmática que lida essencialmente com valores (Krell, 2021a).

O direito é essencialmente axiológico, visto que a primeira valoração ocorre por meio do legislador, que considerando às circunstâncias sociais, políticas e econômicas, taxa à lei com o valor que convém a demanda de determinada conjuntura. A sociedade ao tomar ciência de uma lei, lança sobre ela juízos de aprovação e, ou de reprovação moral para com a função do legislador e, finalmente, todos os envolvidos com a interpretação e aplicação do direito, lançam um olhar de axiológico quando tomam a decisão de aplicação ao caso concreto (Krell, 2021a).

Todavia, defende Krell (2021a) que a equiparação de princípios e valores não é satisfatória, pois são dimensões autônomas e distintas, embora tenha atuação conjunta, isso não significa separação, muito pelo contrário, é extremamente necessário definir o íterim de atuação na decisão jurídica, exatamente para não repetir a dicotomia clássica, nem desembocar em subjetivismos jurídicos de quem decide.

Por isso, reconhecer que as normas principiológicas e valorativas são independentes e distintas, implica defender que cada uma atua na sua devida oportunidade, contribuindo para uma decisão jurídica nacionalizante por meio da argumentação, que para ser racional precisa justificar às razões pelas quais se encontrou a decisão baseada em princípios e valores.

Entender essa distinção sem a rígida separação, já é o início para a superação da dicotomia entre o descritivo e o normativo, por uma trilogia hermenêutica da decisão jurídica e axiologia dos valores (Krell, 2021a).

Portanto, a hermenêutica de terceira via ou trilogia hermenêutica dos valores são semelhantes, no que pese a estrutura da necessidade de se reconhecer os valores sempre presentes no direito como um todo. A diferença é que a primeira propõe uma delimitação de atuação dos valores enquanto finalística da decisão jurídica, isto é, o que pretende a decisão jurídica não é senão a valoração de uma pretensão, ademais é o que busca o

magistrado ao prolatar uma sentença, isto é, toda decisão será sempre um juízo de valor, o que não significa ser mera subjetividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma nova proposta de se compreender o direito enquanto glossário de procedimentos argumentativos, é reconhecer que se trata de um alvitre hermenêutico, muito mais que retórico. Todavia, no processo da decisão jurídica é sempre possível notar que existe algo convivendo sem muita dificuldade com a pretensa objetividade do direito, trata-se da presença indissociável dos valores na relação fato e norma jurídicos, que outrora muitos julgaram ser um distanciamento intransponível.

Por essa razão é que o objetivo fundante desse trabalho foi a plausibilidade de uma interpretação constitucional, no processo da decisão jurídica, aberta à axiologia como proposta de superação do abismo rígido entre descrição e prescrição que fora estabelecido pelos métodos clássicos de interpretação. Uma vez que se tratando de uma ciência pragmática como é o direito, seus reflexos dualistas chegam com maior evidência demonstrando que em casos complexos é insuficiente uma decisão jurídica pautada apenas no normativismo.

Nesta senda, o que se constatou no desenvolvimento dos argumentos submetidos ao falseamento da teoria popperiana foi no sentido de a decisão jurídica apegada ao formalismo constituir um empecilho para uma verdadeira ciência argumentativa, uma vez que os pressupostos da objetividade não suportam a aplicação da deontologia dos princípios e axiologia dos valores, tão presentes na interpretação constitucional.

Nessa tessitura, foi estabelecido uma valoração sobre os objetivos peculiares dialogando com teóricos como Kelsen, Alexy, Dworkin, Krell e Pfordten, contatou-se, por meio do método da falseabilidade, ser o dualismo entre facticidade e normatividade a base fragilizada para uma decisão que se espera sedimentada na razão dos argumentos e, da verossimilhança jurídica.

Nesta arguição, é que o primeiro capítulo percorreu o caminho do dualismo enquanto empecilho para uma argumentação jurídica orientada por valorações, isso se deu quando apresentou os pressupostos da teoria objetivista e a ontologia do pensamento filosófico sobre as dimensões que envolvem descrição e prescrição.

Aliás, já se aventou a fragilidade dessa tese refutada quando se desenvolveu os argumentos que envolveram a questão sobre deontologia dos princípios e axiologia dos valores na decisão judicial, além de esclarecer que argumentação axiológica não padece da crítica do pamprinciologismo, visto que ainda desenvolvendo o primeiro objetivo

específico se apresentou o verdadeiro papel dos valores no processo decisório. Portanto, o objetivo primeiro foi modestamente atendido.

Em uma segunda oportunidade específica, se apresentou uma releitura proposta pela doutrina alemã como demonstração da fragilidade da argumentação jurídica que se vanguarda na prescrição vista distante da facticidade e da axiologia, enquanto tese de refutação.

Por conseguinte, se apresentou a racionalidade dos bons argumentos como meio necessário de convencimento, não reduzidos a instrumentos retóricos, mas enquanto uma hermenêutica axiológica, visto que, uma arguição de requinte justificante está impregnada por um grau elevado de valores jurídicos.

Ademais, ao apresentar um método plausível, que supera às fragilidades da teoria dualista, torna-se na ótica popperiana uma ratificação do falseamento da teoria refutada por meio de uma ponderação dos valores ou de uma hermenêutica axiológica. Por sua vez, restou atendido o segundo objetivo da pesquisa.

Na terceira pretensão, desenvolveu-se a hermenêutica da decisão jurídica e axiologia dos valores enquanto ciência da verossimilhança, que expõe a impossibilidade da neutralidade valorativa dos argumentos judiciais mormente a interpretação constitucional, esse foi o lançamento do falseamento sobre a tese de refutação, de modo que esta suportando o crivo da falseabilidade, comprova-se que os argumentos da refutação falsearam a tese refutada do primeiro capítulo.

Demonstração que ganhou relevância concreta, ao se analisar o julgado do Supremo Tribunal Federal proferido no Recurso Extraordinário 1.235.340 quando se confrontou o voto base do acórdão com a sua divergência. Logo, se apresentou o pensamento dos votos divergentes sobre a forma como princípios e valores são abordados pela Suprema Corte.

Ademais, se justificou como é frágil a compreensão ou a simbiose entre princípios e valores na cognição dos ministros, no sentido de ora entender princípio por valores ou valores por princípios, causando certa confusão e fragilidade argumentativa.

Neste cenário, por meio de uma proposta dada por Krell, leitor de Pfordten, se apresentou como opção a trilogia dos valores ou hermenêutica de terceira via como superação da fragilidade dicotômica da decisão jurídica, baseada na dimensão prescritiva. Assim, quedou consentido o último objetivo da pesquisa.

A problemática incidiu sobre a fundamentação das decisões judiciais, no sentido de que o magistrado ao se confrontar com casos emblemáticos terá que fazer escolhas de

âmbito externo ao direito, para solucionar conflitos internos ao sistema judicial, sendo que essa operação requer uma fundamentação nos princípios e valores, visto que o formalismo verificacionista não supre a necessidade que o caso requer, por isso a proposta apresentada neste trabalho gravita em volta de trilogia hermenêutica axiológica.

Então, notou-se que nos casos de interpretação constitucional essa problemática é patente, pois por mais que o aporte da decisão seja o positivismo jurídico, seus fundamentos tentam responder a conflitos de ordem social, política, econômica e humanitária, o que implica a presença gradativamente elevada de valores e princípios, sendo por meio destes que o judiciário apresenta interpretações e argumentos que ratificam uma decisão juridicamente verossímil.

Consequentemente, o sistema jurídico se assume definitivamente normativo, todavia encontra-se no seu bojo situações que provocam uma ruptura com o sistema, eis então a questão sob a qual se balizou estas cifras, isto é, o judiciário quando se depara com a necessidade da interpretação constitucional, não encontra paradigma legislado para justificar suas decisões, tendo que recorrer aos princípios e valores constitucionais, por meio de uma interpretação hermenêutica justificada pela teoria da argumentação ou retórica.

Essa discussão de certo modo assombra os sistemas jurídicos, por isso que na presente pesquisa ao tratar dessa temática foi entendida como uma provocação crítica à redução normativa do direito, por não corresponder aos anseios da ciência, da filosofia jurídica e das conjunturas contemporâneas, no que pese a interpretação e aplicação do direito, por meio de uma argumentação racional que suporte o rigor da criticidade.

Por conseguinte, a problemática se confirmou quando em contato com o julgado do Recurso Extraordinário pela Suprema Corte, bem como em todos os casos que implicam interpretação constitucional, são os valores e princípios os primordiais parâmetros dos intérpretes, falseando, por assim ser, a teoria dualista entre fato e norma, pois, quando o Supremo Tribunal Federal decide validamente com força vinculante, haja vista, tratou-se de um caso com repercussão geral, é inegável que nas situações semelhantes quando se requer uma aplicação simétrica com o constitucionalismo, a segurança decisória será preservada na principiologia e axiologia.

Hipoteticamente, partiu-se da tese de que a decisão jurídica fundamentada em princípios e valores, não significa necessariamente decisionismo ou que não tenha pujança jurídica, haja vista que, argumentação será sempre uma valoração aplicada, isto é, a força axiológica é condutora da argumentação.

Ainda assim, mesmo aplicando uma interpretação axiológica o julgador esquiva-se em reconhecer a possibilidade da racionalidade dos valores no direito, sobretudo na decisão jurídica, limitando-se a entendê-los como extensão de decisionismo ou ativismo judicial.

Nessa perspectiva, diante de decisões jurídicas instáveis em razão de conflitos que exigem mais que uma dedução normativa, percebeu-se a necessidade de avaliar como o Supremo Tribunal Federal entende valores e princípios, bem como aplicam-nos em seus julgados.

Contudo, o falseamento metódico contribuiu para analisar a tessitura doutrinária da temática descrição e prescrição rigidamente separadas, por isso que se tentou responder à indagação capital condutora desta pesquisa, que interrogava sobre a possibilidade de uma interpretação e aplicação dos valores no processo decisório constitucional, por meio de uma hermenêutica axiológica, sem cair no subjetivismo dos magistrados ou no decisionismo judicial, além disso, percorreu o caminho para falsear a tese de que somente a normatividade garante objetividade na argumentação jurídica decisória e que por meios dos valores, isso não seria possível.

Uma vez apresentado o arcabouço popperiano, em obediência ao método hipotético-dedutivo, é que esta dissertação respondeu satisfatoriamente às questões a que se propôs, isto é, a decisão jurídica por sua condição de fundamentação se concretiza por meio da teoria da argumentação, não sendo uma mera conjectura de premissa silogísticas, mas razões convincentes do porquê ser uma e, não outra decisão aplicada ao caso concreto, principalmente quando a questão envolve interpretação constitucional.

Outrossim, foi possível responder às indagações fundantes do método, ao apresentar os pressupostos da frágil dicotomia entre as categorias *ser* e *dever ser*, enquanto dimensões da descrição e prescrição quando se conjecturou uma releitura desse dualismo por meio da doutrina alemã, a qual foi promissora ao justificar que a ponderação dos bons argumentos e a trilogia hermenêutica, reaproxima o que nunca foi separado como pretendia a tese refutada.

Assim, ao apresentar a presença dos bons argumentos e da ponderação dos valores na interpretação e aplicação do direito, se ratificou não só ser possível a abertura da interpretação constitucional aos parâmetros de valorações, como também se comprovou que o Supremo Tribunal Federal assim procede aplicando valores e princípios em seus julgados, de natureza transcendente ao limitadíssimo sistema normativo.

Por isso que a aplicação do método hipotético-dedutivo, foi suficientemente satisfatório ao refutar as premissas de que os valores implicam em decisões não jurídicas, por ausência do caráter deontológico existente nas normas e leis.

Todavia, ao se apresentar os pensamentos divergentes segundo a doutrina de Krell, na condição de refutação da predominância positivista, amparada exemplificadamente, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, é que a refutação se estabeleceu como sendo uma tese mais sólida que a refutada objetividade normativa para a interpretação constitucional.

Como o método popperiano é entendido *a contrario sensu*, isto é, a tese refutada mantém sua autonomia científica caso a refutação não seja suficiente para aprimorar as bases que sustenta. Quando a contestação analisada no capítulo terceiro demonstrou a fragilidade da teoria refutada que foi desenvolvida no capítulo segundo, restou demonstrado maior confiabilidade na impugnação que a tese refutada, portanto, ratificando que a refutação é inconteste diante da fragilidade da tese contestada a consequência natural do método é que esta não suportou a falseabilidade.

Foi exatamente esse percurso científico que se realizou na presente pesquisa, ou seja, os argumentos verificacionistas que defendem o direito por meio de provas, isto é, daquilo que é provável em dedução silogística aplicando apenas a norma ao fato jurídico, foi amplamente fragilizado porque é impossível falar em neutralidade da decisão jurídica por supostamente não se aplicar os princípios e valores.

Outrossim, ficou comprovado que toda decisão é axiológica e, os valores, mais que afastar a objetividade jurídica terminam por garantir não só a objetividade dos bons argumentos, como também se consagra intermédio entre fato e norma.

Diante disso, foi possível identificar algumas questões relevantes no tema apresentada no primeiro capítulo, sobre o dualismo entre prescrição e descrição como empecilho para uma argumentação dos valores na ciência do direito. As premissas dualistas da redação jurídica no que pese *ser* e *dever ser*, desde Aristóteles passando por Kant e chegando a Kelsen, vem à baila o problema da rigidez, entre os conceitos, que estabeleceu um hiato supostamente intransponível, embora seus argumentos terminaram analisados como que metafísicas frágeis não correspondentes aos ditames que o direito requer enquanto argumentação jurídica.

Assim o capítulo em evidência, explora e complexidade entre descrição e prescrição, destacando a dedicação de Kelsen em distanciar ciência jurídica de filosofia do direito por questões meramente valorativas como a justiça. Embora contestada a teoria

kelseniana, é inegável seu desejo e tentativa por uma objetividade do estudo do direito, tanto é que até o presente seus escritos são primordiais para um bom jurista.

Todavia, o próprio austríaco reconhece a dificuldade da separação entre objetividade e subjetividade no direito, porque inevitavelmente a subjetividade é inserida por meio dos valores e princípios. Por isso, foi dada evidências ao pensamento enquanto tese refutada pela proposta da refutação sobre a trilogia hermenêutica

Mais que uma discussão dos clássicos, se abordou um debate contemporâneo sobre a questão axiológica, já apresentando os contrastes com a teoria de Alexy, Streck e Dworkin sobre o papel dos valores na aplicação do direito, tendo na ponderação e na razoabilidade meios plausíveis para aplicação racional do direito na decisão jurídica.

Porém, com as críticas sobre o pamprincipiologismo como sendo um rio de decisionismos, em seu bojo embora reconheça a inafastabilidade dos princípios, desconsidera a valoração no julgar jurídico o que se confirmou um raciocínio limitado. Portanto, a discussão do primeiro capítulo apresentou a complexidade em equilibrar objetividade com a inevitável presença dos valores na aplicação jurídica.

O segundo capítulo, obediente ao método popperiano, foi pensado como o falseamento do divórcio conjecturado pelo pensamento positivista, no sentido de ser o distanciamento uma causa de fragilidade teórica para a argumentação jurídica.

Assim a rígida distinção proposta por Kelsen, passa a ser refutada apontando suas fragilidades argumentativas, orientadas por Krell que fez uma releitura da doutrina alemã, ao propor a superação dualística por meio de uma trilogia hermenêutica axiológica.

Por ser o direito uma ciência pragmática, suas implicações sociais não podem ficar afastadas de juízo de valores no ato decisório, por isso que a ideia de ser o direito uma ciência puramente prescritiva, sem as influências axiológicas é uma ótica que não satisfaz o sentido prático da interpretação constitucional.

Ao se apresentar o pensamento da refutação, entendido como releitura do pensamento refutado, é que a superação da dicotomia ocorre por meio de uma flexibilização do conceito de direito e de objetividade, materializada por uma racionalidade jurídica que considere tanto os aspectos normativos quanto a valorações ponderadas no processo decisório.

Assim, se demonstrou na tessitura da refutação que o processo jurídico envolve escolhas humanas, por isso não pode ser reduzido a uma análise mecânica ou algorítmica, já que a decisão judicial é essencialmente finalística, de modo que o julgador, deve levar

em conta tanto o texto normativo com os valores e impactos que estes causam na realidade social.

Foi neste sentido que se constatou não existir uma divisão absoluta, visto ficar evidente a complementaridade entre facticidade e normatividade, a qual necessita de um ajuste hermenêutico axiológico como instrumento reconciliador.

Foi a aliança de Krell com Bachelard que possibilitou a compreensão de que o direito não está focado em uma resposta absoluta, mas em um processo de verossimilhança, construído em fases interpretativas e ampliatórias entre texto normativo e realidade social.

Consequentemente a racionalidade da redação jurídica deve fundamentar-se em motivações sólidas, que possam superar a falseabilidade argumentativa, sobretudo quando se tratar de interpretação constitucional que envolve diretamente questões principiológicas e axiológicas.

Quando se referiu em racionalidade jurídica, não se limitou ao que pode ser conjecturado pelo magistrado individualmente, mas no sentido de que, mesmo sem neutralizar sua personalidade sua decisão deve amparar-se nos valores sistêmicos adequados ao constitucionalismo.

Assim sendo, a refutação enfrentou o “desafio kelseniano” por meio da ponderação de princípios e valores, no sentido de ser um utensílio do método popperiano, já que a proporcionalidade e a razoabilidade são indispensáveis para que as decisões sejam equilibradas, justificadas e não se transformem em arbitrariedades. Neste sentido, funcionou como limite do poder discricionário dos magistrados ao flexibilizar que se possa decidir valorando o fato e a norma, sem ultrapassar os limites da racionalidade argumentativa.

Por fim, mas sem esgotar a temática, o terceiro capítulo, apresentou uma hermenêutica da decisão jurídica axiologia enquanto ciência da verossimilhança e a impossibilidade da neutralidade axiológica, ratificando ser a decisão jurídica uma pretensão finalisticamente valorativa, a qual ocorre por meio da trilogia hermenêutica.

Por isso, se explorou a impossibilidade de uma neutralidade axiológica da decisão jurídica, uma vez que, sendo manifestação de uma ciência verossímil não se pode expurgar a influência dos valores fundamentantes de uma sentença. Assim, a decisão jurídica não se centraliza em técnicas neutras de interpretação, mas envolve necessariamente uma aproximação da verdade possível.

Nesta rima, o processo decisório além de fundamentação, requer que seja plausível, pois do contrário não é verossímil ao contexto social, nem ao sistema constitucional em que está inserido, lógica que afasta a ilusão de que para ser segura e racional terá que ser desvencilhada dos valores que permeiam uma sociedade.

Essa impossível neutralidade valorativa é ratificada pelo fato de os magistrados não atuarem em um vácuo social desprovido de críticas, pois, é inconteste que toda pessoa, inclusive a do magistrado, é influenciada por suas visões intelectivas, políticas, morais, filosóficas, religiosas e tantas outras.

Por isso que ao decidir, não há como se afastar desses elementos externos, já que é por eles que a racionalidade jurídica é organizada, o que não significa vinculação irrestrita ao subjetivismo, muito contrariamente, a estruturação que se apresentou ocorre de modo sedimentado, isto é, busca-se uma objetividade possível ratificada ou falseada dentro da possibilidade dos argumentos principiológicos e axiológicos.

Assim, o quarto capítulo pode ser entendido como o caminho de verossimilhança do direito sentenciado, ao conciliar valores e princípios presentes na sociedade com o sistema normativo de condutas humanas, assegurando eventuais limitações e arbitrariedades.

Efetivamente, fazendo uma ligação entre o método da falseabilidade de Popper com a dialética no direito, de algum modo se percebeu que o processo decisório está envolto de uma dialética entre fato, valor e norma, sob a interpretação e aplicação jurídica no caso especial, por isso que sendo uma ciência prática, a aproximação para com uma verdade perquirida depende da abertura em integrar a composição triádica fato, valor e norma, como constructos racionais para uma boa argumentação.

Nesse sentido, ao se analisar os votos do Ministro Barroso enquanto tese que prevaleceu no julgamento do Recurso Extraordinário número 1.235.340, refutada pelos argumentos apresentados no voto divergente, se constatou que a Suprema Corte valida uma tese fragilizada, pois revela-se que os valores são aplicados como se princípios fossem, além de, o voto vencedor se basear em colisão inexistente entre princípios.

Por alguma razão equidistante do sistema constitucional ou de eventual interesse de autolegitimação institucional, é que prevaleceu uma decisão que embora baseada em princípios e valores, furtou-se da racionalidade axiológica apresentada nesta dissertação como trilogia hermenêutica, no sentido de aproximar fato e norma por uma axiologia racionalmente verossímil, o que não aconteceu no julgado analisado, pois ao seguir os

argumentos falseados, se desprezou a refutação sólida do voto divergente ao se legitimar a tese menos forte.

Nesta esteira, é que o fechamento do quarto capítulo delimita o triunfo à dicotômica entre descritivo e prescritivo, ao propor a superação por uma trilogia hermenêutica dos valores, abordagem que integra os três elementos fundamentais na interpretação juridicamente constitucional.

Falseando o enfoque dualista reduzido ao *ser* e *dever ser*, a trilogia centraliza a valoração, preterida até então, como elemento indispensável a uma decisão racional e eficaz, já que enquanto refutação a decisão fundamentada em princípios valorados nos casos especiais refletem às expectativas e demandas jurídico sociais.

Por essa razão é que Pfordten e Krell compreendem a decisão jurídica como um processo que transcende a mera aplicação tecnicista da norma, porque são os valores na decisão jurídica que incorporam racionalidade prática reconhecedores da complexidade social, ética e jurídica.

Por essa razão se constatou nos casos especiais de interpretação constitucional demandantes de ponderação valorativa, que o magistrado, atua enquanto intérprete de fatos, valores e normas, no intuito de encontrar uma solução não simplesmente válida, mas verossímil e justa.

Além de expressar uma racionalidade no processo decisório, a trilogia hermenêutica dos valores, apresentada por Pfordten e Krell reforça a legitimidade democrática de sustentar a interpretação e aplicação do direito. Neste sentido, é que se constatou que uma decisão que ignora a axiologia está parcial ou totalmente desconectada da realidade, o que fere de morte sua eficácia tornando-se susceptível à crítica rigorosa a que deve se submeter.

Por outro lado, uma interpretação aplicada que se incorpora aos valores conscientes e sistemáticos, não apenas humaniza, mas também fortalece o papel do direito como instrumento de justiça social, pois promove uma valoração realista que credibiliza, por assim ser, às instituições jurídicas.

Destarte, a sequência metodológica emprestada de Popper, foi fundamental para fazer um caminho de conjecturas clássicas, as quais foram refutadas oportunamente, para ceder espaço a hermenêutica de terceira via, também denominada de trilogia axiológica por Krell, no sentido de que se tratou como uma proposta alternativa que fosse capaz de sensibilizar o julgador ao se deparar com a relação fato, valor e norma. A falta de qualquer um desses elementos impede que a decisão seja racional, sobretudo nos casos que

envolvem interpretação constitucional, pois são os valores e princípios basilares para se fundamentar os argumentos de uma sentença verossímil da verdade, logo é possível uma interpretação constitucional axiológica que mantenha objetividade da decisão jurídica.

REFERÊNCIAS

ADEODAO, J. Maurício. **Filosofia do Direito**: Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGOSTINHO, **De Magistro**. Tra. Felipe Denari. 1 ed. Campinas: Kiron, 2017.

ALEX, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed., 5ª Tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2017a.

_____. **Princípios Formais**: e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. (Orgs.) Alexandre Travessoni G. Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba, Mônica Sette Lopes, 1. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Teoria Discursiva do Direito**. Org. e Trad. Alexandre Travessoni G. Trivisonno, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A teoria do Discurso racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.

_____. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, 1. ed. 3. Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

ALBERT, Hans. **Ethik und Meta-Ethik**. In : H. Albert; E. Topitsch (eds.) Werturteilsstreit. Darmstadt: WBG, 1979.

_____. **O Direito à luz do Racionalismo Crítico**. Trad. Günther Maluschke. Brasília: Universa; Editora da UnB, 2013.

ALVES, Rubem. **Ostra feliz não faz pérola**. 2 ed. São Paulo: Planeta, 2014.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Trad. Leonel Vallandro, Porto Alegre: Editora Globo, 1969.

_____. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Junior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Teorias da Argumentação jurídica. Trad. Cupertino, Maria Cristina Guimarães. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2016.

BACHELARD, Gaston. **A Epistemologia**. Trad. Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, 2006.

BALLWEG, Ottmar. **Retórica analítica e direito**. Tradução de J. M. Adeodato. Revista Brasileira de Filosofia, v. XXXIX, Fasc. 163, jul-ago-set, 1991.

_____. **Entwurf einer analytischen Rhetorik**. In: SCHANZE; KOPPERSCHMIDT (Hrsg.). Rhetorik und Philosophie. München: Wilhelm Fink Verlag, 1989.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. **Nas Fronteiras da Argumentação: A discricionariedade Judicial na Teoria Discursiva de Robert Alexy**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BARROSO, Luíz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: o Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf. Acesso em: 25 jun. 2024.

_____. **A razão sem voto: a função representativa e majoritária das Cortes Constitucionais**. Revista Estudos Institucionais, v. 2, p. 517-546, 2017.

_____. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Revista da EMERJ, v.4, n.15, 2001. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 15 jun. 2024.

BARROSO, Luíz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de **O Começo da história. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Ariani Bueno Sudatti & Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: edipro, 2016.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2. ed. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**, 3 ed. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CARRINO, A. **L'ordine delle norme: Stato e diritto in Hans Kelsen**. 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

CHAZAL, Jean-Pascal. **Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique**. In: Archives de Philosophie du droit. Nº 45: L'américanisation du droit. Paris: Dalloz, CNRS, 2001. Disponível em: [file:///C:/Users/pelis/Downloads/philosophie-et-theorie-du-droit-ou-l-illusion-scientifique%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/pelis/Downloads/philosophie-et-theorie-du-droit-ou-l-illusion-scientifique%20(1).pdf). Acesso em: 17 jun. 2024.

CHIASSONI, Pierluigi. **Enfoque Analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen**. (Trad.) Heleno Taveira Torres & Henrique Mello, s. ed., São Paulo: Contracorrente, 2017.

COELHO, F. U. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DAVIDSON, Donald. **De la verdad y de la interpretación: fundamentales contribuciones a la filosofía del lenguaje**. Trad. Guido Filippi. Segunda reimpresión. Barcelona, España: Editorial Gedisa, S.A, 2001.

DESCARTES, René. **Princípios de Filosofia**. Trad. GAMA, João, s.ed., Lisboa/Portugal: Edições 70, 2016.

DWORKIN, Ronald, **A justiça de Toga**. (Trad.) Jefferson Luiz Camaro, 1. ed., 2. Tiragem. São Paulo: Editora WMF, Martins Fontes, 2016.

_____. **O Império do Direito**. (Trad.) Jefferson Luiz Camaro, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. (Trad.) Nelson Boeira, 3. ed., 5. Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

_____. **A Raposa e o porco-espinho: Justiça e Valor**. (Trad.) Marcelo Brandão Cipolla, 1. ed., 3. Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

_____. **Uma questão de princípios**. (Trad.) Luís Carlos Borges, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2019.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1995.

_____. **Como se faz uma Tese**. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2016.

FERRAZ, Tercio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de pragmática da Comunicação Normativa**. 5. ed. Barueri: atlas, 2021.

_____. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

_____. **Direito, Retórica e Comunicação: Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 15 ed. Petrópolis: Vozes, 2020.

HASSEMER, W. **Hermenêutica y Derecho**. Corrientes y problemas em Filosofia del Derecho. Anales de la Cátedra F. Suarez, n. 25. España: Universidad de Granada, 1985.

HARTMANN, Nicolai. **Ética**. Traducción de Javier Palacios. Madrid: Ediciones Encuentro, 2011.

HART, H. L. **O Conceito de Direito**. (Trad.) Antônio de O. Sette-Câmara 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante. 10 ed. Petrópolis: Vozes, 2021.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**. Trad. L. Cabral de Moncada. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1946.

HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law**. The Belknap Press Of Havard University Press Cambridge, Massachusetts, and London, England 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. s. ed. 2. Impressão. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana: Uma Tentativa de Introduzir o Método Experimental de Raciocínio nos Assuntos Morais**. Trad. Déborah Danowski. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

JONAS, H. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Monez. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio, 2006.

JELLINEK, George. **Teoría General Del Estado**. Trad. Fernando de Los Ríos. Editora México: Fundo de Cultura Económica, 2000.

JHERING, Rudolph von. **Theorie der Juristischen Technik**, En: AA.VV., Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Hrsg. von Werner KRAWIETZ, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976: Disponível em: disponível em: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13562/12850>. Acesso em: 03 set. 2024.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

_____. **Metafísica dos Costumes: Parte I, Princípios Metafísicos da doutrina do Direito** Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2019.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Manuela Pinto dos santos & Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986.

_____. **Carta de Hans Kelsen a Julius Moór (Viena, 20.2.1927)**. Trad. Michel Troper. Droit & Societé. n 7. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987. Disponível em: disponível em https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1987_num_7_1_969. Acesso em: 12 de ago. 2024.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luiz Carlos Borges. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2022.

KRELL, Andreas Joachim. **Superação da Divisão Rígida Entre as Dimensões do Ser e do Dever-ser no Direito por meio da Ressignificação dos Valores**. Revista de Estudo Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito 13(2) 211-226, maio-agosto de 2021a. Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2021.132.06.

_____. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. snt. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2002.

_____. **A Racionalidade na Interpretação e Aplicação do Direito: do Desafio kelseniano ao Desafio dos Bons Argumentos.** Revista Opinião Jurídica, vol. 19, núm. 32, pp. 85-116, 2021b. Centro Universitário Christus. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/6338/633875002004/html/>. Acesso em: 23 mai. 2024.

_____. **Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica.** Rev. direito GV 10 (1) Jun. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322014000100012>. Acessado em: 15 abr. 2024.

_____. **Discrecionalidade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial.** Publicado na Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal de 5ª Região, v. 8 (2004). Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/277/268>. Acesso em: 19 jul. de 2024.

_____. **Hermenêutica Jurídica e Uso Deficiente de Método no Contexto da Aplicação do Direito no Brasil.** Publicado na Revista ESMAFE: Escola de Magistratura Federal de 5ª Região, v. 11 n. 37 (2017): Volume 11, número 37, julho a dezembro de 2017. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/128/54>. Acesso em: 19 jul. 2024.

KRELL, Andreas Joachim; MAIA, Vítor Mendonça. **A racionalidade na interpretação e aplicação do direito: do desafio kelseniano ao desafio dos bons argumentos.** Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 19, n. 32, p. 85-116, set./dez. 2021b.

KRELL, Andreas J.; KRELL, Olga J. G. **A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade.** Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 244-271, 2016.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** (Trad.) LAMEGO, José. 8. ed. Lisboa – Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LAUNHARDT, Agnes. Methodenlehre aus rechtsrhetorischer Perspektive: Abschied von der Normativität? In: KRAWIETZ, W.; MORLOK, M. (eds.). Vom Scheitern und der Wiederbelebung juristischer Methodik im Rechtsalltag. Berlin: Duncker&Humblot, 2001, p. 141-157.

LOSANO, Mário G. **Sistema e Estrutura no Direito.** Volume 2: Século XX. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.

_____. **Teoría pura del derecho: evolución y puntos cruciales.** Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 1992.

MAIHOFER, W. **Rechtstheorie als Basisdisziplin der Jurisprudenz.** In: H. ALBERT; N. 1972.

MARCONI, M. de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MONDIN, Battista. **O Homem, que é ele? Elementos de Antropologia Filosófica.** Trad. Leal Ferreira e M. A. S. Ferrari. 10 ed. São Paulo: Paulus, 1980.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. (Trad.) Miguel Morgado. S.n.t. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2018.

MORA, J. Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. (Trad.) Gonçalves, Maria Stela, Tomo I. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Dicionário de Filosofia**. (Trad.) Gonçalves, Maria Stela, Tomo II. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

_____. **Dicionário de Filosofia**. (Trad.) Gonçalves, Maria Stela, Tomo III. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Dicionário de Filosofia**. (Trad.) Gonçalves, Maria Stela, Tomo IV. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

MORLOK, Martin. **Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?** In: GABRIEL, G.; GRÖSCHNER, R. (Eds.). *Subsumtion: Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 179-214, 2012.

MOTA, Maurício Sandro de Lima. **A Verdade Frágil: Gianni Vattimo, Leitor de Nietzsche e Heidegger**. snt. EDUEPB: Campina Grande, 2013.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. Band I: Grundlagen des Öffentlichen Rechts. 8. ed, Duncker & Humblot: Berlin, 2002.

_____. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEUMANN, Ulfrid. **Recht als Struktur und Argumentation**. Baden-Baden: Nomos, 2008.

_____. **Teoria científica da ciência do direito**. Trad. M. Seca de Oliveira. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

NEVES, Castanheira, Antônio. **Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2013.

NEVES, Daniel A. Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 10 ed. Salvador: Ed. jusPodivm, 2018.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. Trad. Antônio Luz Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NIETZSCHE, Friedrich. **Acerca da verdade e da mentira**. Trad. Heloisa de Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

_____. **A Vontade de Poder**. Trad. Marcos Sinésio Pereira Fernandes, Francisco José Dias de Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Edições 70: Lisboa/Portugal, 2014.

PARINI, Pedro. A Análise Retórica na Teoria do Direito. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS. **Revista Direito**. Edição Digital. Volume XII. Número 1. Porto Alegre: 2017, ps. 115-135.

PERELMAN, Chaïn. TYTECA, Lucie Olbrechts. **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica**. (Trad.) Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

_____. **Retórica**. (Trad.) Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PFORDTEN, Dietmar. V. D. **Deskription, Evaluation, Präskription: Trialismus und Trifunktionalismus als sprachliche Grundlage von Ethik und Recht**. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

_____. **Filosofia do Direito: uma introdução**. Trad. Lucas Montenegro. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 2 ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2013.

_____. **Conjecturas e refutações**. Trad. Benedita Bettencourt. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2018.

RABENHORST, E. R. **A normatividade dos fatos**. João Pessoa: Vieira Livros, 2003.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. (Trad.) Marlene Holzhausen. 2. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RESWEBER, Jean-Paul. **A Filosofia dos Valores**. Trad. Maria Ramos Themudo. Coimbra/Portugal: Almedina, 2002.

RICOEUR, Paul. **Teoria da Interpretação**. (Trad.) Artur Morão. 1. ed. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2019.

REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: Do Iluminismo a Kant**. Volume II. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1990.

_____. **História da Filosofia: Do Romantismo até Nossos Dias**. Volume III. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1991.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RUSCONI, Carlo. **Dicionário do Grego do Novo Testamento**. (Trad.) RABUSKE, Irineu. s. ed. São Paulo: Paulus, 2003.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Ideia de Justiça em Kant**. Seu fundamento na Liberdade e na igualdade. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SCHELSKY, Helmut. **Die Soziologen und das Recht**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980.

SILVA, Artur Stamford. **Decisão Jurídica na Comunicação**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TÁVORA, Nestor & ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo Curso de Direito Processual Penal**. 15 ed. Salvador: Editora juspodivm, 2020.

VALE, André Rufino. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: Repensando a distinção ente regras, princípios e valores**. São Paulo: saraiva, 2009.

_____. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Brasília: Tese de doutorado em direito da UnB, 2015.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz jr., Topik und Jurisprudenz. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a Tolerância**. Trad. Paulo Neves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Vida e Pensamentos**. S.n.t. São Paulo: Martim Claret, 2001.

XAVIER, Felipe Rodrigues. **A Herança Kantiana De Hans Kelsen Na Teoria Pura Do Direito**, Consultado em 15 de julho de 2024. Disponível em: file:///C:/Users/pelis/Downloads/_ppgd,+EDI%C3%87%C3%83O+COMPLETA-6-25.pdf. Acesso em: 14 abr. 2024.