

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG  
FACULDADE DE DIREITO**



**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**LARISSA PEREIRA AGOSTINHO**

**A PROBLEMÁTICA DA IMPORTAÇÃO ACRÍTICA DA TEORIA DA  
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL.**

**RIO GRANDE - RS**

**2015**

**LARISSA PEREIRA AGOSTINHO**

**A PROBLEMÁTICA DA IMPORTAÇÃO ACRÍTICA DA TEORIA DA  
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL.**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande – FURG como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger**

**Rio Grande**

**2015**

**Banca Examinadora:**

.....

.....

.....

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, exemplos de dedicação, integridade e amor. À vocês, milhares de agradecimentos por me proporcionarem, além das condições materiais, uma base sólida que me dá confiança para novos projetos e sonhos.

Ao Matheus, por ser meu grande parceiro e apoiador em todos os projetos pessoais e profissionais, acreditando no meu potencial e, acima de tudo, entendendo minhas tantas limitações.

Aos meus familiares e amigos, que souberam entender minhas ausências sem nunca deixar de demonstrar o carinho e apoio que eu precisava.

Aos amigos que conheci e aos que me aproximei durante a faculdade, em especial, Eduardo, Giuliano, Thaisa, Yuri e Vinícius pelos ombros amigos e ouvidos atentos que me ofereceram nesses seis anos.

Aos queridos chefes e colegas de trabalho com quem tive a oportunidade de conviver, por dedicarem um pouco do seu tempo na minha formação e me estimularem a querer aprender cada dia mais.

À Prof. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, pelos empréstimos de livros que ajudaram a construir este trabalho e por toda disponibilidade e atenção que dedicou a esta monografia

A Deus, pelo dom da vida e pela oportunidade de conhecer e conviver com pessoas maravilhosas.

*“Aqueles que se sentem satisfeitos, sentam-se e nada fazem,  
Os insatisfeitos são os únicos benfeitores do mundo.”*

Walter Savage Landor

## RESUMO

AGOSTINHO, Larissa Pereira. **A PROBLEMÁTICA DA IMPORTAÇÃO ACRÍTICA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL**. 2015. 67p. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Rio Grande.

A presente monografia analisa os contornos da teoria da argumentação jurídica criada por Robert Alexy, tentando romper com as ideias pré-concebidas e acríticas acerca dela. Em função da tendência da produção jurídica brasileira em se espelhar e aderir a teorias estrangeiras, é imprescindível fazer uma reflexão mais apurada acerca das implicações dessas importações teóricas. Nota-se que, no caso concreto, as teorias de Robert Alexy – tanto a teoria argumentativa, quanto a teoria dos direitos fundamentais – conquistaram a confiança dos juristas nacionais. Ocorre, contudo, que essas teses são frequentemente utilizadas fora de contexto, sem uma adequada transposição para a realidade nacional, tornando-se meros instrumentos retóricos aptos a fundamentar qualquer decisão. Para realizar tal pesquisa, a metodologia adotada foi majoritariamente bibliográfica, trazendo alguns aportes jurisprudenciais, de modo a averiguar a maneira como as teorias alexyanas foram recepcionadas e incorporadas pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto o método utilizado foi o hipotético-dedutivo, trabalhando com as hipóteses referentes a conveniência ou não da adoção da teoria argumentativa de Alexy. A presente monografia apresenta, em um primeiro momento, o contexto de surgimento das teorias argumentativas, bem como fornece um panorama geral das teorias que a antecederam e influenciaram. Após, aborda-se a teoria argumentativa de Robert Alexy e também alguns aspectos relevantes da teoria dos direitos fundamentais. No terceiro capítulo, faz-se uma crítica a partir da perspectiva tradicional, bem como analisa-se como a teoria alexyana foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Por derradeiro, apresenta-se uma crítica descolonial, que possibilita uma nova e mais aprofundada perspectiva acerca da teoria de Alexy. A partir das análises efetuadas, conclui-se que, por não romper com o paradigma da filosofia da consciência, apostando, assim, no isolamento do mundo fático, a teoria argumentativa alexyana não responde às necessidades cada vez maiores e mais específicas da sociedade atual, permanecendo alheia ao caráter transformador e emancipatório do direito.

**Palavras-Chave:** Teoria da argumentação jurídica. Robert Alexy. Importação. Crítica hermenêutica. Crítica descolonial.

## ABSTRACT

AGOSTINHO, Larissa Pereira. **A PROBLEMÁTICA DA IMPORTAÇÃO ACRÍTICA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL**. 2015. 67p. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Rio Grande.

This monograph analyzes the boundaries of the theory of legal argumentation created by Robert Alexy, trying to break the preconceived ideas and uncritical perceptions about it. Due to the trend of the Brazilian legal production to get inspired and adhere to foreign theories, it is essential to make a more accurate reflection on the implications of these imports' theories. In this case, the theories of Robert Alexy - both argumentative theory and the theory of fundamental rights - have won the confidence of national legal experts. However, these theses are often used out of context without proper transposition into national reality, becoming mere rhetorical tool able to support any legal decision. To carry out such research, the methodology adopted was mostly literature, bringing some jurisprudential contributions in order to show how were those theories welcomed and incorporated by the Supreme Court. The method used was the hypothetical-deductive, working with hypotheses regarding the advisability or not of the adoption of Alexy's argumentative theory. In this context, at the first chapter of this paper it will handle with the emergence context and with the theories that preceded and influenced the argumentative theory proposed by Alexy. After that, it deals with the argumentative theory of Robert Alexy and some relevant aspects of the theory of fundamental rights. In the third chapter, it brings a critique from the traditional perspective and it shown how Alexy's theory was used by the Supreme Court. By last, it presents a descolonial critique which enables a new and more in-depth perspective on Alexy's theory. From the analysis performed, it is concluded that, as a theory that stay attached with the paradigm of the philosophy of consciousness and due to the isolation of the factual world, Alexy's argumentative theory does not respond to the increasing and more specific needs of today's society, remaining oblivious of the transformative and emancipatory character of law.

**Keywords:** Theory of legal argumentation. Robert Alexy. Import. Hermeneutical criticism. Descolonial critique.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA .....	11
2.1. Considerações preliminares .....	11
2.2. Conceito .....	12
2.3. O papel da teoria no discurso colonial/ tradicional .....	15
2.4. Principais autores relacionados à teoria da argumentação jurídica .....	17
2.4.1. A tópica jurídica de Theodor Viehweg .....	18
2.4.2. A Nova Retórica de Chaïm Perelman.....	20
2.4.3. A teoria consensual da verdade de Habermas.....	23
3. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY.....	27
3.1. A teoria de Robert Alexy .....	27
3.1.1. Da pretensão de correção .....	29
3.2. Das regras e formas do discurso prático geral.....	31
3.3. Da argumentação jurídica .....	35
3.4. Regras e princípios (e máximas).....	38
3.5. A máxima da proporcionalidade.....	42
4. A CRÍTICA À TEORIA ARGUMENTATIVA DE ROBERT ALEXY .....	45
4.1. Crítica tradicional e análise de casos .....	45
4.2. A crítica pelo viés descolonial .....	54
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60

## 1. INTRODUÇÃO

É facilmente perceptível que a produção jurídica brasileira é fortemente influenciada por teorias estrangeiras, em especial, as alemãs e as norte-americanas. Nesse contexto, diversas teorias e propostas são importadas - muitas vezes de maneira superficial – e são diretamente aplicadas ao cenário nacional, sem que seja feita uma análise acerca da compatibilidade e da conveniência de sua adoção.

Nessas circunstâncias, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy tem encontrado terreno fértil para sua reprodução. Com efeito, sua adoção – supostamente - possibilitaria a superação do positivismo e traria um mecanismo que permitiria alcançar a melhor decisão dentro de parâmetros racionais e lógicos.

As teorias argumentativas partem do pressuposto de que há um espaço que carece de valorações por parte do julgador. Ou seja, o direito positivo não é tão claro a ponto de indicar, em todos os casos, qual a decisão correta, pelo que se prescinde de valorações por parte do jurista.

A decisão judicial seria, então, guiada por um modelo que sistematiza os tipos de argumentos, seus pesos e as regras a serem obedecidas. Essas proposições serviriam a garantir que a decisão alcançasse o máximo grau de racionalidade e de lógica, permitindo a formação de um consenso racional.

Note-se que a discussão acerca das teorias argumentativas e, em especial, da teoria alexyana assume especial relevância na medida em que é utilizada, no Brasil, como mero enunciado performativo, capaz de fundamentar decisões diretamente opostas. Assim, convém refletir acerca de como uma teoria que pretende controlar a decisão judicial é capaz de sustentar também a discricionariedade judicial e se sua adoção, no cenário nacional, é conveniente para o fortalecimento democrático.

Para tanto, e sem qualquer pretensão de exaurir as discussões, o trabalho foi formulado a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Ademais, a monografia foi estruturada em três capítulos que pretendem oferecer uma visão mais aprofundada e crítica sobre a teoria argumentativa de Robert Alexy.

O primeiro capítulo traz considerações preliminares que tratam do contexto de surgimento das teorias argumentativas, de modo que seja possível compreender os objetivos por elas propostos. Após, busca-se formular um conceito amplo que permita identificar as diversas teorias argumentativas, bem como pontuar seu papel no discurso tradicional. É nesse momento que serão analisadas as finalidades para as

quais foram criadas as teorias argumentativas e as funções que podem exercer no discurso jurídico.

Ao final do primeiro capítulo, aborda-se, brevemente, três autores que pavimentaram o caminho que seria posteriormente utilizado por Alexy: Theodor Viehweg, Chaïm Perelman e Jürgen Habermas. Aqui convém ressaltar que, ainda que não sejam teorias da argumentação jurídica propriamente ditas, vários de seus postulados foram utilizados por Alexy e influenciaram diretamente sua produção.

O segundo capítulo trata da teoria da argumentação jurídica nos termos propostos por Robert Alexy. Primeiramente, aborda-se alguns aspectos introdutórios, descreve-se as regras e formas do discurso prático geral e, posteriormente, os elementos distintivos e limitadores da argumentação jurídica, que é, para Alexy, um caso especial do discurso prático geral.

Ao longo desse capítulo também são exploradas alguns elementos que aparecem na teoria dos direitos fundamentais escrita por Alexy, tal como a divisão entre regras, princípios e máximas e o sopesamento de princípios. A máxima da proporcionalidade recebeu destaque em razão do forte papel que exerce na teoria argumentativa proposta por Alexy, bem como por sua frequente utilização pela jurisprudência pátria, aspecto a ser melhor abordado durante o terceiro capítulo.

Por fim, o terceiro capítulo é reservado para os apontamentos críticos que podem ser direcionados à teoria argumentativa de Robert Alexy. Optou-se, em um primeiro momento, por fazer uma crítica da perspectiva tradicional, pontuando as deficiências da tese proposta por Alexy.

Ademais, de modo a esclarecer como a teoria argumentativa é adotada pelos Tribunais, foram analisadas duas decisões do Supremo Tribunal Federal que utilizaram a máxima da proporcionalidade como fundamento. Foram selecionadas decisões bastante distintas, de forma a ilustrar as variadas formas pelas quais a teoria argumentativa é utilizada.

Por derradeiro, faz-se uma crítica descolonial, que busca romper com as perspectivas tradicionais do conhecimento e permite sejam desveladas outras percepções críticas a respeito da teoria argumentativa, desvencilhando-se do ponto de vista universalizante. Cabe ressaltar que não se pretende fazer uma releitura da teoria argumentativa a partir do ponto de vista descolonial, mas oferecer o suporte para uma crítica outra que leve em consideração o contexto histórico da mundialidade periférica.

Dessa forma, a presente monografia intenta realizar uma análise e uma crítica mais ampla, que permita que algumas percepções equivocadas - e que fazem parte da visão comumente compartilhada pelos juristas - sejam abandonadas, abrindo espaço para uma verificação mais realista acerca das consequências da adoção da teoria argumentativa.

## 2. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

### 2.1. Considerações preliminares

O contexto de surgimento do que se conhece hoje como teoria da argumentação jurídica data dos anos 50 do século 20, a partir de uma série de obras que propunham a rejeição do positivismo<sup>1</sup> (ATIENZA, 2000, p. 59).

Para que seja possível compreender adequadamente as proposições da teoria da argumentação jurídica e sua formação, é essencial uma breve abordagem acerca do positivismo jurídico<sup>2</sup>. De acordo com o professor Lênio Streck (2013, p. 65):

as teorias positivistas do direito recusaram-se a fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito (escolhas, justificações, etc.). Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura: o direito, a partir de então, deveria ser visto como um objeto a ser analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida.

Nesse contexto, o positivismo trabalhava com uma “racionalidade teórica asfixiante”, em que não havia espaço para análise dos contextos de surgimento das normas, da faticidade (STRECK, 2013, p. 65-66). O maior expoente das teorias positivistas, Hans Kelsen, entende que, diante da impossibilidade de construir\detectar uma moral absoluta, o direito haveria de se preocupar somente com a validade dos enunciados jurídicos. (STRECK, 2013, p. 67).

A esse respeito, Warat (2002, p. 157) afirma que Kelsen, ao produzir um conhecimento normativo do direito, retira de seu objeto toda a ideologia e prática política, bem como qualquer contribuição filosófica, moral, religiosa, de crenças, princípios e categorias que regulam a construção das ciências causais.

Desse modo, ao afirmar que a interpretação prescinde de elementos volitivos, mas que eles não são objeto de estudo da ciência do direito, Kelsen deixou espaço aberto para a arbitrariedade. Ou seja, por não conseguir obter uma solução adequada

---

<sup>1</sup> Sabemos, contudo, que o surgimento do Positivismo é anterior às discussões metodológicas de Hans Kelsen. Conforme Corrêa citado por Sparenberger (2003, p.69), “o positivismo jurídico é a teoria que veio contrapor-se à doutrina do Direito natural. Para esta nova matriz metodológica de explicação dos fundamentos do Direito, a ciência jurídica tem por objeto o conhecimento do conjunto de normas formadas pelo Direito vigente, positivo. No intuito de separar o Direito da moral e da política, pregam seus seguidores que o jurista deve limitar sua análise ao Direito estabelecido pelo Estado ou pelos fatos sociais, abstendo-se de qualquer valoração ético-política, isolando o mundo das normas de sua realidade social: o objeto de estudo do Direito é o sistema de normas coercitivas fora de seu contexto concreto”.

<sup>2</sup> Fala-se, neste primeiro momento, do positivismo exegético, surgido na Escola Francesa.

para o problema decorrente da dicotomia entre a razão teórica e a prática, o autor apostou na discricionariedade do intérprete (STRECK, 2013, p. 67).

Nesse contexto, a filosofia experimenta, então, uma forte transformação através da virada linguístico-pragmática<sup>3</sup>, que possibilita a reabilitação da razão prática sobre bases não metafísicas (NIGRO, 2009, p. 170), influenciando o surgimento do pós-positivismo<sup>4</sup> e, neste íterim, das teorias da argumentação jurídica (TOLEDO, 2005, p. 48).

As teorias da argumentação jurídica partem do pressuposto de que há necessidade, em alguma medida, da utilização de valorações e que estas não são um campo totalmente livre para as convicções morais do aplicador. Entendem, assim, que, para afastar a arbitrariedade, a decisão deveria estar fundamentada em uma argumentação racional (ALEXY, 2011, p. 39).

## 2.2 Conceito

Na tentativa de formular uma definição comum às diversas teorias da argumentação jurídica, Bustamante e Maia (2008, p. 362-363) asseveram que

são teorias sobre o emprego dos argumentos e o valor de cada um deles nos discursos de justificação de uma decisão jurídica, visando um incremento de racionalidade na fundamentação na aplicação prática do direito, na máxima medida possível.

Em outras palavras, o objetivo comum das teorias da argumentação jurídica é de favorecer a racionalidade das decisões judiciais, através da correção das assertivas utilizadas. A referência à máxima medida possível seria justificada na impossibilidade de que todas as regras argumentativas fossem cumpridas em absoluto, exigindo-se uma aplicação aproximativa, na tentativa de alcançar, tanto quanto possível, um ideal de correção (TOLEDO, 2005, p. 61).

---

<sup>3</sup> A “virada linguístico-pragmática” pode ser definida “como sendo a nova orientação da filosofia contemporânea que possibilita a reabilitação da razão prática sobre bases não metafísicas. Ao fazer a virada linguístico-pragmática, o pós-positivismo – e as teorias que se inserem dentro desse novo marco filosófico – compromete-se com uma filosofia pós-metafísica, mesmo que as características desta nova orientação filosófica permaneçam não problematizadas”. (NIGRO, 2009, p. 170).

<sup>4</sup> Aqui convém destacar a crítica de Lênio Streck no sentido de que não houve, ainda, uma superação do positivismo, dado que a discricionariedade continua presente na maioria das teorias jurídicas atuais, inclusive na teoria da argumentação jurídica.

A pretensão de correção<sup>5</sup>, no discurso, relacionar-se-ia com a racionalidade, que possibilitaria que as conclusões obtidas consensualmente fossem dotadas de universalidade (TOLEDO, 2005, p. 50). Haveria, nesse contexto, a correção formal e a correção material dos argumentos. A primeira seria constatada através de uma lógica dedutiva, procedimental, enquanto a segunda envolveria o conteúdo das normas (ATIENZA, 2000, p. 33-34).

De maneira bastante direta, Manuel Atienza (2000, p. 18) afirma que as teorias da argumentação jurídica, tal como o nome revela, refletem acerca das argumentações produzidas em contextos jurídicos. O autor ressalta que, em tese, as argumentações ocorreriam em três campos jurídicos distintos, sendo eles: o da produção ou estabelecimento de normas jurídicas, compreendendo as que ocorrem em uma fase pré-legislativa e legislativa propriamente dita, o de aplicação de normas jurídicas ao caso concreto e o da dogmática jurídica<sup>6</sup>.

Ademais, note-se que as teorias da argumentação jurídica, ao reafirmarem a necessidade e a possibilidade de justificação das decisões judiciais, opõem-se ao determinismo e ao decisionismo metodológico. O determinismo proporia a desnecessidade de fundamentação em razão da legitimidade da autoridade da qual procedeu a decisão, bem como da crença de que as decisões seriam decorrentes de mera subsunção do fato à norma. O decisionismo, por sua vez, entende que a decisão seria um puro ato de vontade, prescindindo de qualquer fundamentação racional (NEUMANN apud ATIENZA, 2000, p. 25).

No contexto das teorias argumentativas, a importância da justificação encontra-se na existência de um giro que introduz a perspectiva dialógica, afastando as convicções puramente objetivas, que consideravam que poderia haver uma norma jurídica pura, uma interpretação pura, totalmente desprovida de subjetividade (GARCÍA AMADO, 2006, p. 3).

---

<sup>5</sup> Vale dizer, a esse respeito, que a pretensão de correção formulada no discurso jurídico não seria estendida a toda e qualquer proposição normativa, mas somente aquelas existentes dentro do ordenamento jurídico vigente, limitadas pela lei, pela dogmática jurídica e pelos precedentes normativos (TOLEDO, 2005, p. 61).

<sup>6</sup> Atienza (2000, p. 20) afirma que alguns dos processos argumentativos utilizados pela dogmática se assemelham aos efetuados pelos órgãos aplicadores, apesar de tratarem, no primeiro caso, de situações abstratas. A respeito dessa distinção, o autor adverte que os processos argumentativos da dogmática e da aplicação da norma não são (e nem podem ser) distanciados completamente, na medida em que a dogmática se apoia nos casos concretos e a aplicação prática frequentemente depende de critérios fornecidos pela dogmática.

É evidente que o afastamento da objetividade não pode conduzir ao pressuposto de que a subjetividade seria elemento fundante de qualquer significação, sob pena de haver um “grau zero de sentido”<sup>7</sup>, no qual o intérprete poderia livremente atribuir o sentido que lhe fosse mais favorável. A respeito da existência de uma intersubjetividade nas teorias da argumentação jurídica, Amado (2006, p. 7) reflete que a

práctica jurídica decisoria no está primariamente presidida por un razonar subjetivo, sino por un argumentar intersubjetivo. Las razones que cuentan no son las de la razón individual (...), sino los argumentos intersubjetivos, las razones que se expresan hacia los otros como justificación de las opciones y decisiones. (...) la “verdad” jurídica (...) no se demuestra em su certeza inmanente, sino que se justifica o se fundamenta en su “razonabilidad” hacia el exterior, para los demás.

A esse respeito, convém destacar o entendimento de Margarida Maria Lacombe Camargo (1999, p. 19) no sentido de que a teoria da argumentação instauraria um pensamento dialético, porquanto seria através dessa técnica que as partes entrariam em acordo com relação ao significado mais adequado, levando em consideração as provas concretas e as opiniões amplamente aceitas.

Percebe-se, assim, que toda teoria da argumentação jurídica pressupõe a crença de um uso prático da razão (BUSTAMANTE e MAIA, 2008, p. 358). Nesse contexto, de acordo com Toledo (2005, p. 60), a razão prática, na teoria da argumentação jurídica, é discursiva, dado que a racionalidade será desenvolvida procedimentalmente ao longo do discurso.

Segundo Alexy (2011, p. 30), a argumentação jurídica é

uma atividade lingüística da correção dos enunciados normativos, em um sentido, todavia, a ser precisado. Será conveniente designar tal atividade como “discurso” e, visto que se trata da correção de enunciados normativos, como “discurso prático”. O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.

No que tange à abrangência das teorias da argumentação jurídica, verifica-se que a maioria delas apresenta-se como analítico-normativas (BUSTAMANTE e ROSA, 2008, p. 360). A perspectiva analítica trataria da estrutura dos argumentos utilizados, enquanto a normativa questionaria sua correção (ALEXY, 2011, p. 31).

Ademais, vale destacar que as teorias da argumentação jurídica estão fortemente relacionadas com a teoria do discurso, na medida as regras do discurso

---

<sup>7</sup> Expressão utilizada por Lênio Streck em suas obras para designar a completa ausência de sentido prévio, que permite ao agente atribuir qualquer sentido sem limites anteriormente designados.

prático aplicam-se também ao discurso jurídico, possuindo a mesma estrutura. Desse modo, o discurso prático racional geral constituiria o fundamento do discurso jurídico, que, além das regras práticas gerais, estaria submetido a outras formas e regras de justificação interna e externa<sup>8</sup> (TOLEDO, 2005, p. 54-55).

Por derradeiro, como bem alerta Bustamante e Rosa (2008, p. 361), convém ressaltar que as teorias da argumentação jurídica não se confundem com a hermenêutica jurídica. Esta se preocupa com a estrutura de interpretação e compreensão do jurista, enquanto aquelas direcionam seus estudos para a justificação das decisões judiciais (BUSTAMANTE e ROSA, 2008, p. 361).

Note-se que não há incompatibilidade direta na utilização de ambos os campos de estudo simultaneamente, justamente por se ocuparem de diferentes perspectivas. Assim, a hermenêutica trataria da compreensão e a teoria da argumentação seria a técnica jurídica que tem a finalidade de dar uma fundamentação legítima às decisões judiciais (CAMARGO, 1999, p. 9).

### 2.3O papel da teoria no discurso colonial/ tradicional

Primeiramente, cumpre ressaltar a contribuição da teoria argumentativa para a cientificidade do direito. Isso porque a teoria aristotélica, que concebe a verdade como correspondência, é superada e ela passa a ser vista como algo “construído discursivamente”, trazendo cientificidade ao resultado do consenso alcançado (TOLEDO, 2005, p. 50). Nesse contexto, note-se que a

racionalidade, que nas ciências naturais apresenta-se através da verdade de suas proposições, tal como pretendia Descartes, é no direito, como ciência normativa, evidenciada pela correção de suas assertivas. Esta correção deve estar presente tanto na teoria quanto na prática jurídica. E, para ultrapassar o estágio de mera opinião de senso comum, necessita de demonstração racional de suas afirmações (SOARES NETO, 2012, p. 15).

A partir desse ideal de correção, o que pretende a teoria da argumentação jurídica é formular critérios procedimentais que possam garantir a racionalidade da resposta estatal, evitando a discricionariedade judicial.

---

<sup>8</sup> A justificação interna referir-se-ia a lógica do discurso, exigindo-se que as conclusões expostas decorram (ou, ao menos, não contrariem) das assertivas utilizadas da fundamentação, enquanto a justificação externa ocorreria através da correção das premissas, mediante regras da argumentação prática geral, da argumentação empírica, da interpretação, dos precedentes e das formas especiais de argumentos jurídicos (TOLEDO, 2005, p. 55-56).

Cabe recordar que o rompimento com o positivismo exegético e, por via de consequência, com a crença em uma neutralidade científica, em que o papel da ciência do direito seria meramente descritivo, ocasionou uma profunda redefinição das funções da ciência jurídica. (BUSTAMANTE e MAIA, 2008, p. 359). A partir daí, a ciência do direito passou a abordar, além da formação, a justificação da decisão jurídica, tema essencial às teorias da argumentação jurídica.

Ainda a respeito do papel da teoria da argumentação jurídica, é imprescindível destacar as três funções elencadas por Manuel Atienza (2000, p. 332), quais sejam, a teórica ou cognoscitiva, a de natureza prática ou técnica e a política ou moral. A primeira das funções consistiria em permitir uma compreensão mais apurada a respeito do fenômeno jurídico e das práticas argumentativas (ATIENZA, 2000, p. 332).

A função prática serviria como uma orientação nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar as normas jurídicas (ATIENZA, 2000, p. 333). Esta função teria outros desdobramentos, auxiliando na construção de sistemas jurídicos hábeis e oferecendo bases adequadas para que a aprendizagem do direito não se limitasse somente ao conhecimento dos conteúdos do direito positivo, mas ensinando a pensar e raciocinar dentro do sistema jurídico (ATIENZA, 2000, p. 334).

A função política, por sua vez, estaria relacionada com a descoberta sobre qual ideologia jurídica está permeando uma concepção de argumentação específica. A esse respeito, Manuel Atienza (2000, p. 334-335) reflete que a teoria da argumentação jurídica haveria de estar comprometida com uma concepção crítica a respeito do Direito dos Estados Democráticos, concebendo a possibilidade de uma argumentação *contra legem*.

A respeito da importância dessas funções, especialmente da função política, em uma democracia incipiente, na qual se encaixa o contexto brasileiro, Claudia Toledo (2005, p. 58) reflete que:

Embora alguns critiquem a utilidade do estudo de uma teoria da argumentação jurídica em países periféricos, que ainda caminham para tornar-se verdadeiros Estados Democráticos de Direito, em virtude especialmente de suas desigualdades sociais e pela observância de critérios e objetivação de metas que podem tais Estados se pautar para a consecução de ideias da institucionalização da democracia, em seus procedimentos argumentativos em qualquer instância, desde a intersubjetiva particular quanto a pública, realizada nos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A busca de um interesse comum (ou majoritário) de correção nas ações judiciais, normas, instituições, etc... caracteriza e fundamenta a validade do discurso no estabelecimento de um Estado em que se tente fazer prevalecer o Direito. Ao mesmo tempo, é cumprindo-se sempre mais as regras da

argumentação jurídica que mais se possibilitam as chances de consensos fundados que, democraticamente, consolidam o Estado.

Uma maior reflexão a respeito do assunto será formulada no terceiro capítulo da presente monografia. Neste momento, calha somente recordar que a Teoria da Argumentação Jurídica em sua função primordial, qual seja, auxiliar na justificação das decisões jurídicas vem ao encontro da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, insculpida no Código de Processo Civil, e colaboraria, *a priori*, para evitar decisões arbitrárias, na medida em que os argumentos e justificação utilizados deveriam obedecer a critérios de racionalidade.

#### 2.4 Principais autores relacionados à teoria da argumentação jurídica

De modo a compreender as implicações e reflexos da Teoria da Argumentação Jurídica no Brasil, é imprescindível tecer algumas considerações a respeito de autores que pavimentaram o caminho que posteriormente foi trilhado por Robert Alexy. Em que pese sejam a retórica e a lógica temas discutidos desde a Grécia Antiga<sup>9</sup>, as teorias da argumentação jurídica encontraram importante precedente na Tópica Jurídica de Theodor Viehweg e na Nova Retórica de Chaim Perelman.

Isso porque as referidas teorias introduzem um giro que contrapõe a visão puramente formalista. Com efeito, os referidos autores pretendem inserir a vontade subjetiva em um contexto intersubjetivo, em que a decisão judicial deve buscar sua legitimação no consenso fático, lançando mão de argumentos de gozam de consenso preestabelecido (GARCÍA AMADO, 2006, p. 15).

Por esse motivo, consoante a análise de José García Amado (2006, p. 8), diz-se que as propostas de Viehweg e de Perelman têm uma faceta crítica e uma construtiva, na medida em que partem de uma crítica radical logicismo jurídico e, ao mesmo tempo, propõem novos modelos explicativos acerca da prática jurídica e da decisão judicial.

---

<sup>9</sup> Em razão de ser prática bastante antiga, não se fala especificamente do aparecimento da retórica. O consenso, entretanto, é que tenha tido início na Grécia do século V a.C, a partir de disputas que aumentaram a importância dos sofistas, oradores contra os quais se opunham diretamente filósofos como Sócrates e Platão (CARNEIRO, SEVERO, ÉLER, 2003, p. 67-68).

### 2.4.1 A tópica jurídica de Theodor Viehweg<sup>10</sup>

O método tópico de Viehweg utiliza da tópica clássica, disciplina que faz parte da retórica, e que teve grande importância na Antiguidade, através de contribuições da obra de Aristóteles e de Cícero, e na Idade Média. (ATIENZA, 2000, p. 63). O autor parte do modelo jurídico utilizado pelos romanos, defendendo o modelo tópico-problemático da jurisprudência da época, que construía a justiça a partir de decisões anteriores e delas extraía princípios que seriam fundamentos de validade para os julgamentos que lhe sucedessem (CAMARGO, 1999, p. 135).

A tópica jurídica proposta por Theodor Viehweg entende que a prática jurídica deve partir da invocação e discussão de tópicos, que são argumentos solidificados em fórmulas e expressam ideias que gozam de aceitação geral (AMADO, 2005, p. 8). Os tópicos seriam, nesse contexto,

lugares de extração das premissas entimemáticas. Os lugares são aforismos, estereótipos, slogans significativos, aos quais se recorre como ponto de coincidência e derivação de uma pluralidade de premissas, operando como ponto de referência de todas as provas das quais nos utilizamos para legitimar tais premissas (WARAT, 1995, p. 95).

Os “topoi” seriam, portanto, pontos de vista que gozam de reconhecimento e fornecem elementos para uma interpretação plausível (CAMARGO, 1999, p. 144). Nesse sentido,

os *topoi*, como pólos de condensação da abordagem tópica, são diretrizes da ação lingüística. Eles funcionam “na linguagem como avisos operativos, como fórmulas detectoras, estímulos mentais, incitações criativas, propostas de entendimento, diretrizes lingüísticas para a ação etc. Note-se que os *topoi* são oferecidos, aceitos e rechaçados pelos falantes que conversam ou discutem entre si, a fim de lograr uma opinião compartilhada. Desta maneira, possibilitam uma criação comunicativa reciprocamente controlável. Para tal fim, têm que evitar reduções e preparar campos adequados de ação, conservar, criar e eliminar critérios. Talvez o trabalho mental que os *topoi* abrem e guiam pode tornar-se claro de alguma maneira reformulando-os como convites (LOPES, 2010, p.5).

---

<sup>10</sup> Segundo Roesler (2009, p. 37), Theodor Viehweg nasceu na cidade alemã de Leipzig em 1907. Cursou Direito na mesma cidade em que nasceu. Submeteu sua tese de livre docência, que deu origem a sua única obra, “Tópica e Jurisprudência”, à Universidade de München em 1953 e tornou-se professor da Universidade de Johannes Gutenberg em 1962, onde permaneceu como Professor Catedrático e, posteriormente, como Professor Emérito.

Ressalte-se, a esse respeito, que por transparecerem entendimentos compartilhados, os tópicos têm uma presunção de plausibilidade, impondo a quem os questiona a carga da argumentação<sup>11</sup> (ATIENZA, 2000, p. 66).

A jurisprudência apareceria, então, como uma técnica que funciona topicamente dentro do sistema jurídico. O modelo tópico de jurisprudência deveria estar baseado em três pressupostos, expostos por Atienza (2000, p. 69-70) da seguinte forma: primeiro, a estrutura da jurisprudência somente poderia ser determinada a partir do problema; segundo, as partes integrantes da jurisprudência devem ficar ligadas especificamente ao problema e só podem ser analisadas a partir dele; terceiro, os conceitos e proposições só podem ser utilizados quando conservada sua vinculação ao problema<sup>12</sup>.

Nesse contexto, destaca-se que haveria um número infinito de recursos tópicos a serem utilizados e entre eles não haveria qualquer hierarquia, de modo que, para um mesmo problema, poderiam ser utilizados diferentes tópicos, que conduziram a diferentes resultados (ATIENZA, 2000, p. 66).

Trata-se, desse modo, de uma argumentação dialética, que aceita uma multiplicidade de ideias e soluções proporcionadas pelo embate entre tese e antítese (CAMARGO, 1999, p. 138). Como bem destaca Atienza (2000, p. 63), os argumentos dialéticos partem de enunciados que são prováveis ou verossímeis e não de proposições primeiras ou totalmente verdadeiras.

Note-se que, apesar do problema comportar soluções plúrimas, espera-se que a conclusão seja por uma solução única, que figure como mais adequada (CAMARGO, 1999, p. 145). A adequação seria constatada a partir da “aporia fundamental”, que permitiria verificar o que é justo<sup>13</sup> em cada contexto, conferindo unidade ao sistema jurídico (CAMARGO, 1999, p. 156).

A tópica jurídica, proposta por Viehweg, não pretende indicar qual seria o melhor argumento (tópico) a ser utilizado e nem proporciona critérios de correção da

---

<sup>11</sup> Conforme bem descrito por Claudia Toledo (2005, p. 53), o falante somente estaria obrigado a dar mais argumentos para uma afirmativa já aceita em caso de contra-argumentos. Se assim não fosse, haveria a necessidade de fundamentação infinita do discurso, o que partiria da ideia de que não há nenhum entendimento consensualmente consolidado.

<sup>12</sup> Em razão desse entendimento que Carneiro, Severo e Éler (2003, p. 93) afirmam que Viehweg analisa a tópica como modo de pensar problemático e não a partir do sistema. Se no modelo sistemático o problema seria sistematizado, no tópico há uma problematização do sistema, o que poderia significar, ao fim e ao cabo, sua renúncia.

<sup>13</sup> A crítica formulada por Manuel Atienza (2000, p. 74) é no sentido de que a aporia fundamental proposta por Viehweg fica restrita a um aspecto bastante superficial, dado que não propõe um método ou um mecanismo de controle que permita a discussão racional sobre questões de justiça.

racionalidade jurídica, mas somente explica o modo como acontece, apresentando a discussão intersubjetiva através de tópicos (GARCÍA AMADO, 2006, p. 19). Em outras palavras, a preocupação do autor não é com a correção de seus argumentos, mas como “la pluralidad de argumentos utilizables para cada caso se obtienen y se legitiman socialmente como igualmente válidos” (GARCÍA AMADO, 2006, p. 32).

E é justamente nesse aspecto que a tópica jurídica de Viehweg diferencia-se fortemente das teorias da argumentação jurídica. Nesse contexto, José García Amado (2006, p. 37-38) afirma que a tópica ficaria restrita a uma fase prévia das teorias normativas da argumentação, dado que descreve somente o ponto de saída de processo argumentativo que culmina na decisão judicial.

A esse respeito, Alexy (2011, p. 38) alerta que uma teoria da argumentação jurídica somente terá sucesso se conseguir evitar os defeitos apresentados pela tópica jurídica, quais sejam: a redução da importância da lei, da dogmática e do precedente, a penetração excessivamente superficial na estrutura dos argumentos e na precisão insuficiente sobre o conceito de discussão. No mesmo sentido é a crítica formulada por Luis Alberto Warat (1995, p. 96):

Mediante este método não demonstrativo, as propostas conclusivas não se derivam logicamente dos pontos de partida ou premissas (entimemáticas), mas vão se equilibrando em um jogo de ambiguidades, brancos, evocações e solidariedades linguísticas implícitas. O método tópico é um raciocínio baseado em premissas entimemáticas que vão se estruturando, mediante uma trama sutil, um sistema de significações latentes que determinam um efeito de coerência lógica para um raciocínio, na verdade, indemonstrável.

Apesar das diversas críticas que podem ser direcionadas ao pensamento de Viehweg, é imprescindível que se reconheça que a Tópica Jurídica valorizou a problemática da decisão judicial, abrindo caminho para as diversas teorias argumentativas que seguiram.

#### 2.4.2 A Nova Retórica de Chaïm Perelman<sup>14</sup>.

Desde o início de seus estudos, Perelman defendeu que a decisão jurídica, bem como qualquer consideração acerca do ordenamento, está fortemente ligada a

---

<sup>14</sup> Segundo Grácio (1993, p. 13-14), Chaïm Perelman nasceu em Varsóvia em 1912. Em 1925, o teórico emigrou para a Bélgica, onde desenvolveu seus trabalhos sobre argumentação. Até 1978, Perelman foi professor de Lógica, Moral e Metafísica na Universidade de Bruxelas. O autor, juntamente com Eugène Dupréel e Michel Meyer, é um dos maiores expoentes da “Escola de Bruxelas”, caracterizada pela proposta de conceber a razão de uma nova maneira e tematizar uma nova racionalidade intrinsecamente pluralista.

subjetivismos. Em um primeiro momento, ilustrado pela obra “De la Justice”, de 1945, o autor considerava que as opções valorativas do juiz não partiam de nenhum critério de racionalidade, sendo mera manifestação da subjetividade do intérprete, ou seja, eram valores arbitrariamente definidos (GARCÍA AMADO, 2006, p. 20/21).

Em um segundo momento, Perelman direciona seus estudos na busca de uma forma de dar às opções valorativas do agente uma fundamentação racional (GARCÍA AMADO, 2006, p. 21). O filósofo e jurista pretende mostrar, através de uma teoria da argumentação jurídica, as possibilidades argumentativas existentes e as possíveis fundamentações racionais, que ultrapassam a utilização da pura lógica (ALEXY, 2011, p. 157).

Conforme bem salienta Camargo (2009, p. 188), Perelman assevera que o raciocínio valorativo foi marginalizado nos três últimos séculos, sendo visto como critério puramente irracional, em razão de não poder ser cientificamente comprovado ou rigorosamente demonstrado. Essa impossibilidade de demonstração científica, pautada em evidências, contrariava o método cartesiano dominante até então, fazendo com que eventuais teorizações a respeito de elementos valorativos fossem excluídas do âmbito de racionalidade. A esse respeito, Perelman e Olbrechts-Tyteca (1999, p. 1-3) ponderam que:

A própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo. (...) Daí resulta que os raciocínios alheios ao campo puramente formal escapam à lógica e, com isso, também à razão.

Assim, contrariando o sistema cartesiano, Perelman pretende indicar que a demonstração de conformidade e coerência entre certas convicções e opções, que conduzem a determinadas consequências, também fazem parte da racionalidade (GRÁCIO, 1993, p. 23). Para tanto, Perelman e Olbrechts-Tyteca (1999) fazem uma retomada da tradição da antiga retórica, desprezando alguns aspectos por ela utilizados, mas mantendo outros elementos.

Um dos elementos mantidos e que se mostra essencial para a compreensão da Nova Retórica é a noção de auditório. Para Perelman e Olbrechts-Tyteca, o objetivo da argumentação é alcançar ou corroborar para a adesão do auditório a determinado entendimento (ALEXY, 2011, p. 159). Em outras palavras, a finalidade primordial da argumentação é o convencimento do auditório.

De modo a alcançar tal objetivo é necessário que o orador adapte seu discurso às particularidades daquele auditório, adotando os argumentos que conduzam ao convencimento e, por conseguinte, ao consenso (PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p. 28).

O critério de racionalidade, na Nova Retórica, seria encontrado na adesão do auditório universal. Este conceito teria caráter ideal e reuniria a “humanidade ilustrada e racional”, abrangendo aqueles que participam da argumentação (ALEXY, 2011, p. 163).

A respeito da noção de auditório universal, Atienza (2000, p. 114-116) bem esclarece que a ambiguidade do conceito de auditório universal é frequentemente discutida, porém sob pontos de vista diferentes. A título exemplificativo, veja-se que Aarnio (1987, apud ATIENZA, 2000, p. 114) entende que a ambiguidade reside no fato de o auditório ser a “humanidade ilustrada”, mas variar conforme aspectos históricos e culturais.

Por outro lado, Alexy (2011, p. 164) afirma que a noção de auditório proposta pela Nova Retórica abrange dois sentidos distintos. O primeiro seria uma construção do indivíduo e da sociedade, pelo que se justificaria seu caráter ideal. O segundo estaria inspirado no imperativo categórico de Kant, concluindo que o consenso do auditório universal seria o acordo de todos os seres racionais ou, simplesmente, de todos (ATIENZA, 2000, p. 115).

A partir do auditório, Perelman e Olbrechts-Tyteca (1996, p. 29-34) constroem a diferenciação entre persuadir e convencer. A argumentação persuasiva serviria somente para um auditório específico e poderia ser classificada como eficaz, enquanto a convincente referir-se-ia ao auditório universal, ultrapassando a esfera da eficácia e alcançando o parâmetro de validade (ALEXY, 2011, p. 165).

Ademais, os autores fornecem critérios de validade<sup>15</sup>, que servem para atestar a racionalidade da argumentação. De modo a possibilitar uma melhor compreensão acerca da teoria de Perelman, os parâmetros de validade serão sucintamente descritos.

Primeiramente, conforme destaca Alexy (2011, p. 169), o orador deve acreditar e aceitar seus próprios argumentos, dado que ele também faz parte do

---

<sup>15</sup> A teoria da argumentação proposta por Perelman, além dos critérios de validade, apresenta premissas, que são pontos de partida dos argumentos, e técnicas argumentativas.

auditório universal a que pretende convencer, obedecendo, assim, as condições de sinceridade e seriedade.

Por segundo, a imparcialidade do orador é condição para o diálogo e não deve ser confundida com a neutralidade, devendo representar “um equilíbrio de forças, uma atenção máxima aos interesses em causa, mas repartida igualmente entre os pontos de vista” (GRÁCIO, 1993, p. 115). Por terceiro, há exigência de universalidade, em que pese também defender Perelman que a argumentação terá lugar dentro de um contexto histórico e social (ALEXY, 2000, p. 170-172).

Ademais, a aceitação da provisionalidade dos resultados surge como condição para a argumentação, o que impõe a abertura à crítica e a obrigação de tolerar manifestações contrárias. Por fim, tem-se o princípio da inércia, que determina que, uma vez tenha sido a ideia aceita, deverá haver uma carga de argumentação para sua mudança (ALEXY, 2000, p. 171). O referido princípio desempenha, assim, um papel estabilizador, propondo que as mudanças nos entendimentos anteriormente partilhados devam ser justificadas (GRÁCIO, 1993, p. 61)<sup>16</sup>.

As críticas dirigidas à Nova Retórica, além da falta de clareza a respeito de determinados conceitos, referem-se ao método demasiadamente amplo que propõe, que não permite a análise adequada dos argumentos e nem descreve como ocorre o processo de argumentação (ATIENZA, 2000, p. 129). Ademais, a teoria de Perelman está marcada, conforme ressalta Atienza (2000, p. 129), pelo conservadorismo, possibilitando somente uma justificação do direito positivo e não uma análise crítica a respeito da ordem jurídica. Ou seja, a Nova Retórica Perelmaniana permite tão somente o apoio ao ordenamento jurídico estabelecido, ainda que ele conduza a decisões que não são racionais e aceitáveis.

Há de se destacar, contudo, os importantes aportes trazidos pela Nova Retórica ao inserir a racionalidade prática, valorizando, assim, a intersubjetividade como garantia contra a arbitrariedade (MONTEIRO, 2001, p. 180).

#### 2.4.3 A teoria consensual da verdade de Habermas.

---

<sup>16</sup> Via de consequência, de acordo com Alexy (2011, p. 172), o princípio da inércia também possibilita uma descarga da argumentação, na medida em que aquilo que já era amplamente aceito não precisa ser novamente justificado, possibilitando que a discussão ocorra sem que haja carga argumentativa em todo e qualquer argumento.

A teoria consensual da verdade e a teoria discursiva de Habermas influenciaram diretamente a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. Assim, entende-se como essencial tecer algumas considerações prévias a respeito das teses de Habermas, de modo a possibilitar uma melhor compreensão do restante do trabalho.

Convém destacar que a teoria proposta por Habermas trata-se de uma pragmática universal que busca reconstruir os pressupostos racionais, encobertos no uso da linguagem (ATIENZA, 2000, p. 236). A função da pragmática universal<sup>17</sup> seria construir “condições universais de entendimento possível entre as pessoas (...) apresentando os pressupostos gerais de comunicação ou de uma ação comunicativa, alcançando as bases para a validade universal do discurso” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 90-91).

Do mesmo modo que Perelman, Habermas entende pela possibilidade de decisão racional acerca de questões prático-morais, permitindo que a verdade, em uma acepção ampla do termo, fosse encontrada (McCarthy, 1987, apud ATIENZA, 2000, p. 234). A teoria consensual da verdade de Habermas opõe-se à teoria da verdade como correspondência por entender que esta não consegue responder adequadamente como um enunciado pode ser julgado como verdadeiro<sup>18</sup> (ALEXY, 2011, p. 108),

A verdade na teoria consensual de Habermas pode ser expressa da seguinte forma:

Só posso (...) atribuir um predicado a um objeto se, também, qualquer outro que pudesse entrar em discussão comigo atribuisse o mesmo predicado ao mesmo objeto; para distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos me refiro ao juízo dos outros e, na verdade, ao juízo de todos aqueles com quem eu pudesse iniciar uma discussão (...). A condição para a verdade dos enunciados é o assentimento potencial de todos os demais. (HABERMAS, 1989 apud ATIENZA, 2000, p. 235-236)

O consenso seria alcançado a partir da razão que decorre do melhor argumento. Todos os participantes potenciais do discurso submeter-se-iam, assim, a

---

<sup>17</sup> Para Habermas, todo ato de fala destinado a compreensão mútua envolve uma pretensão de validade, ou seja, o falante pretende que o que ele diz seja considerado como válido ou verdadeiro. Essa pretensão de validade terá diferentes significados conforme o tipo de fala: nos atos constatadores, pretende-se que o enunciado seja verdadeiro; nos reguladores, pretende-se que seja correto; nos representativos, almeja-se sua sinceridade; e em todos eles, há uma pretensão de inteligibilidade (ATIENZA, 2000, p. 236-237)

<sup>18</sup> Alexy (2011, p. 109) explica que a teoria da verdade como correspondência indica que um enunciado verdadeiro seria aquele que expresse um estado das coisas, ou seja, um fato. Contudo, a referida teoria não se explica o que seria um fato, sendo, portanto, insuficiente.

“coação não-coativa” do melhor argumento (ATIENZA, 2000, p. 238). A racionalidade comunicativa proposta por Habermas seria a racionalidade dos atos de fala vinculados às pretensões de validade<sup>19</sup> “na perspectiva da busca cooperativa do entendimento a respeito de algo no mundo (...) em favor de um acordo racionalmente motivado e intersubjetivamente controlável” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 109).

Note-se que o consenso racional para Habermas somente poderia ser obtido em uma situação ideal de fala, em que todos os falantes tivessem direitos iguais e não existisse nenhuma coerção (ALEXY, 2011, p. 118). As regras da razão estão intimamente ligadas à situação ideal de fala, podendo ser sistematizadas da seguinte forma: qualquer pessoa poderia participar do discurso; qualquer uma delas poderia problematizar ou inserir qualquer asserção; qualquer uma poderia expressar atitudes, desejos e necessidades; nenhum falante seria impedido de exercer os direitos anteriormente indicados e nem estariam sujeitos a nenhum tipo de coerção interna ou externa (SOARES NETO, 2012, p. 21).

Habermas destaca que as ações são os atos de fala nos quais a pretensão de validade é reconhecida tacitamente, não havendo dúvida quanto a sua veracidade ou quanto ao estado das coisas (fato) expressado pelo agente (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 100). Quando as pretensões são problematizadas, a ação comunicativa se torna discurso:

Os discursos, portanto, são atos linguísticos que se desenvolvem com a intervenção de vários participantes portando opiniões contrapostas umas às outras que atuam cooperativamente no sentido de eliminar as dúvidas apresentadas por intermédio da apresentação de razões e dos melhores argumentos, seguindo determinadas regras. Assim, os discursos servem para solucionar os casos de pretensões de validade problematizadas de normas e de opiniões (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 100).

Uma das críticas dirigida a Habermas é no sentido de que, apesar de estar limitado por algumas formas e regras, o resultado do discurso não goza de garantia no que tange a sua correção. Assim, as normas seriam apenas possíveis discursivamente, sendo-lhes atribuída a característica de provisioriedade, podendo ser declaradas como falsas a qualquer momento (ALEXY, 2011, p. 137-138).

---

<sup>19</sup> Atienza (2000, p. 236) ressalta que, em todo ato de fala, há uma pretensão de validade, dado que o falante pretende que aquilo que foi dito seja válido ou verdadeiro em um sentido amplo. Gavião Filho (2011, p. 91) afirma que um jogo de linguagem somente é possível se houver o reconhecimento das seguintes pretensões de validade: inteligibilidade, verdade proposital, veracidade e correção normativa.

Cumprе salientar que, apesar das diversas críticas que Alexy direciona à teoria de Habermas e, também, ao fato de Habermas discordar da ponderação proposta por Alexy, a teoria do discurso habermasiana influenciou diretamente a teoria argumentativa de Robert Alexy, colaborando de forma determinante para a (tentativa de) construção de um discurso racional.

### 3. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

#### 3.1 A teoria de Robert Alexy<sup>20</sup>

Como já referido no capítulo anterior, o ponto de partida para qualquer Teoria da Argumentação Jurídica está na crença de que é possível que as fundamentações e valorações nas decisões jurídicas ocorram de forma racional. Nesse sentido, Alexy (2011, p. 19-20) destaca que há, no mínimo, quatro fatores que geram a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica, sendo eles: a imprecisão da linguagem jurídica, o conflito entre normas, a possibilidade de casos que não se encaixam em nenhuma norma válida no ordenamento jurídico e a possibilidade de que, em casos especiais, a decisão contrarie a literalidade da norma.

Robert Alexy (2011, p. 31) pretende construir uma teoria analítico-normativa<sup>21</sup> do discurso jurídico, fazendo uma análise da estrutura lógica dos argumentos e também estabelecendo critérios para a racionalidade do discurso.

Cabe ressaltar, de acordo com esclarecimento fornecido por Atienza (2000, p. 233), que a Teoria Argumentativa proposta por Alexy coincide em muito com a proposta por MacCormick<sup>22</sup>. Isso se dá porque ambas estabelecem uma forte relação entre a teoria da argumentação jurídica e a teoria geral da argumentação prática.

Com efeito, MacCormick parte das argumentações e justificações tal como ocorrem na prática jurídica, elaborando uma teoria da argumentação jurídica que ele considera como parte integrante de uma teoria geral da argumentação prática (ATIENZA, 2000, p. 233-234). Alexy, por sua vez, parte de uma teoria da argumentação prática geral que ele utiliza, posteriormente, para o contexto jurídico (AARNIO, ALEXY, PECZENIK, 1981, apud ATIENZA, 2000, p. 234).

---

<sup>20</sup> Conforme publicação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Robert Alexy é formado em Direito e Filosofia na Universidade Georg-August, de Göttingen, obteve PhD, em 1976, a partir de tese que deu origem ao livro "Teoria da Argumentação Fundamentais Jurídica". Posteriormente, em 1984, produziu outro trabalho de enorme relevância: "Teoria dos Direitos". Atualmente, é professor da Universidade de Kiel e membro da Academia de Ciências e Humanidades de Göttingen, ambas situadas na Alemanha. Informações obtidas no site institucional: <http://www.mprs.mp.br/imprensa/noticias/id33827.htm?impressao=1>

<sup>21</sup> Gavião Filho (2011, p. 127) assevera que a dimensão normativa do discurso é alcançada quando Alexy indica e fundamenta "as regras dos jogos de linguagem da práxis do discurso."

<sup>22</sup> Donald Neil MacCormick nasceu em Glasgow, em 1947. Estudou filosofia e literatura inglesa na Universidade de Glasgow, bem como Direito em Oxford, onde foi aluno de Herbert L. A. Hart. No Brasil, ganhou destaque com a obra "Argumentação jurídica e teoria do direito" - Legal Reasoning and Legal Theory, 1978 (SILVA, 2013, p. 32)

Nesse contexto, cabe ressaltar que a teoria da argumentação jurídica foi influenciada pela teoria da deliberação prática da Escola de Earlangen, pela teorias da ética analítica – especialmente de Hare, pela teoria da argumentação de Perelman e, de forma determinante, pela teoria do discurso de Habermas (SOARES NETO, 2012, p. 16 e ATIENZA, 2000, p. 234)<sup>23</sup>.

Conforme Atienza (2000, p. 239), a teoria discursiva de Habermas, muito utilizada por Alexy, trata-se de uma teoria do procedimento, dado que um enunciado normativo somente poderia ser considerado correto se fosse resultado de um determinado procedimento. Esse tipo de teoria, em razão da inserção da correção, logra afastar o chamado Trilema de Münchhausen<sup>24</sup>, ocasionado pela necessidade de fundamentar uma proposição através de outra proposição, o que conduziria a uma progressão infinita (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 126).

A respeito da forte identificação entre a teoria discursiva de Habermas e a argumentação jurídica proposta por Alexy, Santanna (2011, 22-23) assevera que

Com base em Habermas, Alexy afirma que os enunciados normativos (juízos de valor ou de dever) podem ser fundamentados como as proposições empíricas, fazendo-se correspondência entre o conceito de verdade (tradicionalmente aplicado a essas) ao de “correção”, no sentido de que “a condição para a verdade das proposições é o acordo potencial de todos os demais”. Assim, a “verdade” passa a não mais depender da verdade da asserção, mas da sua justificação (e o conceito de verdade se transferiria, então, do nível da semântica para a pragmática). Da diferença que Habermas estabelece entre duas formas distintas de comunicação, a ação (...) e o discurso (...), Alexy define “fato” como algo que expressa uma proposição que pode ser fundamentada discursivamente, sendo que o fato depende da linguagem e as proposições a respeito dos fatos dependem do discurso. Essa concepção autoriza afirmar que as diferenças entre a argumentação teórica e a argumentação prática não impedem que ambas sejam concebidas como racionais.

---

<sup>23</sup> Conforme esclarece Santanna (2011, p. 21-23), da teoria da deliberação da escola de Earlangen considera: a exigência de clareza e precisão linguística e a possibilidade de análise da linguagem em caso de obscuridades; o princípio da razão prática, ao estabelecer que os enunciados devem ser dirigidos a qualquer pessoa e que qualquer norma submetida a discussão deve poder ser aceita (correspondendo ao princípio da generalizabilidade de Habermas); a possibilidade de que o discurso prático modifique as convicções normativas e as concepções sobre a justificação dos desejos subjetivos; a ideia de que toda norma deve poder passar por uma comprovação de sua gênese social ou individual. De Perelman, Alexy utiliza três concepções: o conceito de auditório universal, a universalidade dos conceitos e atitudes relacionadas a um contexto histórico determinado, bem como o fato de que, frequentemente, não é possível indicar um resultado único e correto de forma definitiva.

<sup>24</sup> Para Hans Albert, o trilema de Münchhausen consiste nas seguintes inconsistências que impossibilitariam a argumentação: 1) um regresso infinitivo, causado pela necessidade de voltar, cada vez mais, na busca de argumentos; 2) um círculo lógico na dedução, resultante da retomada, durante a fundamentação, de enunciados carentes de fundamentação que já haviam sido utilizados; 3) uma interrupção do procedimento em um determinado momento, o que envolveria uma suspensão arbitrária do princípio da fundamentação suficiente (HELPER e STEIN, 2009, p. 50).

Com base nas proposições de Habermas, Alexy concebe o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral. A especificidade do discurso jurídico nasce, segundo Alexy (2011, p. 203-205), das limitações do discurso prático geral, que não garantem que se possa obter um acordo definitivo e irrevogável sobre cada questão. Essa impossibilidade decorre de três motivos determinantes: algumas regras do discurso não podem ser cumpridas em sua totalidade; nem todos os passos da argumentação estão previamente determinados e pelo fato de que o discurso parte de concepções normativas próprias de um determinado contexto histórico e, portanto, é variável.

Sobre o assunto, Gavião Filho (2011, p. 143-144) reflete que as

limitações do discurso prático geral levam à necessidade do discurso jurídico. É que o amplo espaço do discursivamente possível e a pluralidade das alternativas igualmente aceitáveis deixadas abertas no discurso prático geral colocam a necessidade do Direito, o que implica a necessidade de três outros procedimentos: i) a criação do Direito; ii) a argumentação jurídica; iii) o processo judicial. (...) Essa tese do caso especial, formulada por Alexy, diz que a racionalidade de uma proposição normativa particular depende da sua referência ao sistema de normas jurídicas dadas autoritativamente, ao uso dos precedentes da jurisprudência e das proposições da dogmática jurídica. Assim, o procedimento do discurso jurídico é definido pelas regras e formas do discurso prático geral e pelas regras e formas específicas do discurso jurídico. Sem que essas exigências sejam atendidas não se pode pretender a fundamentação racional das proposições normativas de aplicação particular das normas jurídicas.

Ainda sobre a questão, Alexy (1999, p. 24-25) esclarece que a tese do caso especial encontra-se assentada em três razões: por primeiro, a semelhança do que ocorre na argumentação prática geral, a decisão jurídica se refere ao que é obrigatório, proibido ou permitido, dizendo sobre questões eminentemente práticas; por segundo, ambos os discursos encontram-se ligados a uma pretensão de correção; por terceiro, a pretensão de correção do discurso jurídico mostra-se distinta no discurso prático geral, dado que não se refere ao que é absolutamente correto, mas ao que é correto dentro de um esquema predeterminado e dentro de um ordenamento jurídico válido.

### 3.1.1 Da pretensão de correção

De acordo com Soares Neto (2012, p. 17), a pretensão de correção, para Alexy, consiste na possibilidade de que um discurso seja aceito como formalmente e substancialmente válido, a partir de uma justificação racional construída pelo respeito às regras e formas que auxiliam na construção de um discurso.

Note-se que Alexy (2011, p. 211-214) refere que a pretensão de correção do discurso jurídico é bastante diferente da existente no discurso prático geral. Isso porque, dentro de um discurso jurídico, não basta que seja racional, sendo necessário que também esteja de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Ou seja, o discurso jurídico deve estar de acordo com a lei, com os precedentes obrigatórios, com a dogmática, e, no caso do processo judicial, ao estabelecido pela ordem processual (SANT'ANNA, 2011, p. 18).

A pretensão de correção promovida pelo direito implica na afirmação de uma correção, na garantia de justificação e na expectativa de reconhecimento da correção (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 153). Em outras palavras, a pretensão de correção traduz-se, nas decisões judiciais, na tentativa de encontrar uma solução correta para o caso concreto, no comprometimento com a justificação da decisão e na esperança de que o discurso seja visto como correto.

Conforme refere Fausto de Moraes (2013, p. 35), a pretensão de correção “seria o reconhecimento da existência do elemento de validade do Direito conjugado à moral (...) seria a marca da conexão qualificadora ou necessária do Direito e da Moral”. Ainda conforme o autor (2013, p. 35), a pretensão de correção é um dos elementos que diferencia a teoria de Alexy do Positivismo Jurídico, que separa Direito e Moral.

No mesmo sentido, Gavião Filho (2011, p. 155) sustenta que a pretensão de correção pressupõe a tese da vinculação necessária entre o direito e a moralidade, contrapondo-se à tese da separação<sup>25</sup> defendida pelo movimento positivista.

Calha destacar, nesse contexto, que a pretensão de correção presente nas decisões judiciais apresenta duas facetas distintas. Primeiramente, corresponde à verificação do cumprimento das normas jurídicas e, em um segundo momento, refere-se ao questionamento de justiça e racionalidade do ordenamento jurídico (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 160).

A partir dessa dupla característica da pretensão de correção abstrata, Fausto de Moraes (2013, p. 82-83) assevera que a natureza do direito envolveria dois princípios importantes, quais sejam, da certeza jurídica das disposições legais e da justiça correspondente à pretensão de correção.

---

<sup>25</sup> A esse respeito, Gavião Filho (2011, p. 156) o conceito de direito, para as teses positivistas, encontra-se restrito ao dado “autoritativamente com eficácia social”, não havendo uma conexão necessária entre direito e moral.

Desse modo, seria possível que alguém, abstratamente, se deparasse com o problema de uma lei injusta, mas tida como válida no ordenamento jurídico, trazendo a necessidade da ponderação entre o princípio da legalidade e da justiça. A conclusão de Alexy é no sentido de que o resultado dessa ponderação seria sempre pela precedência do princípio da legalidade, exceto em casos de injustiça extrema<sup>26</sup> (MORAIS, 2013, p. 83).

A esse respeito, note-se que o entendimento suprarreferido frequentemente é ignorado pelas decisões produzidas pelos Tribunais brasileiros, que se limitam a utilizar um conceito raso a respeito da doutrina de Alexy, conforme será melhor abordado no próximo capítulo.

### 3.2 Das regras e formas do discurso prático geral

A partir da percepção de que o discurso jurídico utiliza as bases propostas pelo discurso prático geral, impende realizar uma análise das regras que limitam este. Segundo Alexy (2011, p. 187-203), as regras/formas do discurso prático geral são divididas nos seguintes grupos: regras fundamentais, regras da razão, regras sobre carga da argumentação, formas de argumento, regras de fundamentação e regras de transição.

O atendimento às regras fundamentais é “condição de possibilidade de qualquer comunicação linguística em que se trate da verdade ou correção” (ALEXY, 2011, p. 187). Gavião Filho (2011, p. 127) destaca que as regras fundamentais encontram-se diretamente ligadas com os pressupostos da pragmática universal<sup>27</sup>, na medida em que tratam dos pressupostos dos atos de fala ou da argumentação.

As regras fundamentais foram expostas do seguinte modo:

(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se; (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita; (1.3) Todo falante que aplique um predicado F um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes; (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados (ALEXY, 2011, p. 187).

<sup>26</sup> A concepção de Alexy corresponde à Fórmula de Radbruch, que poderia ser sintetizada da seguinte forma: “The conflict between justice and legal certainty may well be resolved in this way: The positive law, secured by legislation and Power, takes precedence even when its content is unjust and fails to benefit the people, unless the conflict between statute and justice reaches such an intolerable degree that the statute, as ‘flawed law’, must yield to justice” (RADBRUCH, 1946, apud BIX, 2006, p. 39).

<sup>27</sup> Aqui cumpre lembrar que a base da teoria de Habermas faz parte de uma pragmática universal (ATIENZA, 2000, p. 236)

Avançando para as regras da razão, note-se que elas definem as condições mais importantes da racionalidade do discurso, configurando as exigências de abertura subjetiva e material, bem como garantindo um discurso livre de qualquer tipo de coerção (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 131).

Atienza (2000, p. 244) explica que a primeira delas pode ser considerada a regra geral de fundamentação, enquanto as outras contêm requisitos da situação ideal de fala (igualdade de direito, universalidade e não coerção). As regras da razão são listadas por Alexy (2011, p. 190-191) conforme segue:

(2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação. (2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso. 2.2 a) Todos podem problematizar qualquer asserção; b) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; c) todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades. (2.3) A nenhum falante se pode impedir de exercer seus direitos fixados em (2.1) e (2.2), mediante coerção interna e externa ao discurso.

As regras sobre cargas da argumentação, por sua vez, mostram-se necessárias para limitar a regra identificada no item 2.2, dado que, se fosse concebida de maneira plena, impossibilitaria a argumentação. Isso porque traria a necessidade do falante fundamentar toda e qualquer asserção infinitamente, sempre que lhe fosse perguntado o porquê (ALEXY, 2011, p. 193).

Com efeito, as regras sobre as cargas da argumentação servem para cuidar da extensão e da distribuição da carga da argumentação no discurso (ALEXY, 2011, p. 193). Calha recordar que as referidas regras encontram fundamento no princípio da inércia defendido por Perelman (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 131).

As regras sobre carga da argumentação apresentadas por Alexy (2011, p. 193-194) são sistematizadas da seguinte maneira:

(3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da adotada para uma pessoa B, está obrigado a fundamentar isso. (3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para isso. (3.3) Quem apresentou um argumento só está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos. (3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre as suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação.

Para além dessas regras, Alexy também descreve as formas de argumento do discurso prático, o que se entende por um olhar sobre a estrutura da proposição do falante, bem como das proposições utilizadas ou pressupostas para fundamentar a proposição afirmada (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 132). Segundo Alexy (2011, p. 195-

196), há duas maneiras de fundamentar as proposições normativas singulares: com a referência a uma regra pressuposta como válida ou com o destaque às consequências de aplicar aquele imperativo.

Para que seja possível aplicar a regra, é necessário pressupor que sejam cumpridas as condições de sua aplicação, ou seja, que o contexto fático justifique sua aplicação. Na utilização da fundamentação por consequência, pressupõe-se que a produção dessas consequências é obrigatória ou boa (ALEXY, 2011, p. 196-197).

No caso de justificação por consequências, a regra pode ser justificada a partir do estado das coisas quando a regra está vigente ou pelo estado das coisas que será alcançado se houver a manutenção da regra (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 133). Ainda a respeito da justificação por consequência, Alexy (2011, p. 197) destaca que “é válida a tese de que a indicação de uma razão para uma asserção pressupõe uma regra que diz que a razão indicada é uma razão para essa asserção”, o que conduziria, assim, a necessidade de uma regra de segundo nível<sup>28</sup>.

Ademais, considerando que a aplicação de regras diferentes pode conduzir a resultados incompatíveis entre si, é necessário acrescentar as regras de prioridade, que estabelecem quando uma determinada regra está em relação de prioridade com relação a outras (ATIENZA, 2000, p. 247). Segundo Alexy (2011, p. 198), algumas regras de prioridade tem preferência absoluta, enquanto outras somente prescrevem a preferência de determinadas regras em uma condição específica<sup>29</sup>.

Convém recordar, nesse contexto, o lembrete de Gavião Filho (2011, p. 133):

Contudo, segundo Alexy, não é possível justificar todas as regras, pois sempre há algumas que simplesmente devem ser aceitas, pois do contrário o processo de justificação não seria possível. Não é demasiado se insistir que a exigência de racionalidade não significa que todas as regras devam ser simultaneamente justificadas, mas apenas que qualquer regra possa ser submetida ao processo de justificação ela mesma.

De modo a limitar o campo de indeterminação que ainda subsiste depois da aplicação das regras anteriormente definidas, Alexy define as regras de fundamentação, que se referem às características da argumentação e regulam como essa fundamentação deve acontecer dentro das regras anteriormente definidas (ATIENZA, 2000, p. 248). Essas regras podem ser divididas em dois grupos: o

---

<sup>28</sup> Assim, seria necessário uma regra de segundo nível que exigisse o cumprimento da regra sob determinadas condições (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 133).

<sup>29</sup> Alexy (2011, p. 198) destaca que, em caso de conflito entre regras de prioridade, aplicam-se as regras de prioridade de segundo nível.

derivado do princípio da generalizabilidade e o outro derivado da resistência da gênese crítica da criação e desenvolvimento de normas.

No que se refere ao primeiro grupo, Atienza (2000, p. 248) ressalta que Alexy formula três variantes do princípio da universalidade, que se relacionam com as concepções de Hare (princípio da troca de papéis), de Habermas (princípio do consenso) e de Baier (princípio da publicidade), na forma que segue:

(5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas. (5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos. (5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.

O segundo grupo de regras, denominado por Alexy de argumento genético, serve a aumentar a possibilidade de um acordo racional, lançando as balizas morais ao discurso. Alexy entende que as regras relativas à visão moral de um falante devem sustentar-se a partir de um exame crítico de sua gênese histórica (SOARES NETO, 2012, p. 22). As regras de fundamentação foram delimitadas da seguinte forma:

(5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação: a) Se originalmente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou b) Se originalmente não se pôde justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes. (5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir a comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra moral não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis<sup>30</sup>. (5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados<sup>31</sup> (ALEXY, 2011, p. 202).

Por derradeira regra do discurso prático geral, Alexy apresenta as regras de transição, que servem para autorizar o falante a transitar do discurso prático para uma questão de discurso teórico, de análise da linguagem ou de teoria do discurso (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 135). Essa possibilidade de buscar a solução em outras formas de discurso está regulada pelas seguintes regras:

(6.1) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico). (6.2) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de análise da linguagem. (6.3) Para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso de teoria do discurso (ALEXY, 2011, p. 203).

<sup>30</sup> Alexy (2011, p. 202) assevera que permanece em aberto a questão sobre o que são as condições de socialização não justificáveis, podendo-se apontar que não podem se justificar as condições de socialização que o interessado não esteja disposto ou não possa tomar parte no discurso.

<sup>31</sup> Segundo Alexy (2011, p. 202-203), o discurso prático é destinado para a resolução de questões práticas e, por esse motivo, a possibilidade de realizabilidade é condição de possibilidade do discurso.

Todas as regras do discurso prático acima descritas são aplicáveis ao discurso jurídico, ainda que de forma aproximativa. Para o discurso jurídico, Alexy elenca alguns outros aspectos que devem ser observados, devidamente abordados no próximo tópico.

### 3.3 Da argumentação jurídica

Conforme já dito neste capítulo, sendo a argumentação jurídica um caso especial do discurso prático geral, deve obedecer as regras gerais do discurso e também a alguns aspectos do discurso jurídico. Para que seja possível uma compreensão adequada da teoria proposta por Alexy, serão trabalhados, de forma sucinta, os elementos que limitam o discurso jurídico e, por conseguinte, a decisão judicial.

Primeiramente, Alexy (2011, p. 219) refere que a justificação, dentro de uma decisão jurídica, pode ser dividida em interna e externa. A justificação interna refere-se à “validade das inferências a partir das premissas dadas até a conclusão. Trata-se, portanto, da validade do silogismo jurídico sob o ponto de vista da lógica formal.” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 167). Conforme Peczenik (2008, apud GAVIÃO FILHO, 2011, p. 168), a racionalidade lógica de uma conclusão significa que ela é uma decorrência lógica de um conjunto de premissas logicamente consistentes e linguisticamente corretas.

A partir desse pensamento, Alexy (2011, p. 221-226) formulou as regras da justificação interna, quais sejam: a) a fundamentação da decisão jurídica deve apresentar pelo menos uma norma universal<sup>32</sup>; b) a decisão jurídica deve seguir logicamente de uma norma universal acompanhada de outras proposições; c) quando houver dúvida se A (uma constante de indivíduo) é um T (representa a suposição de fato da norma) ou M, deve ser apresentada uma regra que decida a questão; d) são necessárias etapas de desenvolvimento que permitam a utilização de expressões cuja aplicação não seja discutível; e) deve-se articular o maior número de etapas no desenvolvimento<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Segundo Alexy (2011, p. 221) a primeira regra é insuficiente em casos complicados (hard cases). Por isso que a justificação interna não se esgota na dedutibilidade lógica das premissas, devendo ser mais aprofundada (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 172).

<sup>33</sup> Sant’anna (2011, p. 30) adverte que as regras propostas por Alexy (2011) não importam a necessidade de uma lei, de uma regra de direito positivo. Saliencia que o mais importante na

A justificação externa, por sua vez, tem por objeto a “fundamentação das premissas usadas na justificação interna” (ALEXY, 2011, p. 228). Essas premissas podem ser de três tipos: regras de direito positivo, em que a justificação depende da demonstração de sua validade dentro do sistema; enunciados empíricos, justificados através de métodos das ciências empíricas, da presunção racional e de regras processuais referentes à prova e de um terceiro tipo, que não pode ser classificado nem como regra de direito positivo, nem como enunciado empírico, em que a fundamentação depende da argumentação jurídica, através das formas e regras da justificação externa (ATIENZA, 2000, p. 256).

Tais formas e regras da justificação foram classificadas por Alexy (2011, p. 229) como: regras e formas de interpretação, argumentação da ciência do direito, uso de precedentes, argumentação prática geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos, elementos que serão trabalhados na forma que segue.

A argumentação empírica trata de uma cooperação interdisciplinar, justificada pela necessidade de se utilizar de enunciados empíricos sobre fatos singulares, ações concretas, motivos dos agentes, acontecimentos, estado das coisas, sobre a regularidade das ciências naturais ou sociais. A importância da utilização de enunciados empíricos fica demonstrada pela regra de transição do discurso prático geral (6.1), que também se aplica ao discurso jurídico (ALEXY, 2011, p. 230).

As formas e regras de interpretação<sup>34</sup>, expressas através de cânones de interpretação, tem um papel decisivo na justificação das premissas judiciais de aplicação de normas (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 192). Nesse contexto, Alexy (2011, p. 232-241) define seis grupos de cânones interpretativos: semânticos, genético, histórico, comparativo, sistemático e teleológico.

O argumento semântico consistiria na verificação acerca do significado das palavras, funcionando como ponto de partida da interpretação (SOARES NETO, 2012, p. 29). Gavião Filho (2011, p. 196) destaca que o argumento semântico não apresenta grande força quando contém palavras semanticamente abertas ou cláusulas gerais com expressões valorativas.

---

dedutibilidade é o não encobrimento das premissas não extraídas do direito positivo, ou seja, sua total exposição.

<sup>34</sup> Nesse contexto, convém destacar que há uma ligação intrínseca entre interpretação e argumentação, dado que a escolha de uma interpretação depende de uma escolha de argumentos sobre “as possíveis expressões idiomáticas contidas nas normas jurídicas” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 192).

Os argumentos genéticos referem-se à interpretação que leva em conta a vontade do legislador ou os fins por ele desejados (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 197). O argumento histórico, por sua vez, é utilizado quando são trazidos os fatos que permeiam a história do problema jurídico, podendo abranger razões favoráveis ou contrárias à determinada interpretação (ALEXY, 2011, p. 237).

Impende ressaltar, a respeito da utilização dos cânones da interpretação, a exigência de sua saturação, que assegura a racionalidade<sup>35</sup> de sua utilização, impedindo falas vazias (ALEXY, 2011, p. 243). A exigência de saturação estabelece que “cada tipo de argumento deve ser completo em premissas e, com isso, pleno em razões. Um argumento somente será completo se contiver todas as premissas exigidas para a saturação do seu tipo correspondente” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 202).

Conforme descreve Soares Neto (2012, p. 30), os argumentos comparativos tratam da “comparação entre as legislações estrangeiras na tentativa de se localizar a semelhança de institutos ou de casos (...) na intenção de concretizar a interpretação em determinado ordenamento, ou mesmo de integrar o direito lacunoso”.

A respeito do argumento sistemático, Gavião Filho (2011, p. 198) salienta que se referem à exigência de unidade ou coerência do sistema jurídico como um todo, contribuindo de forma decisiva para a compreensão do Direito. Por fim, o argumento teleológico diz respeito com os fins racionais ou com os fins prescritos objetivamente no ordenamento vigente (ALEXY, 2011, p. 238).

Prosseguindo nas formas e regras de justificação externa, no que se refere à argumentação da ciência do direito, Alexy (2011, p. 249) pontua que a dogmática tem três tarefas: analisar logicamente os conceitos jurídicos, reconduzir essa análise para um sistema, aplicar os resultados da análise na fundamentação das decisões judiciais.

Para que seja possível formular um conceito de argumentação dogmática, Alexy elenca condições a serem cumpridas pelo conceito de dogmática jurídica: É preciso que a dogmática seja vista como um conjunto de enunciados de caráter normativo, relacionados com a legislação e com a jurisprudência, que formem um todo coerente, bem como sejam formados, fundamentados e comprovados em uma Ciência do Direito que funcione institucionalmente (ALEXY, 2011, p. 251-252).

---

<sup>35</sup> A esse respeito, Gavião Filho (2011, p. 202) assevera que a exigência de saturação garante a racionalidade por excluir a possibilidade de utilizar da simples afirmação de que o argumento é resultado de uma interpretação linguística, genética, sistemática ou prática geral. Assim, a exigência de saturação torna necessário o acréscimo de novas premissas empíricas ou normativas, em que a verdade ou a correção pode ser questionada.

A partir daí, Alexy lança as bases para a utilização de argumentos dogmáticos, que servirão como balizas para o discurso jurídico, cumprindo as funções de estabilização, de progresso, de descarga, de técnica e de controle<sup>36</sup> (ALEXY, 2011, p. 261).

No que tange à argumentação baseada no uso de precedentes, é imprescindível destacar sua relação com o princípio da universalidade (ALEXY, 2011, p. 268), dado que ambos atuam para que as mesmas soluções sejam aplicadas aos casos semelhantes<sup>37</sup>. Assim, quem desejasse se afastar do precedente estabelecido, deveria assumir a carga da argumentação (ALEXY, 2011, p. 268).

Assim como a interpretação dogmática, a utilização dos precedentes tem a função de estabilização, progresso e descarga, além de contribuir para a segurança jurídica e proteção da confiança na aplicação do direito (ALEXY, 2011, p. 269).

No que se refere ao uso de formas de argumentos jurídicos especiais, Alexy (2011, p. 272) relata formas de argumento utilizadas na metodologia jurídica, como a analogia, o argumento *a contrario* e a redução ao absurdo. A semelhança do que ocorre com os cânones de interpretação, o uso dessas formas só seria racional se fossem saturadas e se os enunciados pudessem ser fundamentados no discurso jurídico (ATIENZA, 2000, p. 263).

Por derradeiro, a respeito da argumentação prática geral, cabe somente relembrar o papel fundamental das regras do discurso prático geral no discurso jurídico, conforma as razões expostas nos tópicos antecedentes.

### 3.4 Regras e princípios (e máximas)

De acordo com Alexy, uma teoria da argumentação jurídica somente revelaria seu total potencial no contexto de uma teoria geral do Estado que fosse capaz de unir

---

<sup>36</sup> A função de estabilização se dá na medida em que, através de enunciados dogmáticos, se permite que determinadas soluções para questões práticas sejam reproduzidas em outros casos. A função de progresso permite a ampliação da discussão jurídica, levando em conta a dimensão temporal, objetiva e pessoal, possibilitando a comprovação e diferenciação de enunciados dogmáticos. Ademais, a função de descarga refere-se à possibilidade de adotar enunciados dogmáticos já comprovados e aceitos, liberando o falante – ainda que provisoriamente – da carga argumentativa. A função técnica refere-se à construção de conceitos básicos, formas de enunciados, instituições jurídicas, etc, desenvolvendo uma função informativa, auxiliando no ensino e na transmissão da matéria jurídica. A função de controle exige a compatibilidade lógica dos enunciados entre si e a compatibilidade das decisões a serem fundamentadas por diferentes enunciados, colaborando com a eficácia do princípio da universalidade. Por fim, a função heurística permite que a dogmática seja ponto de partida para novas observações, a partir de modelos já constituídos de solução, distinção e pontos de vista (ALEXY, 2011, p. 261-265).

<sup>37</sup> Nesse contexto, cabe salientar a dificuldade de aplicação do uso de precedentes, dado que não há casos exatamente iguais e não é fácil determinar a aptidão da diferença para justificar o desvio do precedente (ALEXY, 2011, p. 268).

o sistema jurídico como sistema de procedimentos e como sistema de normas. O primeiro sistema seria composto pelo discurso prático geral, pela criação estatal do direito, pelo discurso jurídico e pelo processo judicial. O segundo sistema deveria mostrar o Direito como um sistema de normas composto por regras e por princípios (ATIENZA, 2000, p. 266-267).

A distinção entre regras e princípios forma a base de uma teoria de fundamentação no contexto dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 85). Assim, na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy elabora o conceito de norma fundamental<sup>38</sup> e apresenta sua estrutura, dividindo-a em regras e princípios.

Os princípios são para Alexy (2008, p. 90):

normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Ademais, os princípios são razões *prima facie*, na medida em que não contêm um mandamento definitivo e devem ser aplicados na máxima medida possível (ALEXY, 2008, p. 103-104).

Em contrapartida, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não. Se existe uma regra válida, ela deve ser cumprida nos termos em que se exige. As regras contêm uma determinação da extensão sobre seu conteúdo no contexto das possibilidades jurídicas e fáticas (ALEXY, 2008, p. 91 e 104). Ou seja, as regras serão aplicadas por subsunção e não há a possibilidade de aplicação aproximativa (na máxima medida possível) (BUSTAMANTE, 2008, p. 263).

Alexy (2008, p. 92) assevera que outra forma de distinção é pelo modo como se soluciona o conflito. Com efeito, um conflito entre regras haveria de ser solucionado pela introdução de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma das regras.

O caso de colisão entre princípios, de outro canto, é solucionado de forma bastante diversa. É que, quando dois princípios colidem, um deles – que tem menos

---

<sup>38</sup> Fausto de Moraes (2013, p. 43) assevera que, para Alexy, a Constituição estabeleceria a diferença entre normas fundamentais e as demais presentes no texto constitucional. Isso não significa que todas as normas fundamentais estariam restritas à Constituição, mas que ela delimitaria quais as regras de proteção ao cidadão seriam normas fundamentais.

precedência – deve ceder (ALEXY, 2008, p. 93-94). O autor explica que as relações de precedência condicionadas são estabelecidas a partir da fixação de condições nas quais um princípio tem precedência sobre outro. Isso implica que, em condições diversas, a questão da precedência possa ser resolvida de maneira distinta (ALEXY, 2008, p. 96)<sup>39</sup>.

Conforme bem pontua Bustamante (2008, p. 83):

Quando Alexy fala de ponderação de princípios, está se referindo a um procedimento de restrição (e mútua adaptação) de normas jurídicas que, por estabelecerem um estado ideal de coisas (e, assim, prometerem mais do que é possível fazer), necessitam ser restringidas diante de normas de igual natureza que, num caso concreto, tenham mais peso ou importância. Trata-se de um método específico de aplicação de normas jurídicas específicas (princípios), que, por estabelecerem um dever de otimização, exigem um método de aplicação diferente.

O sopesamento, realizado para solucionar os conflitos entre princípios deve obedecer à seguinte formulação: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 167). Assim, a renúncia – ainda que de forma parcial - a um princípio só poderia ser justificada quando a importância da satisfação de outro princípio fosse muito superior.

De modo a garantir maior controlabilidade/racionalidade da operação de sopesamento, Alexy propõe um modelo aritmético apto a fornecer um parâmetro para medir a intervenção do princípio 1 e satisfação do princípio 2 que o contrapõe. A construção da fórmula<sup>40</sup> principia pela atribuição de valores para as diferentes intervenções e satisfações: para as leves, atribui-se o valor de 2<sup>0</sup> (igual a 1); para as médias, 2<sup>1</sup> (igual a 2) e, para as graves, dá-se o valor de 2<sup>2</sup> (igual a 4) (BUSTAMANTE, 2008, p. 279-280).

A partir daí, seria possível alcançar três resultados distintos: a precedência do princípio “i”, a preponderância do princípio “j” ou um empate, impasse para o qual seria reconhecida a discricionariedade do legislador e a impossibilidade de controle pelo judiciário – espaço estrutural de discricionariedade (MORAIS, 2013, p. 67).

<sup>39</sup> Cumpre ressaltar, nesse contexto, que não há relação incondicionada de precedência (ALEXY, 2008, p. 97). Em outras palavras, pode se dizer que não há princípios que sejam absolutamente “precedentes”, dado que a relação de precedência somente ocorre no caso concreto, levando-se em conta as condições fáticas e jurídicas.

<sup>40</sup> A composição da fórmula proposta por Alexy é a seguinte:  $GP_{i,Jc} = \frac{IP_{iC}}{WP_{jC}}$  (BUSTAMANTE, 2008, p. 283).

Há, também, uma segunda lei que baliza o sopesamento, chamada por Alexy de lei epistêmica de sopesamento: “Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2008, p. 617). A lei epistêmica pode reconhecer diferentes níveis de certeza sobre os pressupostos empíricos relacionados à aplicação do princípio da proporcionalidade, considerando-se que os enunciados podem ser classificados em: certo ou garantido (g), sustentável ou plausível (p) e não evidente ou falso (e)<sup>41</sup> (MORAIS, 2013, p. 69).

O resultado do sopesamento permitirá a formulação de norma de direito fundamental, que tem caráter de regra e poderia, portanto, ser subsumida (ALEXY, 2008, p. 102). A partir daí que Alexy pretende que os resultados da ponderação possam ser universalizáveis (BUSTAMANTE, 2008, p. 270).

A pretensão de universalização é mantida ainda que a formulação dessas regras adstritas – tidas como resultado da ponderação de princípios – não conduza a um resultado único e correto (ALEXY, 2008, p. 594). Note-se que Gavião Filho (2011, p. 293) reflete que a construção de relações de precedência em uma gama variada de casos pode ajudar na constituição de um sistema coerente de relações de precedência, que auxilie na solução de casos futuros e reduza o espaço de discricionariedade. O sistema permitiria, assim, a construção de um sistema abstrato de precedências, do qual, quem pretendesse se afastar, deveria assumir a carga da argumentação<sup>42</sup> (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 293).

Nesse sentido, destaca-se as conclusões de Atienza (2000, p. 267-268) a respeito da possibilidade de construção de uma teoria dos princípios que estabeleça uma ordem entre eles – distinta de uma hierarquia estrita – que permita sua aplicação ponderada e evitem, em alguma medida, seu uso arbitrário:

Essa ordem frouxa se compõe de três elementos: 1) Um sistema de condições de prioridade, que fazem com que a resolução das colisões entre princípios, num caso concreto, também tenha importância para novos casos; (...) isso quer dizer que também aqui vigora o princípio da universalidade. 2) Um sistema de estruturas de ponderação que derivam da consideração dos princípios como mandados de otimização, com relação às possibilidades fáticas e jurídicas. (...) 3) Um sistema de prioridades *prima facie*: a prioridade estabelecida de um princípio sobre outro pode ceder no futuro, mas quem pretende modificar essa prioridade se encarrega da importância da prova.

<sup>41</sup> Assim, tem-se que a fórmula de peso, obtida mediante a conjugação das duas leis de sopesamento, poderia ser representada por:  $GPi, Jc = \frac{IPiC.GPIA.SPIC}{WPjC.GPjA.SPjC}$  (BUSTAMANTE, 2008, p. 284).

<sup>42</sup> O sistema estruturaria uma teoria de precedentes que viria ao encontro da necessidade de atender ao princípio da universalidade (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 293).

Por derradeiro, convém observar que a ponderação deve se manter em consonância com as regras da argumentação prática geral e jurídica, sendo que as variáveis atribuídas na fórmula de peso devem ser demonstradas por razões dadas conforme as exigências da teoria do discurso racional (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 285).

De acordo com o Bustamante (2008, p. 109), a necessidade de manutenção da conexão estrutural entre a ponderação e a teoria do discurso prático para a fundamentação das regras adstritas justifica-se por ser o processo de ponderação um modelo de fundamentação e não de decisão.

### 3.5A máxima da proporcionalidade

Segundo Bustamante (2008, p. 272), a incorporação da máxima da proporcionalidade na teoria argumentativa geral trouxe a necessidade de criação de regras argumentativas específicas, inaugurando-se, desse modo, uma teoria da argumentação jusfundamental.

A máxima da proporcionalidade<sup>43</sup> apresenta-se como fundamental para Alexy, que a coloca no centro da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, 2001, apud BUSTAMANTE, 2008, p. 273). Para Alexy (2008, p. 116-117), a conexão entre teoria dos princípios e máxima da proporcionalidade não poderia ser mais estreita, na medida em que a

natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

A respeito das submáximas, Alexy (2008, p. 117-118) refere a proporcionalidade em sentido estrito, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas, enquanto a adequação e a necessidade resultam da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.

Conforme salienta Gavião Filho (2011, p. 239), o “princípio da proporcionalidade” não se encaixa no conceito de princípio como mandamento a ser

---

<sup>43</sup> Convém notar que as a máxima da proporcionalidade, em qualquer de suas submáximas, atua no nível de justificação interna da decisão, estando mais preocupada com a correção formal do procedimento de justificação (BUSTAMANTE, 2008, p. 98).

otimizado, dado que a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a outro elemento, mas satisfeitas ou não no caso concreto. A satisfação dessas submáximas ocorreria de forma semelhante ao que ocorre com as regras e a consequência de sua não satisfação seria a ilegalidade.

Adentrando nas submáximas que compõem a proporcionalidade, note-se que o subprincípio da adequação trata de verificar se a medida adotada, que representa uma intervenção em um direito fundamental, promove o fim de realizar o outro direito ou bem jurídico coletivo protegido (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241).

Segundo Alexy (2008, p. 590), a submáxima da adequação configura um critério negativo, através do qual são eliminados os meios inidôneos para a realização de um determinado fim. O autor complementa que o referido critério é expressão da noção de otimização, inerente aos princípios, e parte de uma representação da ideia de eficiência de Pareto, que propõe que uma posição pode ser melhorada sem que outra seja piorada (ALEXY, 2008, p. 589).

Note-se que a verificação a ser feita pela submáxima da adequação deve ser constatada a partir de premissas empíricas, construídas a partir de conhecimentos gerais da sociedade e especializados da ciência (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 242).

No que tange à submáxima da necessidade, ela exige que, entre duas medidas igualmente adequadas, seja escolhida aquela que intervenha de modo menos intenso, menos invasivo (ALEXY, 2008, p. 590). Veja-se que Alexy (2008, p. 591) assevera que a submáxima da necessidade também reflete a ideia de eficiência de Pareto<sup>44</sup>, na medida em que uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição.

O critério utilizado por esse subprincípio parte de uma análise comparativa entre as medidas de igual idoneidade (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 245). Conforme assevera Alexy (2011, p. 591), a necessidade não “é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais”.

A respeito de como pode ocorrer essa verificação relativa à necessidade, Gavião Filho (2011, p. 245) refere que a medida alternativa deve promover a realização do princípio: a) pelo menos na mesma quantidade da medida escolhida; b)

---

<sup>44</sup> Segundo Dani, Oliveira e Barros (2010, p. 323), a eficiência de Pareto é um conceito de direito econômico segundo o qual “uma situação econômica seria ótima se não pudesse mais ser melhorada, ou quando não se puder melhorar um dos fatores sem o detrimento de outros fatores participantes”.

de modo igual ou melhor; c) com a mesma ou maior probabilidade. Outra alternativa é considerar a idoneidade da medida alternativa através de perspectivas diversas: perspectiva de eficácia, perspectiva temporal (medida mais rápida para a promoção do fim), perspectiva da realização do fim (medida alternativa promova o fim em mais aspectos relevantes) e perspectiva da probabilidade (promover o fim com maior grau de segurança) (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 245).

A proporcionalidade em sentido estrito é onde ocorre a ponderação e refere-se ao cumprimento da otimização, conforme as circunstâncias jurídicas. Considerando que a ponderação já foi trabalhada no tópico anterior, cabe aqui somente realizar alguns apontamentos finais a esse respeito.

Segundo Alexy (2008, p. 593), a máxima da proporcionalidade em sentido estrito expressa o significado de otimização no que tange aos princípios colidentes. Seu conteúdo é idêntico à primeira lei do sopesamento<sup>45</sup> e, sendo assim, sua avaliação dependeria de três passos: primeiro, a avaliação do grau de não-satisfação/afetação de um dos princípios; segundo, a importância da satisfação do princípio colidente; terceiro, se a importância da satisfação do princípio colidente justificaria a afetação do outro princípio (ALEXY, 2008, p. 594).

Na última etapa é que ocorreria a ponderação em sentido específico, tratando-se de uma valoração dos pesos relativos dos princípios colidentes, de modo que fosse possível estabelecer a relação de precedência condicionada entre ambos (BUSTAMANTE, 2008, p. 276).

Por fim, cabe ressaltar a advertência feita por Gavião Filho (2011, p. 260):

A ponderação só é passível de racionalidade se for levada efetivamente a sério. O ponderar exige o conhecimento de todos os seus passos e o cumprimento de todas as suas exigências. Uma decisão judicial fundamentada na ponderação somente irá descansar em uma justificação racional se explicitar todos os passos e cumprir todas as exigências colocadas para a racionalidade da ponderação da mesma.

O alerta feito por Gavião Filho é bastante pertinente e em muito pode ser aproveitado no contexto nacional, na medida em que a ponderação e a proporcionalidade foram – parcialmente – esvaziadas de significado, servindo como justificativa para toda e qualquer decisão. As críticas a esse respeito serão melhor abordadas no próximo capítulo.

---

<sup>45</sup> Cabe aqui lembrar a redação da referida lei: “Quanto maior for o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 593).

## 4. A CRÍTICA À TEORIA ARGUMENTATIVA DE ROBERT ALEXY

### 4.1. Crítica tradicional e análise de casos

Antes de enfrentar a crítica à teoria de Robert Alexy, é necessário esclarecer alguns aspectos preliminares. Primeiramente, a crítica a ser formulada não estará centrada na crítica ao discurso prático geral formulado por Habermas, em que pese a ideia seja essencial para entender a teoria de Alexy<sup>46</sup>.

Ademais, importante destacar que a crítica à teoria argumentativa de Alexy pode ser formulada sob diversos referenciais teóricos, que poderão apontar defeitos distintos por razões variadas. Então, optou-se, em um primeiro momento, por fazer uma crítica geral, analisando os aspectos mais problemáticos a partir de mais de um referencial teórico e, posteriormente, fazer apontamentos críticos a partir de uma perspectiva descolonial<sup>47</sup>

A primeira crítica contundente que pode ser direcionada à teoria de Robert Alexy consiste na objeção à tese do caso especial, ou seja, a discordância de que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral. Nesse sentido, Habermas (1997, p. 287 e seguintes) formula algumas objeções capazes de colocar em xeque a proposta de Robert Alexy.

Segundo Habermas (1997, p. 287), durante o processo judicial, as partes não estão obrigadas a buscar a verdade, podendo empregar seus argumentos com a finalidade de uma solução mais vantajosa para si. Por esse motivo, o discurso produzido no contexto jurídico não estaria plenamente em conformidade com o discurso prático geral.

A esse respeito, Gavião Filho (2011, p. 150) assevera que a atuação das partes no processo judicial está sujeita às limitações de prazo e forma impostas pelas regras processuais, bem como pelo fato de que a própria participação das partes pode ser motivada por interesses próprios e individuais, afastando-se da atividade

---

<sup>46</sup> De modo a evitar que a presente monografia se tornasse excessivamente abrangente e rasa a esse respeito, optou-se por fazer um recorte mais específico.

<sup>47</sup> Convém destacar que esta monografia não pretende fazer uma releitura ou uma reconstrução da teoria argumentativa a partir de uma visão descolonial, mas somente apontar e discutir alguns aspectos que se mostram problemáticos segundo esse referencial teórico.

comunicativa, que teria a função de chegar ao acordo racional intersubjetivamente controlável<sup>48</sup>.

A segunda crítica trazida por Habermas (1997, p. 288) está na indeterminação do processo discursivo, dado que as regras apresentadas por Robert Alexy não permitem a obtenção de uma única decisão correta<sup>49</sup>. Sobre a existência de uma única resposta correta, García Amado (2012, p. 120-121) reflete que:

É sempre problemático responder quem questiona se a doutrina de Alexy é ou não uma teoria da única resposta correta em direito. Como compete a um autor tão matizado, creio que a melhor resposta para essa interrogação é: sim e não. Não porque, por mais que tentemos seguir com boa vontade os passos do discurso racional e respeitar plenamente as regras da argumentação racional, nunca conseguiremos ser perfeitamente imparciais e livres de preconceitos, nem ter toda a informação e todo o tempo que seria necessário para o perfeito tratamento do tema. Sim porque, todavia, temos que pressupor que essa única resposta correta seria alcançável para argumentadores perfeitos em condições discursivas ideais e aí sim haveria consenso pleno, e plenamente racional, havendo uma e só uma solução correta para o assunto a se decidir.

Como terceira crítica, Habermas (1997, p. 289) assevera que a racionalidade da argumentação proposta por Alexy, assegurada através da pretensão de correção, é verificada através da racionalidade da legislação. Em outras palavras, se a legislação não é racional, a correção das decisões é colocada em xeque (ALVES e GUIMARÃES, 2011, p. 22).

A quarta objeção aponta que, em razão da complexidade que envolve o processo de legitimação das normas jurídicas, não se pode comparar a correção das decisões à validade dos juízos morais, não sendo possível, por consequência, considerar a argumentação jurídica como um caso especial de discurso moral (ALVES e GUIMARÃES, 2011, p. 22).

A respeito da pretensão de correção e da tese do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral, impende destacar alguns apontamentos interessantes trazidos por Manuel Atienza e Juan Antonio García Amado.

A primeira reflexão que convém ser ressaltada é a de Manuel Atienza (2000, p. 293-294) sobre os casos em que as normas jurídicas válidas no direito positivo – e

---

<sup>48</sup> Apesar de Gavião Filho (2011, p. 150) reconhecer a existência de condições diferenciadas, entende pela necessidade do processo judicial estar submetido a uma teoria geral do discurso.

<sup>49</sup> A crítica acerca impossibilidade de obtenção de uma única resposta correta encontra-se fortemente ligada às críticas referentes à discricionariedade presente na teoria alexyana.

que servem como moldura para a argumentação – são injustas<sup>50</sup>. O autor assevera que Alexy evita problematizar a questão do que significa argumentar juridicamente a partir de normas injustas, que não cumpririam totalmente o segundo aspecto (moral) da pretensão de correção.

Cabe ressaltar que, apesar de Alexy conectar a pretensão de correção à moral, a conexão entre direito e moral mostra-se um tanto ineficaz<sup>51</sup>, na medida em que “um significado moral não (...) parece cumprir nenhuma função de esclarecimento conceitual, mas sim leva a atribuir ao jurídico – pelo menos em princípio – um sentido encomiástico de uma forma (...) um tanto arbitrária” (ATIENZA, 2000, p. 305).

A esse respeito, Juan Antonio García Amado (2012, p. 87-88) complementa que a pretensão de correção do sistema apresenta-se como um mecanismo teórico inconveniente, em razão de ser enigmático e inútil. Isso porque Alexy não consegue delimitar com clareza quando a norma perderia seu caráter jurídico, consequência de uma norma que fosse extremamente injusta, e nem quando normas, derivadas de um sistema jurídico injusto, poderiam manter seu caráter jurídico<sup>52</sup>.

Outro apontamento crítico que merece destaque é que o alcance da teoria argumentativa de Alexy não é tão completo quanto pretendia o autor. Segundo Atienza (2000, p. 298), a teoria da argumentação que buscasse abranger os diversos raciocínios que ocorrem no direito deveria partir de um modelo mais complexo do que o utilizado por Alexy. Com efeito, deveria incluir critérios de racionalidade estratégica (a fim de estabelecer compromissos entre interesses particulares) e instrumental (dirigidos para a conexão entre meios e fins) (ATIENZA, 2000, p. 298).

De maneira precisa, Atienza (2000, p.298) pondera que:

Por outro lado, uma teoria verdadeiramente geral da argumentação jurídica teria de delimitar, com uma precisão maior que a de Alexy, os diversos contextos da argumentação jurídica, entrando em detalhes sobre as especificidades de cada um deles e sobre as suas relações mútuas. Em especial, seria importante desenvolver uma lógica da argumentação que é empreendida no estabelecimento das normas jurídicas, algo que, na obra de Alexy, está apenas insinuado.

<sup>50</sup> Vale ressaltar que a reflexão proposta por Atienza (2000, p. 293-294) vai ao encontro da terceira objeção colocada por Habermas (1997, p. 289), questionando a aplicação da teoria argumentativa no contexto de uma legislação injusta.

<sup>51</sup> Veja-se que Atienza (2000, p. 305) justifica sua assertiva a partir do fato de que Alexy admite que um sistema jurídico possa ser dotado de pretensão de correção sendo injusto e uma norma ou decisão não perderia seu caráter jurídico ao não atender totalmente à pretensão de correção.

<sup>52</sup> Cumpre ressaltar, ainda, que García Amado entende que, para além de toda a confusão conceitual de Alexy, algumas de suas distinções (como a de norma juridicamente perfeita ou deficiente) demonstram pouca utilidade prática (GARCÍA AMADO, 2012, p. 109)

Assim, a teoria argumentativa alexyana elabora um sistema que permite, por meio de suas falhas e incompletudes, a discricionariedade judicial. A bem da verdade, ao tentar contornar o positivismo e possibilitar uma aproximação entre direito e moral, Robert Alexy lançou mão da razão prática maculada pelo solipsismo para corrigir o direito (STRECK, 2010, p. 171). Nesse sentido, também a crítica hermenêutica aborda de forma contundente a discricionariedade presente na teoria de Robert Alexy.

Com efeito, a crítica hermenêutica<sup>53</sup> é no sentido de que as teorias argumentativas não levam em conta a existência de um âmbito de pré-compreensão, que é condição de possibilidade para qualquer atribuição de sentido e que não pode ser traduzido por regras de argumentação (STRECK, 2012, p. 301). Sem o horizonte de pré-compreensão, não haveria um sentido prévio que fosse compartilhado pelos falantes, característica determinante da virada linguístico-pragmática.

Nesse contexto, as teorias hermenêuticas criticam a cisão entre *easy cases* e *hard cases*, a diferenciação entre a justificação interna e externa, a qualificação dos princípios como mandados de otimização e, por conseguinte, a utilização do método da ponderação<sup>54</sup>.

Note-se que a crítica à distinção entre regras e princípios é compartilhada por mais de um referencial teórico. Günther, por exemplo, entende que a distinção entre regra e princípio não pode ocorrer com base na estrutura semântica da norma, mas deve ser realizada durante a aplicação (BARBOSA, 2008, p. 31).

Do mesmo modo, Luís Pietro Sanchís (1998 apud GRAU, 2002, p. 176-177) entende que, quem pretende defender a existência de dois integrantes inteiramente distintos (regras e princípios) deve ser capaz de demonstrar a existência de alguma diferença estrutural ou morfológica entre ambos. Refere, ainda, que, caso o falante sustente que o mesmo enunciado pode funcionar como regra ou como princípio, mas que a maneira como será aplicado é diferente, há de se concluir que a diferença entre regras e princípios não tem origem no direito, mas na argumentação. Ou seja, regras

---

<sup>53</sup> Convém aqui ressaltar que a hermenêutica proposta por Habermas é criticada do ponto de vista descolonial por basear-se em um ideal de totalidade. Ou seja, sua noção de “ente” parte da lógica do “ser” proposta por Parmênides, que aposta, ao fim e ao cabo, na categoria da totalidade e na negação do pluralismo (LUDWIG, 2010, p. 102-104).

<sup>54</sup> Conforme Ferreira (2013, p. 102), ao apostar na cisão estrutural entre regra e princípio, fato e direito, interpretação e aplicação, *easy cases* e *hard cases*, a teoria alexyana não consegue superar o esquema sujeito-objeto. Assevera, ainda, que a tentativa de desvelar os significados dos textos a partir de regras universais foi superado pela hermenêutica, que desloca a compreensão para o mundo-de-ser e na faticidade (FERREIRA, 2013, p. 102).

e princípios não seriam espécies de enunciados normativos, mas dois tipos de estratégias interpretativas (SANCHÍS, 1998, apud GRAU, 2002, p. 176).

As teorias argumentativas pretendem que os princípios<sup>55</sup> sejam utilizados como uma reserva hermenêutica a ser aplicada quando as regras forem insuficientes para determinada situação (MARIN e FEDRIGO, 2015, p. 74). Conforme Ferreira (2013, p. 101), as teorias alexyanas desconsideram a função normativa e hermenêutica dos princípios, bem como seu caráter ontológico com relação às regras.

A esse respeito, Lênio Streck (2012, p. 567-568) esclarece que:

O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Insisto: hermenêuticamente, pela impossibilidade de cindir interpretação e aplicação e em face da antecipação de sentido que é sempre condição de possibilidade para que se compreenda, torna-se impossível “isolar” a regra do princípio, isto é, é impossível interpretar uma regra sem levar em conta seu princípio instituidor (...).

De igual forma, a hermenêutica crítica também a distinção entre *easy cases* e *hard cases*<sup>56</sup>. De forma sucinta, cabe ressaltar que não é possível distinguir previamente quais são os casos fáceis e quais os difíceis, de modo a “escolher” qual método será utilizado (STRECK, 2012, p. 297).

Isso porque não é possível cindir a compreensão, o intérprete não escolhe o sentido e nem escolhe qual caso será fácil ou difícil, dado que está limitado pelo horizonte de pré-compreensão<sup>57</sup> (STRECK, 2012, p. 302).

Fortemente conectado à cisão entre *easy cases* e *hard cases*, bem como a concepção de princípios como mandados de otimização, a ponderação também recebe diversas críticas. Segundo Habermas, ao atribuir aos princípios a caracterização de mandados de otimização e condicionar sua aplicação ao balanceamento, o direito seria esvaziado de sua força normativa e lhe retirariam seu elemento de validade (ALVES e GUIMARÃES, 2011, p. 26).

É que ao conceber a possibilidade de aplicação gradativa dos princípios, Alexy nega que os princípios, como normas de direito, obedecem a um código binário

---

<sup>55</sup> Os princípios, na perspectiva hermenêutica, representam o mundo fático e as experiências históricas que orientaram a criação da regra. Ademais, destaca-se que a finalidade dos princípios, nesse contexto, seria fechar a interpretação ampla que é trazida pela regra, repelindo a multiplicidade de respostas (FERREIRA, 2013, p. 102-104).

<sup>56</sup> Aqui, cumpre lembrar que os casos fáceis seriam resolvidos através de simples subsunções, enquanto os difíceis, que surgiriam em face da insuficiência do primeiro método, exigiriam uma racionalidade discursiva que possibilitasse a aplicação dos princípios.

<sup>57</sup> Segundo Streck (2012, p. 300), a cisão entre *easy* e *hard cases* responde a uma exigência do esquema sujeito-objeto, na medida em que desconsidera o horizonte hermenêutico e permite que o intérprete atribua (mesmo que indiretamente) o sentido que melhor lhe aprover.

(lícito/ilícito; correto/incorreto) que estrutura o próprio direito. Habermas entende que as decisões obtidas pelo método da ponderação distanciar-se-iam do ideal de racionalidade e correção, restringindo-se ao âmbito do preferível e não daquilo que é correto e devido segundo o direito. Assim, para Habermas, as decisões oriundas dos processos de sopesamento envolveriam um espaço de avaliação subjetivo, envolvendo valores e a escolha entre eles não poderia se dizer racional (ALVES e GUIMARÃES, 2011, p. 26-27).

Conforme Gavião Filho (2011, p. 252), os principais argumentos a favor da irracionalidade e subjetividade da ponderação são: “i) a falta de um ponto de referência jurídico para apoiar sua aplicação; ii) a falta de clareza conceitual; iii) a prevalência do modelo da “justiça do caso concreto”; iv) a incomensurabilidade”<sup>58</sup>.

A falta de ponto de referência jurídico diz com a ausência de critério objetivo, racional e obrigatório através do qual o juiz fundamenta a ponderação no caso de colisões. Ou seja, o intérprete através de suas ideologias e visões, define se o grau de satisfação de um princípio justifica a insatisfação de outro. Já a falta de clareza refere-se à ambiguidade das expressões idoneidade, necessidade, proporcional e razoável (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 253).

No que tange à prevalência da justiça do caso concreto ou das normas situacionais, tem-se que a ponderação conduz a decisões imprevisíveis e particulares, prejudicando a certeza, a previsibilidade, a coerência e generalidade na aplicação do direito. Por fim, a incomensurabilidade diz que não se pode comparar o que não é suscetível de comparação. É que não há um sistema de metrificação ou um padrão que permita precisar quais os direitos fundamentais devem preponderar (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 254).

Também no sentido da discricionariedade inerente do sopesamento, Lênio Streck (2012, p. 232) reflete que a ponderação aposta no deslocamento da hierarquia ponderativa em favor da subjetividade do intérprete, implicando em uma escolha discricionária. O autor também recorda que mesmo os adeptos da teoria da argumentação, a exemplo de Luís Pietro Sanchís, entendem que o juízo de ponderação depende da discricionariedade do juiz (STRECK, 2012, p. 234).

Nesse sentido, Rafael Ferreira (2013, p. 106) esclarece que:

---

<sup>58</sup> Note-se que Gavião Filho explicita os argumentos utilizados para sustentar a discricionariedade da ponderação, mas, ao fim e ao cabo, conclui que, se aplicada da forma correta, garantiria a racionalidade da decisão judicial.

Na verdade na teoria alexyana, inexistente uma hierarquia formal e abstrata entre os princípios; a prevalência de um sobre o outro vai depender das circunstâncias jurídicas e fáticas do caso concreto, por isso é que só pode existir relação condicionada – concreta e relativa. A grande discussão que fica é a de quem define e como definir as determinantes de prevalência, por meio do sopesamento entre princípios, sem incorrer em discricionariedade. Não há como fugir, é puro pragmatismo. É bem verdade que, em se tratando de uma teoria procedimental e argumentativa, o seu mentor busca através de um ritual lógico matemático da ponderação, em etapas, evitar o subjetivismo do interprete, mas como todas as teorias que operam no paradigma do esquema sujeito-objeto, qualquer metodologização é insuficiente.

Assim, na perspectiva hermenêutica, tanto o sopesamento quanto a teoria da argumentação jurídica não são capazes de superar o subjetivismo, na medida em que apostam em procedimentos que se baseiam na cisão entre fato e direito, entre interpretação e aplicação e que não levam em conta o processo de compreensão prévio.

De modo a analisar como a teoria argumentativa e o método da ponderação foram recepcionados pela jurisprudência brasileira, far-se-á uma breve análise de duas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro caso a ser analisado é o Habeas Corpus 82.424-2 do Rio Grande do Sul, conhecido como caso Ellwanger. Trata-se de remédio constitucional que apreciou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que havia condenado um indivíduo por prática de racismo em razão de ter editado, distribuído e vendido obras antisemitas de sua autoria<sup>59</sup>. Dois dos ministros do Supremo, Gilmar Mendes e Marco Aurélio utilizaram-se do método ponderativo, atendendo minimamente ao modelo proposto por Alexy, para a fundamentação de seus votos<sup>60</sup> (LIMA, 2006, p. 114).

Sucintamente, destaca-se que o ministro Gilmar Mendes suscitou o conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade humana e a preservação dos valores de uma sociedade pluralista. O referido ministro entendeu que a condenação do paciente, no caso anteriormente descrito, atenderia à submáxima da adequação, na medida em que protegeria a sociedade pluralista, na qual reine a tolerância. A necessidade também estaria presente, dado que a sentença condenatória seria o meio menos gravoso. Em função da proporcionalidade em sentido estrito sustenta que deve

---

<sup>59</sup>HC 82424, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Relator para Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19/03/2004.

<sup>60</sup> Convém destacar que, conforme assevera Lima (2006, p. 114), diversos ministros suscitaram a ponderação de valores de forma abstrata, sem tratar diretamente dela a partir de elementos definidores.

prevalecer a intervenção na liberdade de expressão do paciente, garantindo-se os valores de uma sociedade pluralista e a dignidade da pessoa humana (MORAIS, 2013, p. 145).

Por outro lado, o ministro Marco Aurélio, ao utilizar o método ponderativo e abordando as submáximas da proporcionalidade, entendeu que a medida condenatória não seria nem adequada, nem razoável e nem proporcional, votando pelo deferimento da ordem de habeas corpus. Com efeito, o ministro assevera que o a condenação não seria meio adequado a acabar com a discriminação contra o povo judeu. Ademais, entendeu que a máxima da necessidade somente seria atendida se o tribunal concedesse a ordem, de modo a garantir a liberdade de manifestação. Por fim, referiu que a proporcionalidade em sentido estrito não estaria atendida, dado que não seria razoável restringir a manifestação de ideias se não estivessem demonstrados mínimos indícios de que essas ideias estimulariam a violência (LIMA, 2006, p. 116).

O segundo caso a ser abordado é o do Mandado de Segurança 27.608/DF<sup>61</sup>, no qual pretendia-se a invalidação dos atos administrativos que resultaram no indeferimento da inscrição de dois candidatos para o concurso público para provimento do cargo de procurador da república. O indeferimento deu-se pela exigência de três anos de atividade jurídica. Os impetrantes pretendiam que a contagem do prazo fosse realizada a partir da inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, enquanto a resolução do concurso exigia a demonstração da prática de atos privativos de advogado.

O mandado de segurança foi deferido. O voto do ministro Marco Aurélio entendeu que o prazo de três anos de prática jurídica somente poderia ser exigido no desempenho do cargo e não no ato da inscrição, sob pena de infração ao princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, entendeu pela aplicação do princípio da proporcionalidade em concreto, protegendo contra injustiça diante de situações concretas em que as normas abstratas seriam aplicadas (MORAIS, 2013, p. 215-216).

Note-se que, enquanto no primeiro caso houve a referência a dois princípios conflitantes a serem solucionados através do método da ponderação, no segundo caso a utilização da proporcionalidade é colocada como sinônimo da razoabilidade,

---

<sup>61</sup> MS 27608, Relatora: Min. CARMEM LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2009, DJ-e DIVULG 20/05/2010 PUBLIC 21/05/2010.

conduzindo diretamente a decisão que haveria de ser tomada. Com efeito, a proporcionalidade não parte de nenhum conflito entre princípios e é realizada sem a análise de quaisquer de suas submáximas.

Convém ressaltar que a regra da proporcionalidade frequentemente é utilizada como sinônimo de razoabilidade, tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pela doutrina pátria (SILVA, 2002, p. 27-28). Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva destaca que

O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a ideia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queria afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional” (SILVA, 2002, p. 29-30).

Em outras palavras, para além das críticas que podem ser direcionadas diretamente às teorias alexyanas, é fundamental ressaltar que, no Brasil, elas frequentemente não são bem utilizadas. O intérprete “recorta” a parte teórica que lhe convém e utiliza para fundamentar uma decisão que já havia sido previamente tomada.

É imperioso reconhecer que essa atitude corrobora com a intrínseca discricionariedade da teoria de Alexy. Ou seja, se a conveniência das teorias alexyanas já seria discutível caso aplicadas integralmente em um Estado Democrático de Direito, muito mais preocupante quando aplicadas de modo parcial e esvaziadas de significado.

A esse respeito, Rafael Fonseca Ferreira (2013, p. 98) reflete que a

Constituição do Estado Democrático de Direito prescinde da pretensão corretiva moral – fundamentada na ideia do discurso jurídico como caso especial do discurso prático em geral – e como tal, não pode ser recepcionada sem críticas, sob pena de se aliar ao senso comum que assola grande parte da dogmática brasileira. Apostar na discricionariedade das teorias alexyanas, mormente, a da técnica ponderativa, quando se está diante de um Direito gerado democraticamente e juridicamente institucionalizado, traduz-se num retrocesso do processo de concretização da Constituição o que, em última análise, representa também uma violação do próprio ideário de justiça de toda uma sociedade e um desprestígio com toda a sua história de lutas e conquistas.

Convém ressaltar que o trabalho não pretende ser exaustivo e nem chegar a uma resposta taxativa a respeito da utilização das teorias alexyanas em um Estado Democrático, mas apenas lançar as bases para uma leitura crítica, evitando

conclusões precipitadas e possibilitando um maior entendimento sobre o alcance e as consequências de sua adoção.

#### 4.2A crítica pelo viés descolonial

Conforme já destacado anteriormente, o contexto jurídico nacional é fortemente influenciado por tradições ocidentais, muitas vezes mescladas e utilizadas de forma acrítica pelos juristas, constituindo um fenômeno nomeado por Lênio Streck como “ecumenismo jurídico” (STRECK, 2012, p. 28-29). Essa tendência do direito nacional em se submeter a teorias estrangeiras sem a devida contextualização e verificação da pertinência dessas práticas hegemônicas motivou a reflexão a partir das teorias descoloniais.

Importante esclarecer que a construção de um pensamento que parta da “mundialidade periférica” não impõe a negação ou absoluta ruptura com outras formas racionais e universalistas de conhecimento, mas sim conduz a um processo dialético de assimilação, transposição e reinvenção (WOLKMER, 2012, p. 254). A prática jurídica mais comprometida com a sociedade latino-americana revela-se na transgressão ao convencional instituído e injusto, revelando-se como espaço de resistência às diversas modalidades de colonialismo, bem como apresentando uma contribuição com a construção criativa e empírica de uma sociedade mais comprometida com os valores decorrentes das práticas sociais emancipadoras (WOLKMER, 2012, p. 263).

O giro descolonial, como bem assevera Adelia Miglievich-Ribeiro (2014, p. 69), trata-se de um movimento teórico, ético e político que propõe questionar as construções do conhecimento “científico” dos últimos séculos, inclusive as produzidas pelas ciências sociais. Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 21-22) assevera que o

pensamento ocidental moderno es un pensamiento abismal. Éste consiste em un sistema de distinciones visibles e invisibles, constituyendo las segundas el fundamento de las primeras. Las distinciones invisibles son establecidas a través de líneas radicales que dividen la realidad social em dos universos: El universo de <este lado de la línea> y el universo del <otro lado de la línea>. La división es tal que <El otro lado de la línea> desaparece como realidad, se convierte em no existente, y de hecho es reproducido como no existente. (...) Lo que es producido como no existente es radicalmente excluído porque se encuentra más allá del universo de lo que la concepción aceptada de inclusión considera es su outro. Fundamentalmente lo que más caracteriza al pensamiento abismal es, pues, la imposibilidad de la copresencia de los lados de la línea.

O pensamento abismal ou colonial caracteriza-se pela visão hegemônica e pela pretensão de universalidade, através da qual as “verdades” produzidas naquele contexto sejam inquestionáveis e superiores a quaisquer outros conhecimentos “locais” que possam ser desvelados. Assim, a colonialidade epistêmica, além de valorizar o eurocentrismo como via exclusiva do conhecimento, rejeita todas as outras produções intelectuais (DAMAZIO, 2009, p. 2).

Segundo Mignolo (2007, p. 290), a opção descolonial é epistêmica, na medida em que propõe a desvinculação dos fundamentos dos conceitos ocidentais e da acumulação de conhecimento. O autor reflete que “a opção descolonial significa, entre outras coisas, aprender a desaprender (...) já que nossos cérebros tinham sido programados pela razão imperial/colonial” (MIGNOLO, 2007, p. 290).

O Direito, enquanto ciência social, traduziu-se, durante a modernidade, pelo monismo jurídico, através do qual o Estado manifesta-se como único centro de poder e detentor do monopólio de produção das normas. Pela perspectiva monista, o direito seria legítimo por ter sido produzido pelo estado, não importando se atende aos valores morais ou políticos e nem considerando os limites das instituições estatais (CARVALHO, 2010, p. 15).

A consequência desse modelo monista, segundo Carvalho (2010, p. 15), é o descolamento entre as normas jurídicas e as práticas sociais, tornando o direito um fenômeno autônomo e abstrato. Essas práticas revelam-se através da adoção de discursos supostamente neutros, construídos a partir de ficções como a do “legislador racional, da completude do ordenamento e da segurança jurídica que, em última análise, legitima o caráter intrinsecamente “justo”, “universal” e autossuficiente do direito” (CARVALHO, 2010, p. 15).

De acordo com Wolkmer (2001, p. 67), esse formalismo legal do modelo positivista dissimula as origens sociais e econômicas das estruturas que retêm o poder, servindo para eternizar as regras de controle e a cultura liberal-individualista dominante. A visão formalista do Direito termina por reproduzir um saber retórico e de difícil superação, na medida em que, como instrumento de poder, serve para justificar e manter todo sistema político (FARIA, 1984, apud WOLKMER, 2011, p. 89).

Neste contexto, convém lembrar que, apesar da teoria argumentativa de Robert Alexy pretender superar o positivismo, ela ainda se mantém vinculada ao paradigma da filosofia da consciência. É que para que fosse possível a superação do

positivismo, a teoria haveria de enfrentar a questão da discricionariedade judicial (STRECK, 2013, p. 106).

Ao contrário de propor esse embate, as teorias argumentativas permanecem sob o domínio da filosofia da consciência, apostando no direito enquanto mera racionalidade instrumental manipulável pelo intérprete. Despreza-se, assim, toda a realidade que permeia o direito, seu contexto institucional e histórico (STRECK, 2013, p. 90/91 e 119).

É imprescindível notar que as teorias que se mantêm vinculadas ao paradigma da consciência implicam no reavivamento da filosofia colonial de Descartes. Segundo Diehl (2015, p. 106), o *ego cogito* de Descartes parte da consciência de si mesmo, seu próprio pensamento serve como “ponto zero” para pensar a realidade<sup>62</sup>. A proposta cartesiana dispensa, assim, “toda a corporalidade concreta do sujeito” (DIEHL, 2015, p. 107).

A esse respeito, Santiago Castro-Gómez (2005, p. 25) entende que a epistemologia do ponto zero

hace tabula rasa de todos los conocimientos aprendidos previamente (...) Comenzar todo de nuevo significa tener el poder de nombrar por primera vez el mundo; de trazar fronteras para establecer caules conocimientos son legítimos y caules son ilegítimos, definiendo además caules comportamientos son normales y cuáles patológicos. Por ello, el punto cero es el del comienzo epistemológico absoluto, pero también el del control económico y social sobre el mundo. Ubicarse em el punto cero equivale a tener el poder de instituir, de representar, de construir una visión sobre el mundo social y natural reconocida como legítima y avalada por el Estado. Se trata de una representación em la que los “varones ilustrados” se definen a sí mismos como observadores neutrales e imparciales de la realidad.

Segundo Ludwig (2010, p. 106), em que pese essa seja a concepção filosófica própria de Descartes, ela é determinante para a modernidade, não podendo ser considerada como característica arbitrária e isolada de um único pensador, mas sim como “expressão de um certo tempo e contexto e que funda e impregna em grande parte a racionalidade dos tempos modernos” (LUDWIG, 2010, p. 106).

Com efeito, o paradigma epistêmico-científico da modernidade é orientado pela concepção de conhecimento inspirada pelo modelo das ciências naturais, sendo caracterizada pela pretensão de objetividade, neutralidade e universalidade. Nesse contexto, o método assume especial importância e é condição de possibilidade para o alcance da verdade (metodológica) (CHAMECKI, 2010, p. 41-42).

---

<sup>62</sup> Note-se que o *ego cogito* de Descartes “constrói o Outro como pensado, como objeto-periférico analisado sob a perspectiva geopolítica moderna do sujeito pensante europeu.” (DIEHL, 2015, p. 110).

No Direito, conforme já antecipado, o paradigma da modernidade se desvela como um paradigma essencialmente positivista, normativista e formalista. Em função das pretensões típicas de neutralidade, objetividade e universalidade, o teor da verdade jurídica é dado por elementos eminentemente formais, lógicos, analíticos e com referência ao próprio sistema, isolando-se os elementos concretos da realidade social (CHAMECKI, 2010, p. 43).

Ocorre, contudo, que a modernidade e, por consequência, a epistemologia que lhe é peculiar não atendem às necessidades plurais da sociedade atual e estão em crise. Conforme salienta Chamecki (2010, p. 43), de um modo geral, a crise da modernidade pode ser constatada a partir de diversos aspetos:

Pode ser considerada como crise do sujeito moderno, ou da centralidade e auto-suficiência da subjetividade e da razão. Ou como crise do avanço científico e da técnica, que prestaram serviços a projetos pouco louváveis. Pode ser analisada sob o viés da nova conjuntura internacional em tempos de globalização neoliberal, e consequente descentralização e limitação da atuação dos Estados-nação, ou ainda compreendida como crise do modo de vida moderno, sobejamente afetado pelos novos rumos da industrialização, pelo consumismo e desenvolvimento das tecnologias de informação.

É evidente que essa crise “geral” influencia diretamente nas formas de saber e na racionalidade dominante, dado que o conhecimento hegemônico/totalitário mostra-se incapaz de responder às inquietações da sociedade atual. Nesse sentido, Antônio Carlos Wolkmer (2011, p. 70) salienta que o esgotamento do modelo jurídico tradicional não é causa, mas consequência de um processo mais amplo que retrata a transformação estrutural que passa o sistema produtivo capitalista, bem como refere-se a crise cultural valorativa que atravessa os diversos setores das ciências humanas<sup>63</sup>.

A superação da crise da modernidade, e do modelo de direito consolidado, passa pela necessidade de construção de uma “racionalidade emancipatória” que parta de uma razão liberta, em que a realidade não seja construção da razão, mas que a razão seja produto da realidade (WOLKMER, 2011, p. 282). Antônio Carlos Wolkmer (2010, p. 38) assevera que, na perspectiva da América Latina, é preciso pensar em propor formas de produção do conhecimento que partam da práxis

---

<sup>63</sup> Conforme Ivone Fernandes Morcillo Lixa (2010, p. 133), a vivência da crise da razão jurídica implicava, por um lado, “a potencialização do reconhecimento da falácia do saber científico único e neutro (...) e, de outro, a necessidade de perspectivas coletivas de transformações políticas”, impondo o reconhecimento de racionalidades alternativas capazes de lidar com as novas e complexas necessidades da sociedade.

democrática pluralista que permita a expressão do direito à diferença, à identidade coletiva, à autonomia e à igualdade de acesso a direitos.

E é com essa perspectiva de pluralidade, de modelos alternativos de produção de conhecimento que se pretende repensar a teoria da argumentação de Alexy. A conclusão, não taxativa e nem inquestionável, que parece se desenhar é a de que, mantendo-se vinculada ao pensamento colonial e ao paradigma da filosofia da consciência, a teoria da argumentação jurídica proposta por Alexy não parece capaz de atender aos anseios de uma democracia pluralista.

Nesse sentido, Eloise Damázio (2009, p. 114) esclarece que:

A dimensão descolonial da democracia, segundo Mignolo, é pluri-versal, ou seja, o horizonte é único, mas os caminhos para chegar a ele são vários, diversas línguas, formas e interesses no conhecimento; diversas religiões, subjetividades, formas de sexualidade, etc. Daí que o horizonte único de justiça e equidade tenha como lema a pluri-versidade como projeto uni-versal.

E, na atual conjuntura social, optar por um método<sup>64</sup> que se mantém vinculado ao paradigma típico do positivismo (e da modernidade) não parece representar um avanço a caminho da “pluri-versidade”. De modo a romper com as perspectivas da filosofia da consciência e na busca de uma visão que responda às reflexões trazidas pela crítica descolonial, um dos caminhos que parece atender é o da hermenêutica crítica.

A respeito das possibilidades trazidas por esse “novo paradigma”, Sparemberger e Stolz (2014, p. 16) asseveram que:

Romper com a tradição de um tipo de conhecimento fechado em si mesmo, de reprodução do sentido, é a meta do paradigma de cunho hermenêutico criativo, que tem como fio condutor as contribuições do pensamento de Heidegger e Gadamer, no sentido de fazer com que o jurista se sensibilize diante do caso concreto e da norma, e não faça desta algo rígido, inerte, sufocante e alienado diante das realidades circundantes, pois tal como a opção entre duas instituições em competição, a seleção entre paradigmas em competição demonstra ser uma escolha entre modos incompatíveis de vida comunitária.

Ao defender que cada intérprete tem seu horizonte compreensivo, produto da educação, da socialização e da experiência vivida (CAMARGO, 1999, p. 263), o paradigma hermenêutico permite dar forma concreta a pretensão emancipatória do

---

<sup>64</sup> Vale lembrar da advertência de Chamecki (2010, p. 59) no sentido de que a escolha do método implica em aderir entendimentos valorativos predeterminados. Abandona-se, nesse contexto, a pretensão de neutralidade científica para aceitar que a atividade interpretativa é produtiva e não meramente reprodutiva. Assim, a reflexão acerca de quais pautas são consequência implícita da escolha de um método é um processo essencial para a crítica descolonial.

pensamento jurídico, bem como dar voz aos saberes excluídos, aceitando a alteralidade e a pluralidade (SPAREMBERGER e STOLZ, 2014, p. 26).

Em outras palavras, a hermenêutica crítica, que permite que a pré-compreensão seja concebida em uma perspectiva histórica e temporal, pode ser um dos caminhos para uma visão descolonial acerca das práticas jurídicas, na medida em que o “ser-no-mundo” não fica relegado a categoria de “outro”, mas incluído em uma visão compartilhada<sup>65</sup> e pluralista.

---

<sup>65</sup> Note-se que Chamecki (2010, p. 147) destaca que a razão hermenêutica é “eminentemente aberta, passível de fundamentar diferentes racionalidades que se concretizem nos diversos âmbitos do ser e do saber”.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, antes de tecer qualquer consideração, é imprescindível reiterar que os apontamentos e impressões trazidos nesta monografia não são e nem pretendem ser uma resposta definitiva para as questões relacionadas à teoria da argumentação jurídica. Se tivessem essa intenção universalizante, o trabalho já começaria contrariando um de seus referenciais teóricos.

Ademais, independentemente das críticas que possam ser direcionadas à teoria argumentativa de Robert Alexy, há de se reconhecer que trata-se de uma construção teórica complexa e muito mais completa do que as teorias argumentativas que haviam sido apresentadas até então. O autor reconheceu que o positivismo exegético não era um modelo suficientemente completo para suprir as necessidades da decisão judicial e que não se poderia relegar – ao menos, não em um primeiro momento - o problema à discricionariedade judicial.

É com essa finalidade que Robert Alexy desenvolve uma teoria que busca fornecer um incremento de racionalidade para a decisão judicial, possibilitando que, a partir de critérios racionalmente definidos, fosse possível alcançar a melhor decisão. O próprio Alexy destaca que dificilmente todas as regras do discurso seriam plenamente cumpridas, sendo necessária somente uma realização aproximativa.

A partir disso, constata-se um indício do caráter fortemente “ideal” da teoria argumentativa de Alexy, que dificilmente poderia ser plenamente realizado no correr de um processo judicial, que apresenta diversas outras limitações temporais e materiais. Em que pese todo esforço do autor em criar mecanismos de controle para a argumentação jurídica, a verificação e a aplicação dessas regras “na máxima medida possível” mostra-se uma recomendação nebulosa e de difícil concretização.

Além disto, alguns conceitos – como a pretensão de correção - apresentam limites não muito claros. Note-se que Alexy, salvo melhor juízo, não consegue determinar com clareza a partir de que momento uma norma seria inválida por não cumprir o ideal de correção em uma perspectiva material. Em outras palavras, a aferição da “injustiça extrema”, aspecto que tornaria a norma inválida, não foi bem esclarecido, não tendo sido bem delimitado até onde haveria primazia da legalidade e a partir de onde um ideal de justiça deveria prevalecer. Essa obscuridade de limites é um dos caminhos que propicia a discricionariedade judicial na teoria alexyana.

E é a questão da discricionariedade que se apresenta como defeito mais problemático da teoria alexyana. É que, por mais que tenham sido estabelecidos mecanismos formais de controle, a arbitrariedade surge como resposta final para as ambiguidades ou incertezas da teoria argumentativa. Isso se deve pela inexistência de um horizonte de pré-compreensão que limita e orienta a argumentação de todos os participantes.

Desse modo, a ausência de uma antecipação de sentido e, por conseguinte, a interpretação dissociada dos elementos fáticos permite que cada participante parta do seu “ponto zero” e dali construa sua própria interpretação. Nesse sentido, algumas distinções propostas por Alexy - *easy cases* e *hard cases*, justificação interna e externa - atendem a necessidade de cisão da interpretação e ao isolamento da realidade social.

Cabe destacar que, apesar de fornecer critérios supostamente objetivos para o controle da argumentação, a teoria argumentativa de Alexy permanece vinculada ao paradigma da filosofia da consciência. Em outras palavras, apesar de ter como finalidade o incremento da racionalidade do processo decisório e controle da discricionariedade, a teoria permanece ligada ao esquema sujeito-objeto, representando pretensões totalmente opostas.

A teoria argumentativa de Alexy não acompanhou integralmente a virada linguístico-pragmática, circunstância que lhe impede de afastar a discricionariedade de sua construção teórica. Daí o fato de estar conectada com o monismo jurídico e com a perspectiva de saber colonial, conforme discutido no terceiro capítulo.

Por esses mesmos motivos, a arbitrariedade estende-se ao sopesamento de princípios e, por consequência, à máxima da proporcionalidade, ferramentas frequentemente utilizadas pela jurisprudência pátria para a decisão judicial.

Da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, constatou-se que, na primeiras delas – HC 82.424/RS, a utilização da máxima da proporcionalidade, analisada em todas as suas submáximas, permitiu que os julgadores obtivessem decisões opostas. Enquanto para um deles preencheram-se as submáximas da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, para outro nenhuma delas foi alcançada.

Os julgadores não utilizaram a lei de colisão, que permite verificar qual princípio deve preceder naquela situação concreta, e nem utilizaram de qualquer outra regra da teoria argumentativa de Robert Alexy. Convém recordar que o sopesamento

só conseguiria manter-se racional e imparcial, na visão do autor, se fossem seguidas as etapas determinadas e se elas fossem aplicadas dentro do contexto de uma teoria argumentativa, o que não ocorreu no caso em questão.

No segundo caso discutido – MS 27.608/DF, o que se verifica é uma confusão entre a proporcionalidade e a razoabilidade, que acabam sendo utilizados como sinônimos e designam a ausência de correção, de justa medida na decisão discutida. Essa miscelânea representa um empobrecimento da tese de Alexy, na medida em que suas construções são parcialmente esvaziadas de significado, tornando os enunciados manipuláveis conforme a vontade do julgador.

Da análise dos casos narrados, o que se verifica é que, para além dos problemas que já acompanham a teoria argumentativa de Robert Alexy, o Supremo Tribunal Federal – a semelhança dos demais tribunais e também dos juristas brasileiros – realizam um recorte teórico da parte que melhor lhes aprouver naquele momento. Em outras palavras, utiliza-se a teoria de Alexy de forma desmembrada, escolhendo-se o conceito ou o pedaço que oferece a resposta desejada pelo agente.

Vale destacar que, se a transposição direta de uma teoria estrangeira para o cenário nacional pode despertar preocupações, a circunstância é agravada pelas aplicações parciais e pelo desvirtuamento de conceitos e de ferramentas que foram propostas originalmente.

Ademais, a reflexão descolonial ressalta a necessidade do direito e da interpretação estarem ligados com as experiências fáticas, não podendo ser um fenômeno isolado do caso concreto. Constata-se, ainda, a importância da existência de um paradigma hermenêutico que afaste a possibilidade de um ponto zero de interpretação e que esteja em conformidade com a virada linguístico-pragmática.

Assim, convém repisar que a teoria argumentativa permanece vinculada ao paradigma formalista e a epistemologia colonial, afastando o mundo fático e apostando no papel do sujeito (intérprete) como senhor do conhecimento. Isso implica que a teoria argumentativa também seja afetada pela crise do monismo jurídico e não sirva como instrumento para fornecer as respostas desejadas pela sociedade.

Por tudo que foi exposto, tem-se que o direito deve estar comprometido com os novos paradigmas que privilegiem sua ligação com a realidade social, de forma a valorizar o horizonte de pré-compreensão construído a partir das vivências culturais e históricas do Brasil. Desse modo, o direito poderá atender as crescentes demandas sociais, alcançando seu potencial verdadeiramente transformador.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 3 ed., 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Bruno Franco; GUIMARÃES, Marina Oliveira. **Justificação racional das decisões jurídicas em Robert Alexy e a crítica de Jürgen Habermas**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 10, p. 15-29, jul/dez 2011.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2000.

BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. **Notas sobre a colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 23-37, jul/dez 2008.

BIX, Brian. **Robert Alexy's Radbruch Formula, and the Nature of Legal Theory**. Rechtstheorie, Münster – Alemanha, v. 37, pp. 139-149, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Ponderação de princípios e aplicação do direito – Análise da críticas de Juan Antonio García Amado à teoria dos princípios de Robert Alexy. In: \_\_\_\_\_. **Temas do Direito e Decisão Racional: temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Princípios, regras e a fórmula da ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? In: \_\_\_\_\_. **Temas do Direito e Decisão Racional: temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MAIA, Antonio Cavalcanti. Argumentação como justificação: Em busca de uma definição comum para as teorias da argumentação jurídica contemporâneas. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Temas do Direito e Decisão Racional: temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 20 de ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 27.608/DF. Impetrantes: Bruno Alexandre Gutschow e Cláudio Terre do Amaral. Impetrado: Procurador Geral da República. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 10 de outubro de 2009. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611520>>

Acesso em: 20 de ago. 2015.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARNEIRO, Maria Francisca; SEVERO, Fabiana Galera; ÉLER, Karen. **Teoria e prática da argumentação jurídica: lógica e retórica**. 2.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; Lixa, Ivone M. (Org.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración em la Nueva Granada (1750-1816)**. 1.ed. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

CHAMECKI, Eduardo. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica crítica-alternativa: caminhos para descolonização do saber jurídico**. 2010. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Descolonialidade e interculturalidade dos sabores político-jurídicos: uma análise a partir do pensamento descolonial**. Direitos Culturais, Santo Angelo, v4, n.6, p. 109-122, jan./jun./2009.

DANI, Felipe André; OLIVEIRA, Álvaro Borges de; BARROS, Débora Sabeztki. **O desenvolvimento sustentável como ótimo de Pareto na relação entre os princípios constitucionais ambientais e os princípios constitucionais econômicos**. Revista Direito Econômico Socioambiental, Curitiba, v.1, n.2, p 303-331, jul/dez 2010.

DIEHL, Diego Augusto. **A re-invenção dos direitos humanos pelos povos da América latina: para uma nova história decolonial desde a práxis de liberação dos movimentos sociais**. 2015. 392f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

FERREIRA, Rafael Fonseca. **(A)crítica recepção das teorias alexyanas: o locus da discricionariedade em terrae brasilis**. Revista direitos fundamentais e justiça, Porto Alegre, ano 7, n 25, p. 87-114, out/dez 2013.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Tópica, Retórica, y Teorías de la Argumentación Jurídica**. Chile, 2006. Disponível em: <<http://fundamentofilosofico.blogia.com/2006/082601-topica-retorica-y-teorias-de-la-argumentacion-juridica-jose-a.-garcia-amado.php>>. Acesso em: 08 de julho de 2015.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 104, p. 53-127, jan/jun 2012.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais: argumentação e ponderação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GRACIO, Rui Alexandre. **Racionalidade argumentativa.** Portugal: Edições Asa, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1.

HELFER, Inácio; STEIN, Leandro Konzen. **Kelsen e o trilema de Münchhausen.** Revista Sequência, Florianópolis, n. 58, p. 47-72, jul. 2009.

LIMA, Valéria das Graças Oliveira Silva e. **A perspectiva principiológica do direito na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica à ponderação de valores – um estudo de caso.** 2006. 133f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

LIXA, Ivone Fernandes Morcila. Pluralismo jurídico: insurgência e resignificação hermenêutica. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; Lixa, Ivone M. (Org). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade.** São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, Mônica Sette. **Precedentes e Tópica: Soluções como Problemas.** Disponível em: [http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/arquivo\\_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1559206](http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1559206)>. Acesso em: 09 de setembro de 2015.

LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia e pluralismo: uma justificação filosófica transmoderna ou descolonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; Lixa, Ivone M. (Org). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MARÍN, Jeferson Dytz; FEDRIGO, Camila Paese. **Decisão e argumentação em Alexy (limites aplicativos de uma teoria. Um freio à discricionariedade?** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, São Leopoldo, v. 7, n. 1, p. 70-79, jan/abr 2015.

MIGLIEVICH-RIBEIRO, Adelia. **Por uma razão decolonial: desafios ético-políticos-epistemológicos à cosmovisão moderna.** Revista Civitas, Porto Alegre, v. 14, n.1, p. 66-80, jan/abr 2014.

MIGNOLO, Walter D. Desobediência Epistêmica: **A opção descolonial e o significado de identidade em política**. Cadernos de Letras da UFF – Dossiê: Literatura, língua e identidade, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Casa lotada na primeira conferência de Robert Alexy**. Site institucional do Ministério Público, 06 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/imprensa/noticias/id33827.htm?impressao=1>> Acesso em: 30 jul. 2015.

MONTEIRO, Claudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. 2013. 346f. Tese (Doutorado em Direito) - UNISINOS, São Leopoldo.

NIGRO, Rachel. **A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo**. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 34, p. 170-211, jan/jun 2009.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROESLER, Claudia Rosane. **O papel de Theodor Viehweg na fundação das teorias da argumentação jurídica**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 4, n.3, p. 36-54, set/out 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Más ala del pensamiento abismal: de las líneas globales a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Ed). **Epistemologías del Sur: perspectivas**. Madrid: Ediciones Akal, 2014.

SANT'ANNA, Vinícius Pinheiro de. **A teoria da argumentação de Robert Alexy e a fundamentação das decisões judiciais (jurisprudência e comentários à tentativa de sua positivação no processo civil)**. 2011. 98f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória.

SILVA, Neimar Roberto de Souza e Silva. **Direito e argumentação jurídica em Neil MacCormick**. Revista Legis Augustus, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 29-41, jul/dez 2013.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. **O tradicional e o criativo no Direito**. 2003. 297f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; STOLZ, Sheila. **A hermenêutica crítica e o espelho da realidade: a crise do modelo universalista: rumo ao Bem viver**. In: CONPEDI, XXIII., 2014, Florianópolis. Resumo. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

SOARES NETO, José Andrade. **A súmula vinculante como elemento limitador do discurso jurídico: um estudo sob a perspectiva da teoria da argumentação**

**jurídica de Robert Alexy.** 2012. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** São Paulo: Saraiva, 2012.

TOLEDO, Cláudia. **Teoria da argumentação jurídica.** Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 2, b.3, p. 47-65, jan/jun 2005.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral do direito: epistemologia jurídica da modernidade.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, v. 2.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.**8.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito.** São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001.