

Dogmática jurídica e multiplicidade – uma análise da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy

Alexandre da Maia

1 Considerações iniciais: a determinação da racionalidade pela teoria do discurso

Robert Alexy talvez seja hoje um dos autores mais citados da teoria do direito contemporânea. O que não quer dizer necessariamente que seja um autor lido. Parece que vivemos um momento especial no estudo dos princípios no direito, nas mais diversas áreas do conhecimento, o que faz com que a palavra se torne um *topos* identificador de um elemento aglutinador de um referencial de fundamentação das opiniões doutrinárias no direito. Como não temos mais Deus, nem a religião, nem a razão pura, só restariam os princípios. Vários autores fazem referência à distinção de Alexy entre regras e princípios.¹

Porém, este não será o ponto a ser discutido neste trabalho. Queremos mostrar as bases da teoria da argumentação jurídica de Alexy, sua vinculação a preceitos morais e, a partir dos elementos que iremos trazer à baila, efetuar a crítica pertinente, desde já adiantada: a estruturação formal de uma receita — procedimental, é certo — para chegar à racionalidade jurídica, o que, para nós, pode romper com a noção de diferença e reduzir o espectro da complexidade reinante em nossos dias.

Manuel Atienza faz um paralelo interessante entre as teorias da argumentação de Robert Alexy e Neil MacCormick. Ao que nos parece, a comparação se restringe à idéia de que a argumentação jurídica funciona como um corolário da moral, ou aquilo que os autores chamam de “razão prática geral”.² A forma de abordagem da problemática da argumentação jurídica entre os dois autores diverge. Alexy, especificamente, parte de postulados que formariam a razão prática geral para afirmar o direito como um corolário da moral, como uma especificidade da razão prática.³

Se o direito é, pois, uma especificidade da razão prática, mister se faz criar as bases para uma argumentação moral, para, a partir das regras da razão prática, mostrar os detalhes da teoria da argumentação jurídica, mediante as chamadas regras do discurso.⁴ Eis o caminho que percorreremos a partir de agora. Claro que iremos nos concentrar na visão do referido autor, a fim de consolidar a base de revisão necessária para uma crítica detalhada ao seu embasamento teórico na argumentação.

Primeiramente, a partir das influências recebidas da teoria do discurso de Habermas, sabe-se que a filosofia habermasiana trabalha com a chamada “situação ideal de fala ou de diálogo”, que, para Atienza,⁵ é o equivalente à noção de “auditório universal” de Chaïm Perelman. Assim, só se poderá aferir a verdade das proposições dependendo da possibilidade de um consenso, que pressupõe as noções de simetria entre aqueles que discutem. Os participantes do discurso devem estar em um consenso para uma situação ideal de fala. Logo, a comunicação não pode ser impedida por fatores externos e internos ao processo comunicacional, o que pressupõe uma identificação entre os comunicantes, a fim de que não possa haver uma dominação por fatores que impeçam a situação ideal.⁶ E é exatamente este o problema da tese adotada por Habermas: aquilo que chamaremos de “mito da identificação”.

A partir das noções da teoria do discurso habermasiana, que não abordaremos por não ser o cerne da questão a ser desenvolvida, Alexy elabora a sua teoria do discurso como uma teoria que necessita da fundamentação de suas respectivas regras. Assim, eis os passos para uma fundamentação das regras do discurso racional:

(1) Primeiramente, deve-se considerar as *regras do discurso como regras técnicas*. Ou seja, regras que determinam os meios para alcançar um determinado desiderato, o que Alexy chama de “fundamentação técnica”;⁷

(2) O segundo critério é o da “fundamentação empírica”.⁸ Assim, como possibilidade de racionalidade no discurso, caberia a demonstração que determinadas regras realmente possuem um grau de efetividade, a partir de uma adesão suficiente da sociedade para que se aplique aquela regra do discurso. Por outro lado, também pode haver a possibilidade de que as convicções normativas existentes na sociedade tenham sido obtidas a partir das regras utilizadas;

(3) Uma terceira via de fundamentação do discurso racional é a chamada “fundamentação definidora”,⁹ que funciona como uma mescla das duas anteriores, da seguinte forma: a utilização de regras de jogos de linguagem como critério.¹⁰ Alexy deixa claro que os tais jogos de linguagem podem ser hipotéticos ou existentes de fato. O que se deve mostrar, para aferir a racionalidade, é a “apresentação do sistema de regras que definem uma *praxis*”, e, com isso, mostrar que o motivo de uma decisão foi originado desse sistema de regras que foi demonstrado. Ou seja, a assertiva de que “a apresentação de um sistema de regras seja o fundamento de sua aceitação”;¹¹

(4) A quarta forma de determinação da racionalidade do discurso está no fato de “mostrar que a validade de determinadas regras é a condição de possibilidade da comunicação lingüística”.¹² Manuel Atienza, especificando o problema, efetua um desdobramento da questão nos seguintes pontos: “(a) a validade de determinadas regras é *constitutiva da possibilidade de determinados atos de fala*; e (b) *se renunciarmos a esses atos de fala, abandonamos formas de comportamento especificamente humanas*”.¹³

O problema é que a justificação da racionalidade não pode ser voltada à observação de apenas uma dessas formas apresentadas supra, diria Alexy.¹⁴ Além do mais, Alexy não refuta a possibilidade de outras classificações, mas considera que há elementos extremamente importantes nos critérios de determinação da racionalidade trazidos em sua obra.¹⁵ É preciso que haja uma combinação entre os critérios. Logo, a prática desses mecanismos de racionalidade deve estar adstrita aos comunicantes, a fim de que a discursividade construa a fundamentação racional com a mescla das premissas.

Determinados os postulados da racionalidade na teoria do discurso, Alexy, na *Teoria da Argumentação Jurídica*, buscará identificar as regras de um determinado tipo de discurso: o prático geral, ou da fundamentação moral da teoria do discurso, para, a partir de então, ingressar nos elementos fornecedores da justificação racional do direito através da teoria da argumentação jurídica trazida pelo autor ora em análise.¹⁶

2 A determinação das regras do discurso prático racional

2.1 Considerações iniciais e as regras fundamentais

Quando da determinação das regras do discurso prático em geral, Alexy afirma que elas podem ser de seis categorias: (a) as regras fundamentais; (b) as regras da razão; (c) as regras sobre a carga da argumentação; (d) as regras sobre a formação dos argumentos; (e) as regras de fundamentação e; (f) as regras de transição. Fazemos uma ressalva: Alexy enumera uma série de fórmulas lógicas para a enunciação não só das regras da moral, mas também para a determinação da argumentação jurídica. Nosso intuito, neste trabalho, é o de facilitar a compreensão do texto sem perder o rigor necessário. Em todo caso, não transcreveremos as fórmulas, mas sim buscaremos a forma literal de expressão das regras em apreço.

Quanto às regras fundamentais, Alexy afirma que elas são a condição de validade para "qualquer comunicação que trate da verdade ou da correção".¹⁷ Tais regras determinam os princípios da impossibilidade de contradição, da sinceridade, da universalidade e do uso comum da linguagem, assim enumeradas:

2.1.1 "Nenhum falante pode se contradizer;

2.1.2 Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele próprio crê;

2.1.3 Todo falante que aplique uma determinada qualidade a um objeto, deve estar disposto também a aplicar o mesmo predicado a outro objeto idêntico àquele;

2.1.4 Falantes diferentes não podem usar a mesma expressão com significados diferentes".¹⁸

Eis, portanto, as regras fundamentais do discurso moral. No que tange às regras da razão, elas são as que definem os elementos mais importantes em relação à racionalidade do discurso moral proferido.¹⁹ Nas palavras de Alexy, são as que "justificam a asserção de enunciados normativos".²⁰ Existe uma regra geral da razão e as demais incluem elementos da chamada "situação ideal de fala" proposta na teoria habermasiana. Assim, cria-se a necessidade de fundamentação, a fim de que o falante possa justificar seu argumento perante o outro, e as regras da razão nos mostram como tais formas de fundamentação se sustentam. As regras da razão são as seguintes, sendo a primeira chamada de "regra geral de fundamentação":²¹

2.2 Regras da Razão

2.2.1 "Todo falante deve, quando lhe é solicitado, fundamentar o que afirma, a não ser quando puder dar razões que justifiquem a recusa de uma fundamentação;

2.2.2 (a) Todos podem problematizar qualquer asserção;

(b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso;

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

2.2.3 A nenhum falante se pode impedir de exercer, mediante coerção interna ou externa ao discurso, seus direitos fixados em 2.2.1. e 2.2.2”.

Como se vê, trata-se de uma situação ideal com pretensões de validade universal, de forma completamente descontextualizada, o que contraria flagrantemente a pluralidade e a controvérsia pugnadas pela racionalidade argumentativa, muito embora as reflexões partam de tal assertiva.

Já as regras sobre a carga da argumentação servem para facilitá-la, haja vista que, por conta da possibilidade de todos poderem inserir novas asserções ao discurso e poderem também efetuar múltiplas problematizações, haveria a possibilidade de se chegar a uma situação tal que, de tantas asserções e/ou problematizações, simplesmente a comunicação não pudesse mais se desenvolver.²² Para criar mecanismos a fim de evitar tal possibilidade é que existem, na teoria de Alexy, tais regras da razão prática:

2.3. Regras sobre a Carga da Argumentação

2.3.1 “Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da adotada para uma pessoa B, está obrigado a fundamentar tal atitude;

2.3.2 Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para isso;

2.3.3 Quem apresentou um argumento só está obrigado a dar mais argumentos em caso de haver contra-argumentos;

2.3.4 Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre as suas opiniões, desejos ou necessidades que não se refira como argumento a uma anterior manifestação, tem, se isso lhe é pedido, de fundamentar o porquê da introdução dessa afirmação ou manifestação”.

2.4 Regras de formulação dos argumentos

Com relação às regras de formação dos argumentos, a explanação ora trazida à baila não irá transcrever as fórmulas que Alexy faz questão de utilizar em seus escritos.²³ Portanto, buscaremos discorrer sobre a formação dos argumentos sem nenhuma forma de redução e simplificação do problema.

Alexy determina que só se pode justificar um enunciado normativo por dois caminhos: (a) pela referência a uma regra ou (b) determinando as conseqüências que hão de surgir a partir da norma.

Caso se justifique a norma pela fundamentação em uma regra, é preciso, diz Alexy, que exista um determinado enunciado de fato que nos mostre como tal norma pode vir a ser aplicada.²⁴ Ou seja, um elemento fático, fruto de um caso concreto, ficando exposta assim desta forma:

Argumento 1

Caso Concreto - Regra - Enunciado Normativo

Se, por seu turno, ocorrer a justificação do enunciado normativo *pelas suas conseqüências*, mister se faz a existência de uma regra que demonstre serem as conseqüências obrigatórias ou boas, da seguinte forma:

Argumento 2

Conseqüência - Regra - Enunciado Normativo

Manuel Atienza utiliza, como ilustração, o exemplo de alguém que mente, a partir da tentativa de justificação do enunciado normativo "José agiu mal".²⁵ Para justificar que José agiu mal, temos dois caminhos:

No primeiro, *fundamentando o enunciado afirmando a existência de uma regra* que nos diga que o ato praticado por José possa ser rotulado como uma má ação. O ato em questão é o de mentir. Existindo uma norma que nos diga que "mentir é mau", é preciso que exista um enunciado de fato que ateste em José o ato de ter contado uma mentira. Portanto, "José mentiu", que é um enunciado próprio do mundo empírico, a partir de um caso concreto que, em cotejo com a norma, justifique a conseqüência.

Caso adotássemos a fundamentação do argumento nas conseqüências, aplicando o mesmo exemplo, teríamos a seguinte situação, narrada na obra citada de Atienza: "José agiu mal" ainda é o enunciado normativo a ser fundamentado. Como conseqüência, diríamos que "José, ao mentir, causou um dano a alguém". Para afirmar que, por conta dessa conseqüência, José agiu mal, precisamos de uma regra que nos diga que "causar danos a alguém é uma má ação".

Note-se que, em ambos os casos, Alexy determina regras de fundamentação numa situação em que o comportamento moral possa ser determinado por um silogismo completo,²⁶ como se a premissa maior fosse, utilizando o primeiro caso como exemplo, "mentir é uma má ação". Por premissa menor, teríamos "José mentiu", e, como forma de conclusão um tanto quanto tautológica, "José agiu mal". O mesmo raciocínio vale para o segundo caso.

Por outro lado, os argumentos 1 e 2 suscitados acima são decorrência de uma "forma geral de argumento", através da qual "um enunciado normativo qualquer é fundamentado apresentando-se uma regra de qualquer nível e uma razão".²⁷ Pelos exemplos acima, as duas formas de argumento seriam justificáveis, pois ambas possuem a regra de justificação e uma razão, que, no primeiro caso, é colhida de elementos empíricos e, no segundo exemplo, como sendo a conseqüência do enunciado normativo, da seguinte maneira:

Forma Geral de Argumento

Argumento 1 (regra) Argumento 2 (conseqüência)

Porém, apesar dos argumentos acima determinados, por conta da determinação da possibilidade de problematização trazida pelas regras da razão, estudadas anteriormente, é possível que haja controvérsias sobre os fatos (José alegar que não mentiu, por exemplo) ou sobre as regras ("quem disse que causar danos é uma má ação? Quem determinou tal regra?").²⁸ Nestes casos, surgem mais duas novas formas de argumentar.

No caso de uma discussão sobre os fatos, afirma Alexy que a discussão deve se envolver “na moldura de um discurso teórico”, gerando, assim, o terceiro argumento da razão prática da seguinte forma:

Argumento 3 (referente ao argumento 1)

Caso Concreto - Marco Teórico - Regra - Enunciado Normativo

Ou seja, o marco teórico funciona como uma forma de delimitação da multiplicidade, tal como requerido pelas chamadas regras da carga de argumentação, vistas há pouco.

Quando de uma discussão sobre as regras, estas podem ser justificadas pelas suas respectivas conseqüências, juntamente com uma outra regra que exija a anterior em uma determinada condição fática. Seria como a existência de uma regra moral que determinaria a idéia de que “causar danos a alguém é uma má ação” nas condições determinadas, inclusive quando se mente e dessa mentira se gera um dano a uma pessoa. Com tais argumentos, diria Alexy, justificar-se-ia o enunciado normativo “José agiu mal”. A estruturação de tal idéia dá ensejo ao quarto argumento, assim exposto:

Argumento 4 (referente ao argumento 2)

Nova Regra - Condição Fática - Regra - Conseqüência - Enunciado Normativo

Alexy ainda faz uma ressalva: existe a possibilidade de se chegar a resultados incompatíveis pela aplicação das regras, por conta das refutações e problematizações. Seria preciso, pois, acrescentar regras de prioridade. Tais regras teriam por escopo a determinação da relação de prioridade em relação a outras regras. Porém, essa prioridade pode ser absoluta ou apenas vigorando em determinadas circunstâncias.²⁹ Tais formas de argumentação dariam uma racionalidade à forma do conhecimento, a fim de que a teoria da argumentação evite a possibilidade de extorsões, ameaças, etc., como sendo uma razão discursiva.³⁰

Esgotadas as regras sobre a forma de argumentos, cuidemos das chamadas regras de fundamentação, que buscam suprir a lacuna deixada pelas formas dos argumentos que, segundo Alexy, poderiam justificar qualquer proposição normativa e qualquer regra. As regras de fundamentação são estudadas por dois caminhos: *pela observação do falante* e *pelas opiniões comuns para o discurso*. Assim, eis as regras de fundamentação:³¹

2.5 Regras de Fundamentação

2.5.1 Concepções a partir de cada falante:

2.5.1.1 “A pessoa que afirma uma proposição normativa, que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as conseqüências dessa regra também no caso hipotético de que ela se encontrasse na situação daquelas pessoas;

2.5.1.2 As conseqüências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem poder ser aceitas por todos;

2.5.1.3 Toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral".[32](#)

O segundo grupo de regras de fundamentação (item 2.5.2.) busca a justificação da moral a partir da "gênese histórico-crítica", num primeiro momento, e "histórico-individual".[33](#) No primeiro caso, a justificação cai por terra caso originalmente não tenha sido fundamentada racionalmente. No segundo, a gênese histórico-individual, não pode permitir uma regra moral que se estabeleceu apenas em condições de realização que não podem se justificar.

2.6 Regras de Transição

E, finalmente, as regras de transição, que tem por escopo a possibilidade de mudança de rota na argumentação, podendo o falante passar:

2.6.1 "Para um discurso teórico;

2.6.2 Para um discurso de análise da linguagem;

2.6.3 Para um discurso de teoria do discurso".[34](#)

Determinadas as possibilidades da razão prática geral, cabe agora investigar a transposição dos elementos da razão prática à teoria da argumentação própria do direito. Inclusive, Alexy vê o direito como uma forma de suprir racionalmente as lacunas deixadas pelas regras do discurso prático geral, como, por exemplo, a impossibilidade de que os acordos ocorram a partir de referenciais da moral. E, mesmo se houvesse consenso, nada há que impeça alguém de descumprir o consenso.[35](#)

3 A teoria da argumentação jurídica como procedimento racional

Como visto acima, o discurso jurídico é uma espécie do discurso prático geral, do qual tratamos no item anterior. Vamos, agora, determinar os pilares da argumentação jurídica em Alexy, a fim de tecermos as críticas pertinentes adiante. Isto posto, o discurso jurídico em Alexy busca um grau de correção dentro de determinados limites que outras esferas da razão prática não conhece. Daí a se afirmar que a noção de racionalidade no direito deve se prender à estrutura do ordenamento jurídico em vigor.[36](#)

Pela junção dos elementos, o procedimento racional no direito se dará pela mescla de elementos da moral, postulado mais amplo do qual o direito é uma espécie, e de postulados trazidos pelo discurso jurídico, adstrito às tradicionais fontes do direito. Porém, uma teoria da argumentação jurídica também deve levar em consideração a forma pela qual se justificam as decisões judiciais. E, para enfrentar o problema, Alexy determina a possibilidade de justificação interna e externa da decisão, o que gera regras e formas do discurso do direito, não apenas os elementos trazidos da razão prática. Vejamos aqui a necessidade de Alexy determinar fórmulas para a determinação racional do direito em pleno período de pluralismo e multiplicidade, o que talvez seja um dos maiores problemas de sua teoria.

Nas chamadas regras de justificação interna, Alexy enumera duas formas, a partir das quais desenvolve a teoria. As duas regras relativas à *forma simples de justificação* são:

- (1) A necessidade de fundamentação de uma decisão jurídica em, pelo menos, uma norma universal;
- (2) A necessidade de fundamentação expressa acima não exclui a possibilidade de utilização de outras proposições, juntamente com a(s) norma(s) universal(is) apresentada(s).³⁷

No plano da justificação interna, especificamente em sua forma simples, Alexy utiliza o exemplo de um soldado “que deve dizer a verdade em assuntos de serviço”, funcionando como premissa maior.³⁸ Para a justificação interna simples, a forma de fundamentação se dá de forma silogística sem a falta de nenhuma premissa, tal como na formação dos argumentos da razão prática estudados acima. Voltando ao exemplo:

Premissa maior: um soldado deve dizer a verdade em assuntos de serviço;

Premissa menor: João é um soldado;

Conclusão: João deve dizer a verdade em assuntos de serviço.

Porém, nos casos em que uma dedução não puder ser utilizada, há a necessidade de ampliar a estrutura argumentativa, a partir de regras adicionais de justificação interna, por meio das seguintes formulações, em complemento às anteriores:

- (3) Havendo dúvida, há a necessidade da apresentação de uma regra que resolva o problema;
- (4) Deve haver a determinação de passos de desenvolvimento para que não haja discussões quanto à aplicabilidade ou não de uma expressão ao caso;
- (5) Necessidade da busca de um maior número possível de passos de desenvolvimento.³⁹

Quanto às regras e formas de justificação externa, ligadas às premissas, elas podem ser de classificadas em seis elementos: (a) quanto à interpretação; (b) quanto à argumentação dogmática; (c) quanto à argumentação prática geral, que já vimos no item anterior; (d) quanto à argumentação empírica; (e) quanto ao uso dos precedentes e; (f) quanto às formas especiais de argumentos jurídicos.

Quanto à interpretação, cria-se a máxima:

- (6) “deve resultar saturada toda forma de argumento que se deva incluir entre os cânones da interpretação”;⁴⁰

Ou seja, maximizar todas as possibilidades que o argumento porventura traga. Tal regra na interpretação se torna incompleta justamente porque há a possibilidade de resultados díspares pela sua aplicação, o que ocasiona a necessidade de outros argumentos que dão prevalência a uma determinada regra. Para tanto, as máximas que seguem:

(7) Necessidade de prevalência dos argumentos que exprimem aquilo trazido pela lei ou “pela vontade do legislador histórico”, exceto quando outros argumentos racionais forem utilizados para demonstrar a prioridade de outros;⁴¹

(8) O peso dos argumentos se determina através de regras de ponderação;

(9) Há que se levar em consideração todos os argumentos que puderem ser propostos e que possam ser incluídos a partir da sua forma nos cânones da interpretação.⁴²

No que concerne à argumentação dogmática, pode-se dizer, de forma bastante perfunctória, que Alexy determina uma pluralidade de atividades próprias do discurso dogmático, que são as seguintes: (a) descrever o direito vigente; (b) uma análise sistemática e conceitual do direito vigente e; (c) “elaboração de propostas para casos jurídicos problemáticos”.⁴³

Tais atividades trazem à luz o que Alexy chama de “dimensões da dogmática jurídica”, que são: (a) dimensão empírico-descritiva, referente à necessidade de descrição do direito em vigor; (b) dimensão analítico-lógica, para as análises conceituais e; (c) dimensão prático-normativa, para os “casos problemáticos”.

Claro que cada dimensão dessas enseja formas diferentes de proceder,⁴⁴ além das relações que se costumam entre as dimensões da dogmática, para o que Alexy alerta que a forma pela qual irá pender aquilo que denomina “o centro de gravidade” do discurso dogmático será o “interesse prático de cada dogmático”.⁴⁵

Além das dimensões da dogmática, Alexy busca determinar quais seriam as funções de um discurso dogmático, como tais:

(a) *Função de estabilização*, por fixar formas de decisão e parâmetros a partir do direito estatal;

(b) *Função de progresso*, pois “amplia a discussão” do direito em vários aspectos;

(c) *Função de descarga*, por impedir, por conta das regras, que a discussão volte a abordar todos os pontos que já foram anteriormente discutidos. Bom exemplo, no nosso direito, é o da figura da preclusão, no direito processual;

(d) *Função técnica*, pois o tratamento às matérias de forma sistêmica contribui para que haja uma difusão da informação e uma determinação da capacidade de transmissão do pensamento jurídico;

(e) *Função de controle*, pela possibilidade de decisão de casos tomando como base outros já julgados, configurando, segundo Alexy, o acréscimo do princípio da universalidade e da justiça;⁴⁶ e

(f) *Função heurística*, pelo fato de a dogmática apresentar modelos de solução para as questões jurídicas.

Com base em tais elementos, Alexy determina as regras da argumentação dogmática, pois há a

necessidade de fundamentação de um enunciado dogmático, e essa justificação se fará, “em último caso”, por meio do discurso prático geral. As regras são as seguintes, seguindo a ordem de numeração das regras de justificação externa como um todo:

- (10) Caso se ponha em dúvida um determinado enunciado dogmático, deve tal enunciado ser fundamentado por pelo menos um argumento oriundo da razão prática geral;
- (11) A comprovação sistemática pode ser eficiente a um enunciado dogmático;
- (12) “Se são possíveis argumentos dogmáticos, eles devem ser usados”.[47](#)

A outra forma de justificação externa diz respeito às regras sobre o uso de precedentes, que são uma forma de fugir da falta de referenciais aplicando uma norma. Assim, criam-se as seguintes regras:

- (13) “Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo;
- (14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”.[48](#)

No que diz respeito, finalmente, aos argumentos jurídicos especiais, Alexy afirma que eles podem ser de três ordens: o argumento a contrário (regra nº 15), a analogia (nº 16) e a redução ao absurdo (nº 17).[49](#) Para tanto, o uso racional de tais argumentos deve ser efetuado quando se saturem as possibilidades de seu uso, criando a regra nº 18: “As formas dos argumentos jurídicos especiais têm de ser saturadas”.[50](#)

4 Alexy e a teoria da resposta correta

A partir de tais formas de justificação interna e externa, chegaríamos à conclusão de que uma decisão jurídica seria racional a partir da aplicação dos pressupostos expostos acima. Por outro lado, isso não quer dizer que a teoria de Robert Alexy esteja necessariamente vinculada à tese da possibilidade de uma resposta correta e racional, pois os participantes do discurso, adotando as mesmas regras, podem chegar a caminhos e conclusões diversos.

Caso tal diversidade não fosse possível, e, por conseguinte, a tese da resposta única prevalecesse, teríamos que nos indagar quanto à importância do procedimento como determinação racional. Bastaria uma estrutura lógica em um programa de computador e sempre teríamos a decisão correta impressa na hora. É exatamente o ponto da impossibilidade da resposta única que nos faz asseverar que a teoria de Alexy, assim como as teorias do discurso e da argumentação, trazem seus pilares da nova racionalidade pluralista e argumentativa. Ou seja, o fato de não haver resposta única não diminui o grau de racionalidade. Pelo contrário, em muitos casos é mais instigante, exatamente por não se furtar em mostrar a pluralidade que a noção de racionalidade hoje nos traz.

A teoria de Alexy indicaria, por outro lado, que a pretensão de verdade está limitada no direito à estrutura estatal da organização jurídica, bem como ao momento do discurso e aos seus

respectivos participantes. Vejamos, pois, que se trata de uma relativização dentro dos limites determinados ao direito, o que, como bem salienta Manuel Atienza, não diminui a importância da teoria da argumentação jurídica.

Pelo contrário: a multiplicidade é importante, mas, como se disse, nem todas as respostas são possíveis, justamente pelos limites impostos pelo procedimento e, como exemplo, a tese da redução ao absurdo exposta acima.⁵¹

Alexy determina que o discurso e a argumentação devem ter um determinado ponto-de-partida, que para ele são as *convicções normativas dos participantes do discurso*.⁵² E a teoria do discurso serviria para dar um molde racional às vontades dos participantes. E é claro que tal convicção pode ser reformulada a partir de um argumento racional, seguindo a receita das regras enumeradas supra. A noção da possibilidade de modificação dos referenciais pode nos mostrar equívocos cometidos anteriormente que podem ser sanados em outras oportunidades.

5 O mito da identificação: impossibilidade de uma ética discursiva a partir de referenciais únicos de aferição

A grande crítica que fazemos a tais formas de determinação racional do direito pela teoria do discurso é o que chamamos de *mito da identificação*. Apesar de estarem vinculadas a uma racionalidade que valorize a multiplicidade, o que se vê, muitas vezes, é que as teorias determinam uma série de elementos identificadores em seus postulados. Em um determinado momento, como na teoria habermasiana, vemos a tentativa de identificação dos sujeitos, como se todos eles necessariamente estivessem numa condição tal que teriam a capacidade irrestrita de argumentar. Outra forma de cristalização do mito da identificação é quando se busca sustentar a possibilidade de construção idêntica de argumentos. Parece claro que essas formas de pensar obscurecem a complexidade em que vivemos. Pressupor que todos podem construir os mesmos argumentos seria como transformar os seres humanos em bonecos que caminham ao seu destino inexorável, rumo ao moedor de carnes, onde seriam reduzidos a nada mais que carne moída,⁵³ guiados pelas verdades prontas produzidas pelos seus professores, sem ter a capacidade de refletir e de tecer novos argumentos.

Portanto, pensar em “situação ideal de fala” significa, quase sempre, obscurecer a realidade. Não há como obter uma situação tal. E, para uma Filosofia do Direito atual, acreditamos que não há como se discutir apenas situações ideais, mas também propor formas de ação e de investigação que nos tragam os dados da realidade e aproximem mais o direito da sociedade, tão afastado durante séculos em nome da ciência e da verdade.

Logo, não há como defender referenciais únicos de aferição da racionalidade, o que, em muitos casos, faz Alexy. Observe-se que, quando da determinação das regras do discurso prático geral, percebemos que muitos dos princípios fundamentais, estudados por nós anteriormente, não passam de determinações que não garantem nem a racionalidade, nem a sua ausência. Sobretudo no contexto de complexidade em que vivemos.⁵⁴

Tomemos como exemplo o princípio da sinceridade no discurso. Não há como garantir que as pessoas a verdade quando estão discursando. Por vezes, o discurso está formalmente estruturado,

demonstra uma coerência de dados e uma continuidade do raciocínio que impressionam pela forma. Porém, pode acontecer de se tratar de um grande engodo, de uma falácia. Porém, não qualquer falácia, mas uma formalmente bem estruturada. Por vezes, um determinado ouvinte pode se deixar ludibriar por uma balela convincente. E como dizer que a estruturação formal do direito não guarda uma correspondência com a racionalidade? Aliás, por vezes a sinceridade rompe com a situação de fala entre os que se comunicam.

Um exemplo prosaico para tal assertiva pode ser obtido quando do tratamento do marido para com a esposa. Caso ele diga que a mulher está horrível e que sua roupa é ridícula, isso pode gerar uma comoção grave e levar a mulher a um estado de nervosismo tal que implique em um conflito entre os membros do casal.

Outro caso relativo ao mito da identificação está numa das regras sobre a carga da argumentação, quando Alexy afirma que existe a obrigação de o falante fundamentar uma distinção de tratamento de uma pessoa para outra, como se houvesse a obrigação racional de tratar de forma idêntica a todos. Parece óbvio que as pessoas tratam cada qual de várias maneiras distintas, dependendo de uma série de circunstâncias e de jogos de linguagem que nem sempre estão ligados à personalidade e ao temperamento de uma pessoa. Às vezes, é o mau humor quando se acorda. Às vezes, é um infortúnio qualquer, e não há como afirmar necessariamente uma ausência de moral ou uma imoralidade a ser atribuída à pessoa. Por exemplo, algumas pessoas têm uma reação de ira e de profunda raiva quando se acidentam, e a primeira reação em muitos (o que não quer dizer que todos ajam da maneira que estamos indicando) é a de bradar palavras de baixo calão como forma de extravasar a dor. Uma pessoa, ao ouvir as palavras, pode não achar nada de mais. Já outro, por vezes num mesmo contexto, pode se sentir ofendido e humilhado. Ou seja, os relatos sobre a realidade são extremamente cheios de nuances. Nuances tais que rompem com a tentativa de uniformização de padrões.

O mito da identificação pode ser verificado sempre que se buscar a noção de igualdade plena entre os participantes do discurso, ou em qualquer princípio que se diga dotado de universalidade, e seus respectivos corolários, como as teorias do sistema, o positivismo jurídico como método, a *episteme* cartesiana etc.

6 O problema da “receita para se fazer a racionalidade na moral e no direito”: procedimentalismo como redutor da complexidade

Parece curioso defender que a racionalidade pode ser atestada por meio de um procedimento tal que, aplicado, venha a trazer necessariamente um referencial racional de argumentação.

Mais curioso ainda é verificar que os ingredientes procedimentais da “receita para se fazer a racionalidade” sejam extremamente amplos e, em alguns casos, ininteligíveis. Não há como fixar um *iter* a partir do qual se chegue a um argumento racional, pois a noção de racionalidade deve fugir de *standards* de construção. Poderíamos, *mutatis mutandis*, fazer um paralelo com a *episteme* cartesiana.

Como nós sabemos, Descartes buscava a determinação de um método a partir do qual todo e qualquer conhecimento deveria ser questionado, partindo-se da dúvida e da intuição a fim de se

chegar à verdade a partir de deduções contínuas de problemas simples e complexos trazidos à colação para atestar a cientificidade e a verdade pelo rigor do método. Alexy, em determinados momentos, quase se equivale a um cartesiano, pois, como vimos anteriormente, as regras de justificação interna da argumentação jurídica nada mais são do que uma tentativa, num primeiro momento, de se estabelecer a possibilidade de uma decisão racional por meio de uma dedução.

Claro que os autores se assemelham pela busca do método, e mais ainda porque Alexy enumera as mais variadas possibilidades e cria regras de aplicação a todas elas com o objetivo de garantir a racionalidade. Porém, a rejeição de Alexy à teoria da resposta única é exatamente uma determinação filosófica *contra* o cartesianismo.

Ainda na linha da “receita”, Alexy se utiliza de fórmulas estruturadas em enunciados lógicos para traçar a racionalidade. No nosso ponto-de-vista, questões morais e jurídicas não podem ser reduzidas a fórmulas, por mais que, sobretudo, a Escola Analítica de Buenos Aires possa criticar este pensamento. As fórmulas estabelecem *standards* — como se o que não estiver contemplado no enunciado da fórmula deva ser desprezado — que claramente não se coadunam com a multiplicidade que a nova racionalidade traz.

Outro problema na teoria de Alexy: a necessária implicação da racionalidade às regras justificadoras, como se a racionalidade fosse o resultado necessário da soma de tais e quais ingredientes, que, misturados e se interpenetrando, como num *liquidificador teórico*, encontraríamos “o pote de ouro atrás do arco-íris”: a racionalidade.

7 Concluindo para não concluir: dogmática jurídica e multiplicidade - contra o isomorfismo

Pensar o direito a partir da nova racionalidade nos traz um grande entrave, insuperável ao mundo jurídico: a necessidade de referenciais de segurança. Uma das conquistas do Estado de Direito é a obrigação de o poder instituído dar uma resposta àquele que requer sua atuação. A certeza, pois, serve de estrutura para que haja uma previsibilidade no direito, e tal previsibilidade é de extrema importância para que haja uma margem determinável da decisão.⁵⁵

Na teoria do direito, após a virada da segunda metade do século XX, muitos autores e escolas do pensamento jurídico, de tendências de esquerda, começavam a construir um discurso teórico que tinha como objetivo incluir elementos trazidos da realidade social para intensificar o embate entre Estado x sociedade civil, a fim de dar prevalência, em casos de conflito, ao direito que surgiria espontaneamente no seio da sociedade: o chamado direito alternativo, através do chamado “pluralismo jurídico”.⁵⁶ Para tanto, havia, em alguns setores, um maniqueísmo sem precedentes, chegando a afirmar que o direito estatal só servia às elites e que o direito da sociedade seria necessariamente o bom direito.

Tal forma de pensar entrou em declínio justamente pelo vazio teórico propiciado, apesar do altíssimo apego ideológico ao movimento. Além do que, havia, no plano axiológico, uma prevalência da justiça em relação à segurança, por vezes pugnando pelo desprezo à segurança, a fim de que a justiça social pudesse prevalecer. Eis o grande problema: a conciliação entre as noções de *rigidez* e *flexibilidade* no direito.⁵⁷ E, por muito tempo, a noção de dogmática jurídica foi

cristalizada, sobretudo pelo positivismo jurídico, como o símbolo apenas da segurança e do desprezo por elementos axiológicos, dentre os quais a justiça.⁵⁸

A identificação da dogmática com a segurança é fruto de um gradativo mecanismo de formalização do direito, sendo a dogmática vista como um apego à necessidade de decisão e um instrumento para tornar previsível a decisão dos conflitos.

Para que tal desiderato pudesse ser alcançado, consolidaram-se postulados do saber dogmático no direito, como a “inegabilidade dos pontos de partida”, “proibição do *non liquet*”, a “pretensão do monopólio do direito pelo Estado” etc., além, claro, da total falta de apego às questões axiológicas, numa visão isomórfica, como se tudo tivesse a mesma forma e não houvesse a diferença e a pluralidade, mas sim elementos identificadores da argumentação e da racionalidade.

Com base nesse apego à dogmática, houve a determinação da dicotomia *dogmática vs. zetética*,⁵⁹ a partir da qual o pensamento zetético era sempre o perquiridor, questionador, sem limites de aferição, enquanto que o pensamento dogmático, por buscar respostas que, no direito, se manifestam através de decisões, impunha os limites de aferição do conhecimento através dos seus postulados. Como se a dogmática e a zetética, enquanto tipos ideais, não se relacionassem.

A tese ora esposada navega por outro caminho: o da conciliação entre os pensamentos dogmático e zetético a partir da chamada *dogmática jurídica da multiplicidade*, incluindo a racionalidade argumentativa na estrutura do conhecimento do direito. Ou seja, uma dogmática que caminhe como um *medium* entre o procedimentalismo e determinações de essências.

Primeiramente, afirmar um pensamento dogmático não implica necessariamente em rejeitar elementos zetéticos, e vice-versa. Pelo contrário: acreditamos que a dogmática jurídica nos serve de rota para a determinação dos pontos-de-partida da argumentação jurídica. Como bem afirma Alexy, a argumentação deve surgir de algum lugar, pois ela não está, em hipótese alguma, descontextualizada. Porém, ao contrário de Alexy, o lugar não é “a convicção normativa do participante”, mas sim a própria estrutura estatal, aliada a elementos da sociedade na determinação da racionalidade jurídica.

O que não quer dizer que a determinação de pontos-de-partida implique necessariamente em uma dogmática positivista. Vamos esclarecer a diferença: na dogmática positivista, a determinação do conhecimento deve ser feita de forma epistemologicamente estruturada, sem a interferência de juízos de valor e/ou elementos ideológicos, enfatizando o abismo intransponível entre direito e moral. Saliente-se a distinção (mesmo que simplista) entre positividade e positivismo: no primeiro caso, a positividade no direito seria a forma de percepção da existência do referencial normativo-jurídico por meio da determinação oficial do poder instituído, ao contrário do positivismo, que é visto como um método alheio à realidade como forma de determinação epistemológica. Assim, *a dogmática da multiplicidade não rejeita a expressão “direito positivo” (enquanto positividade), mas sim ao método positivista de abordagem do direito.*

A dogmática jurídica da multiplicidade, como se vê, é não-positivista, pois adota pontos-de-partida, o que não quer dizer que todos, a partir daqueles pontos, chegarão a um mesmo resultado na interpretação, como queriam muitos juristas do século XIX. O que sepulta, também, a clássica dicotomia “jusnaturalismo” vs. “positivismo jurídico”, pois a dogmática da multiplicidade os considera como redutores de complexidade e estruturas viciadas pelo mito da identificação.

No caso do jusnaturalismo, a identificação se dá pela estruturação do direito natural, numa imposição de uma moral universal sobre o direito, gerando postulados de validade universal, e, no caso do positivismo, pela identificação metodológica da crença na verdade aferida pela ciência.

Se os pontos de partida são variáveis, por conta da existência de um sem número de normas jurídicas, estatais ou não, o papel da hermenêutica é fundamental para que a multiplicidade possa se efetivar. Ou seja, partimos de um mesmo ponto, o que transmite segurança quando da determinação dos pontos de partida da argumentação, mas a estruturação hermenêutica nos levará a caminhos e conclusões completamente diferentes.

Muitos poderiam afirmar que tal pluralidade já foi contemplada por Kelsen,⁶⁰ quando enfatizava a relativa indeterminação de sentido da interpretação jurídica, o que traria possibilidades de decisão que não foram trazidas pelas Escolas hermenêuticas do século XIX.

Em Kelsen, porém, a vagueza e a ambigüidade determinantes da relativa indeterminação de sentido são decorrentes das possibilidades abertas pela proposição. Ou seja, a indeterminação de sentido ocorre pela própria estruturação do conhecimento em linguagem, pela textura aberta da proposição, o que não acrescenta novos elementos à interpretação, mas apenas e tão-somente aqueles oriundos da "moldura" kelseniana.

Na dogmática jurídica ora proposta, não. A "moldura" de Kelsen seria apenas o *elemento analítico-formal* da multiplicidade. Outros elementos são incorporados, como, por exemplo, os valores. E tratar de teoria dos valores traz uma implicação na subjetividade, que, para os positivistas, seria danosa à dogmática.

Ao contrário de tal opinião, a subjetividade dos valores é inerente à estrutura de conhecimento e de vida em que estamos contextualizados. Todo ser humano valora, e a controvérsia nos valores e na ponderação sobre a afirmação ou a negação dos mesmos só enriquece o debate, que não está alheio à segurança pelo lastro dogmático inerente a um direito que paute pela pluralidade.

Essa multiplicidade de formas de compreensão, para uns, poderia ser uma forma de justificação de todo e qualquer poder político que, manipulando a massa, utiliza as expressões ambíguas como *topoi*⁶¹ para trazer uma interpretação que beneficie o exercício daquele poder. É óbvio que seria uma ingenuidade afirmar que a pluralidade só traz o bem e o correto.

Claro que não. Aliás, um problema preliminar já é levantado pela dogmática da multiplicidade: diante do subjetivismo axiológico, como determinar o que é o bem e o que é o certo? Parece que, no plano moral, não há como ser preciso nesses aspectos. Mas o direito, por necessitar de segurança, requer uma plêiade de normas que delimitem o campo jurídico de ação, o que não faz com que a interpretação esteja fechada. Pelo contrário, está mais que aberta a novos elementos, inclusive os ideológicos, para lidar com a pluralidade que nos vincula a uma racionalidade argumentativa no direito.

Assim, uma dogmática da multiplicidade aponta a necessidade de pontos de partida determináveis, como aqueles oriundos, por exemplo, de um referencial estatal. Por seu turno, isso não implica na inexistência de outros pontos de partida ocultos, nem sempre desvelados, como os inerentes à subjetividade e os compromissos axiológicos e ideológicos. Discutir a existência dessas razões

ocultas é de vital importância para que possamos incrementar ainda mais os estudos da Teoria e da Filosofia do Direito nos dias de hoje.

8 Referências bibliográficas

AARNIO, Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*. México: Fontamara, 1995.

_____. *Lo Racional como Razonable. Un Tratado de la Justificación Jurídica* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 1998.

_____. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Justificación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica* São Paulo: Landy, 2000.

_____. *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.

DREIER, Ralf. *Derecho y Justicia*. Bogotá: Temis, 1994.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*. Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação* São Paulo: Atlas, 1994.

GIANFORMAGGIO, Letizia. La Noción de Procedimiento en la Teoría de la Argumentación Jurídica *Doxa*, Alicante, n. 14, p. 159-167, 1993.

GÜNTHER, Klaus. Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoría de la Argumentación Jurídica. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LUHMANN, Niklas. La Contingencia como Atributo de la Sociedad Moderna. In: BERIAIN, Josetx (Org.). *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad. Modernidad, Contingencia y Riesgo* Barcelona: Anthropos, 1996. p. 173-197.

MAIA, Alexandre da. *Ontologia Jurídica. O Problema de sua Fixação Teórica (Com Relação ao Garantismo Jurídico)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo: D. Reidel, 1992.

MATURANA, Humberto. La Ciencia y la Vida Cotidiana: la Ontología de las Explicaciones Científicas In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter (Comps.) *El Ojo del Observador. Contribuciones al Constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 157-194.

NOZICK, Robert. *La Naturaleza de la Racionalidad*. Barcelona: Paidós, 1995.

PECZENIK, Aleksander. Dimensiones Morales del Derecho. *Doxa*, Alicante, n. 8, p. 89-109, 1990.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das Decisões Judiciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1986.

ZEMELMAN, Hugo. *Los Horizontes de la Razón. Uso Crítico de la Teoría* Barcelona: Anthropos, 1992. v. I e II.

¹ Ver, por exemplo, com referências ao próprio Alexy, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1123-1153, quando o referido autor discute o "sistema aberto de regras e princípios". Ver, também, DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000; DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999; e DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1984, p. 53 e segs.

² Ver, para tanto, ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica* São Paulo: Landy, 2000, p. 233-234; MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo: D. Reidel, 1992.

³ Cf. PECZENIK, Aleksander. Dimensiones Morales del Derecho. *Doxa*, Alicante, n. 8, p. 89-109, 1990, p. 89 e segs.; e ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Justificación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 173 e segs.

⁴ Sobre as questões procedimentais da determinação da argumentação, ver GIANFORMAGGIO, Letizia. La Noción de Procedimiento en la Teoría de la Argumentación Jurídica. *Doxa*, Alicante, n. 14, p. 159-167, 1993, p. 162-197; AARNIO, Aulis. *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*. México: Fontamara, 1995; e GÜNTHER, Klaus. Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoría de la Argumentación Jurídica. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995, p. 271 e segs.

⁵ Cf. ATIENZA, *As Razões do Direito, op. cit.*, p. 238.

⁶ Cf. ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia,

1998; e ATIENZA, *As Razões do Direito*, op. cit., p. 239.

⁷ Cf. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 178.

⁸ Id., ibid., p. 180 e segs.

⁹ Id., ibid., p. 181-182.

¹⁰ Sobre o problema, ver ZEMELMAN, Hugo. *Los Horizontes de la Razón. Uso Crítico de la Teoría*. Barcelona: Anthropos, 1992. v. I e II.

¹¹ Cf. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 181.

¹² Id., ibid., p. 182; e, ainda, ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 1998, p. 139 e ss.

¹³ Cf. ATIENZA, *As Razões do Direito*, op. cit., p. 242, grifos nossos.

¹⁴ Cf. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 183-184.

¹⁵ Cf. NOZICK, Robert. *La Naturaleza de la Racionalidad*. Berceña: Paidós, 1995.

¹⁶ Cf. ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 132-158; e, também, ALEXY, *Derecho y Razón Práctica*, op. cit., p. 21 e segs.

¹⁷ Cf. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 185-187; e ATIENZA, *As Razões do Direito*, op. cit., p. 243.

¹⁸ Cf. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 185.

¹⁹ Cf. ATIENZA, *As Razões do Direito*, op. cit., p. 244.

²⁰ Cf. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 187-188.

²¹ Id., ibid., p. 189.

²² Id., ibid., p. 191-193.

²³ Id., ibid., p. 194-196.

²⁴ Id., ibid., p. 193.

²⁵ Cf. ATIENZA, *As Razões do Direito*, op. cit., 246. Na verdade, Atienza utiliza a letra "A" como representação de um sujeito relacionado à conduta moral determinada na ilustração. Preferimos personalizar a exemplificação.

²⁶ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 342.

[27](#) Cf. ATIENZA, *As Razões do Direito*, op. cit., p. 246.

[28](#) Se utilizássemos a dicotomia utilizada por Viehweg e trazida por Tercio Sampaio Ferraz Jr. ao direito, diríamos que esta seria uma postura *zetética*, questionadora da norma ao “ênfatar o aspecto pergunta”, em oposição à vertente *dogmática* (FERRAZ JUNIOR, pp. cit., p. 43 e segs.). Veremos que hoje, por conta da racionalidade argumentativa, cada vez mais se rompem as estruturas teóricas que defendem tal dogmatização. Nos tempos atuais, a dogmática não exclui necessariamente o prisma investigativo e perquiridor da zetética.

[29](#) Cf. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 196-197.

[30](#) Id., *ibid.*, p. 197.

[31](#) Id., *ibid.*, p. 197-198.

[32](#) Id., *ibid.*, p. 197-198.

[33](#) Cf. ATIENZA, *As Razões do Direito*, op. cit., p. 249.

[34](#) Cf. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 200-201.

[35](#) Id., *ibid.*, p. 201.

[36](#) Id., *ibid.*, p. 205-213.

[37](#) Id., *ibid.*, p. 214-215.

[38](#) Id., *ibid.*, p. 214.

[39](#) Cf. ATIENZA, *As Razões do Direito*, op. cit., p. 255.

[40](#) Cf. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 223 e segs.

[41](#) Id., *ibid.*, p. 225-226.

[42](#) Id., *ibid.*, p. 240.

[43](#) Id., *ibid.*, p. 241.

[44](#) Cf. DREIER, Ralf. *Derecho y Justicia*. Bogotá: Temis, 1994, p. 40 e segs.

[45](#) Cf. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 242.

[46](#) Id., *ibid.*, p. 259-260; e, ainda, ATIENZA, *As Razões do Direito*, op. cit., p. 260.

[47](#) Cf. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 261.

[48](#) Id., *ibid.*, p. 265.

⁴⁹ O argumento especial da redução ao absurdo se dá, por exemplo, quando se afirma que, num caso concreto, uma determinada interpretação de uma regra não pode ser sustentável, e que, por conta disso, tal interpretação levaria a resultados absurdos, inaceitáveis ou incompreensíveis. O resultado dessa assertiva é um determinado estado de coisas tal que é “contemplado como proibido” à luz de quem argumenta (ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 270).

⁵⁰ Cf. ATIENZA, *As Razões do Direito*, op. cit., p. 263.

⁵¹ Id., ibid., p. 265.

⁵² Cf. ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., p. 273-280.

⁵³ Imagem criada e utilizada por Alan Parker, no filme *Pink Floyd – The Wall*, especificamente quando da execução da música “Another Brick in The Wall Part II”, que mostra de maneira excelente como os professores podem se tornar escravos e, ao mesmo tempo, senhores da verdade.

Escravos, por não poderem produzir nada além do que está decorado, como se a noção de escravidão ora empregada fosse compreendida como sinônimo de subserviência a um conhecimento tido como verdadeiro. E senhores, pela imposição de sua “forma de saber” aos alunos, que têm a “ádua” missão de decorar discursos prontos e frases de efeito. Tudo em nome da racionalidade e da verdade.

⁵⁴ Ao leitor deve soar estranho o recurso constante ao termo “complexidade”. Parece claro que estamos utilizando tal palavra num sentido bastante comum, sem entrar nos meandros que uma determinação semântico-pragmática da complexidade poderia ensejar. Porém, este não é o objetivo deste trabalho. Cf. LUHMANN, Niklas. La Contingencia como Atributo de la Sociedad Moderna. In: BERIAIN, Josetxo (Org.) *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad. Modernidad, Contingencia y Riesgo*. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 173-197; e, também, MATURANA, Humberto. La Ciencia y la Vida Cotidiana: la Ontología de las Explicaciones Científicas. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter (Comps.) *El Ojo del Observador. Contribuciones al Constructivismo*. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 157-194.

⁵⁵ Cf. AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable. Un Tratado de la Justificación Jurídica* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 25-28.

⁵⁶ Para um panorama mais detalhado sobre o problema, consultar MAIA, Alexandre da. *Ontologia Jurídica. O Problema de sua Fixação Teórica (Com Relação ao Garantismo Jurídico)* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-88.

⁵⁷ Cf. AARNIO, *Lo Racional como Razonable*, op. cit., p. 31-35.

⁵⁸ Cf. TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Racionalidade das Decisões Judiciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. Ver, também, a tentativa de Luigi Ferrajoli, quando da criação do chamado “garantismo jurídico”: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil* Madrid: Trotta, 1999; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* Madrid: Trotta, 1998.

[59](#) Cf. FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, p. 43 e segs.

[60](#) Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

[61](#) Cf. VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1986.